Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª
Sentencia 168/2024, de 1 Feb. 2024,
Rec. 1149/2023

Ponente: Lucas Murillo de la Cueva, Pablo María.
Nº de Sentencia: 168/2024
Nº de Recurso: 1149/2023
Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
ECLI: *ES:TS:2024:353*

Cabecera

COVID-19. JUEGOS DE AZAR. Reapertura de establecimientos y locales comerciales minoristas, en la fase II del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Conformidad de la Orden SND/414/2020, que incluye el comercio minorista, hostelería y restauración y no incluye el sector del juego privado en el listado de establecimientos que pueden abrir al público. Tal diferenciación no es discriminatoria ni atenta contra el principio de seguridad jurídica. La desescalada fue gradual y se justifica la exclusión de este tipo de establecimientos por su especial normativa reguladora en los que se permite realizar el servicio de bar o fumar con horarios que no corresponden con los previstos para el sector de la hostelería o restauración. Además, es relevante el intercambio de objetos entre empleados y clientes o el uso de máquinas de azar o apuestas por múltiples usuarios, elementos que, en su momento, fueron relevantes a la hora de fijar las medidas de actuación frente al virus.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El TS desestima el recurso deducido contra el apdo. 3 de la disp. final 2ª de la Orden SND/414/2020, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 168/2024

Fecha de sentencia: 01/02/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente
D.ª Celsa Pico Lorenzo
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 1 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 1149/2023, interpuesto por la mercantil Recreativos Portas, S.L., representada por el procurador don Argimiro Vázquez Senín y asistida por el letrado don Santiago Moreno Molinero, contra la Orden SND/414/2020, de 16

de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

Ha sido parte demandada, la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 3 de agosto de 2020, el procurador don Argimiro Vázquez Senín, en representación de la mercantil Recreativos Portas, S.L., interpuso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional recurso contra la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, solicitando a la Sala que, previos los trámites oportunos, se reclame el expediente administrativo y le sea puesto de manifiesto para formalizar la demanda.

SEGUNDO.- Su Sección Octava lo admitió a trámite por decreto de 7 de septiembre de 2020, teniendo por personado y parte al procurador don Argimiro Vázquez Senín en nombre y representación de la parte recurrente y acordó requerir al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, por diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2020 se tuvo por personada y parte a la Administración demandada y se hizo entrega de copia del expediente recibido al representante procesal de la recurrente para que formulara la demanda.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Argimiro Vázquez Senín, en representación de Recreativos Portas, S.L., formuló la demanda por escrito de 10 de noviembre de 2020, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, previos los trámites oportunos,

"[...] dicte Sentencia estimando el recurso, DECLARANDO NULO DE PLENO DERECHO EL APARTADO TRES DE LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA, DE LA ORDEN SND/414/2020, DE 16 DE MAYO, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, Y ESTIMANDO PROCEDENTE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS A "RECREATIVOS PORTAS, SL", en los términos formulados en el presente Escrito de Demanda".

Por Primer Otrosí Digo, fijo la cuantía del recurso en 17.049,02€ (diecisiete mil cuarenta y nueve euros con dos céntimos). Por segundo Otrosí, manifestó:

"Que, a efectos de lo dispuesto en el Artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de junio, de Régimen Jurídico del Sector Público, mi representada considera que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE n.º 67, de fecha 14 de marzo de 2020), por el que se declaró el Estado de Alarma, del que trae causa la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, cuya Disposición Final Segunda, Apartado Tres, es objeto del presente recurso, es inconstitucional, en los términos expuestos en el presente escrito".

Y, por Tercero, solicitó que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba, "por tratarse de toda la documental obrante en el expediente administrativo y la aportada junto a

los Escritos de Interposición y Demanda, ni tampoco de vista, según prevé el artículo 78.3 LJCA".

CUARTO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado, junto con copia del expediente administrativo, al Abogado del Estado para su contestación, que formuló por escrito 21 de diciembre de 2020 en el que suplicó a la Sala que dicte sentencia por la que se inhiba en favor de la Sala Tercera del Tribunal Supremo "al ser ésta la competente para el conocimiento del presente asunto, subsidiariamente, desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente"

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 11 de enero de 2021 se fijó la cuantía del recurso en 17.049,02€ y se concedió a las partes el termino sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 27 de enero y 11 de febrero de 2021, incorporados a los autos.

SEXTO.- Declaradas conclusas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondiera.

SÉPTIMO.- Por necesidades del servicio, por providencia de 24 de marzo de 2022 se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo previsto para el 30 siguiente, quedando a la espera de nueva fecha.

OCTAVO.- Por auto de 13 de diciembre de 2022, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional declaró su incompetencia para el conocimiento del presente recurso, por corresponder ésta a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y dispuso la remisión de las actuaciones a dicho Tribunal.

NOVENO.- Resuelto el conflicto positivo de competencia, se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y, visto su estado, quedaron pendientes de señalamiento.

DÉCIMO.- Mediante providencia de 22 de noviembre de 2023 se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 23 de enero de 2024 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

UNDÉCIMO.- En la fecha acordada, 23 de enero de 2024, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

Tal como se ha señalado en los antecedentes, Recreativos Portas, S.L. dirige este recurso contencioso-administrativo contra el apartado Tres de la disposición final segunda de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la Fase 2 del Plan para la Transición la una Nueva Normalidad.

La Orden SND/414/2020 se dictó en virtud de la habilitación que concedió al Ministro de Sanidad, como autoridad delegada, el artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional con el fin de afrontar la

crisis sanitaria. Ante la evolución epidemiológica, *se dirigió a extender la flexibilización de medidas correspondientes a la Fase 2 del llamado Plan de Desescalada para lo que también modificó la regulación establecida en Órdenes Ministeriales precedentes: la Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado, con el fin de flexibilizar determinadas restricciones a aquellas unidades territoriales que permanecen en la Fase 0.º, y la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la Fase 1 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad.*

La disposición final segunda de la Orden SND/414/2020 tiene este encabezamiento:

> *"Disposición final segunda. Modificación de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.*
>
> *Se introducen las siguientes modificaciones en la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad:"*

Y su apartado Tres dice así:

> "Tres. Se modifica el artículo 10 que queda redactado en los siguientes términos:
>
> "Artículo 10. *Reapertura de los establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados.*
>
> 1. Podrá procederse a la reapertura al público de todos los establecimientos y locales comerciales minoristas y de actividades de servicios profesionales cuya actividad se hubiera suspendido tras la declaración del estado de alarma en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siempre que tengan una superficie útil de exposición y venta igual o inferior a 400 metros cuadrados, pudiendo, en el caso de superar este límite, acotar el espacio que se reabra al público ajustándose a este umbral, siempre que cumplan todos los requisitos siguientes:
>
> a) Que se reduzca al treinta por ciento el aforo total en los locales comerciales. En el caso de establecimientos distribuidos en varias plantas, la presencia de clientes en cada una de ellas deberá guardar esta misma proporción. En cualquier caso, se deberá garantizar una distancia mínima de dos metros entre clientes. En los locales comerciales en los que no sea posible mantener dicha distancia, se permitirá únicamente la permanencia dentro del local de un cliente.
>
> b) Que se establezca un horario de atención con servicio prioritario para mayores de 65 años.
>
> c) Que cumplan adicionalmente con las medidas que se recogen en este capítulo.
>
> 2. En el caso de establecimientos y locales comerciales que se encuentren dentro de parques o centros comerciales, podrán proceder a su reapertura al público siempre que tengan una superficie útil de exposición y venta al público igual o inferior a 400 metros cuadrados o acoten la misma a este umbral, y cuenten con acceso directo e independiente desde la vía pública.
>
> 3. Lo dispuesto en este capítulo, a excepción de las medidas de seguridad e higiene que se prevén en los artículos 4, 11 y 12, no será de aplicación a los establecimientos y locales comerciales minoristas que ya estaban abiertos al público de acuerdo con el artículo 10.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, los cuales podrán continuar abiertos, pudiendo ampliar la superficie útil de exposición y venta hasta 400 metros cuadrados, para la venta de productos autorizados en dicho artículo 10.1 u otros distintos.

4. Asimismo, podrán proceder a su reapertura al público, mediante la utilización de la cita previa, los concesionarios de automoción, las estaciones de inspección técnica de vehículos y los centros de jardinería y viveros de plantas sea cual fuere su superficie útil de exposición y venta.

Igualmente, podrán proceder a su reapertura al público las entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal, a excepción de aquellas que se encuentren ubicadas dentro de centros comerciales o parques comerciales, sin acceso directo e independiente desde la vía pública.

5. Todos los establecimientos y locales que puedan proceder a la reapertura al público según lo dispuesto en este capítulo, podrán establecer, en su caso, sistemas de recogida en el local de los productos adquiridos por teléfono o en internet, siempre que garanticen una recogida escalonada que evite aglomeraciones en interior del local o su acceso.

6. Podrá establecerse un sistema de reparto a domicilio preferente para colectivos determinados.

7. Cuando así lo decidan los Ayuntamientos correspondientes, y debiendo comunicar esta decisión al órgano competente en materia de sanidad de la comunidad autónoma, podrán proceder a su reapertura los mercados que desarrollan su actividad al aire libre o de venta no sedentaria en la vía pública, comúnmente denominados mercadillos, dando preferencia a aquellos de productos alimentarios y de primera necesidad y procurando que sobre los productos comercializados en los mismos se garantice su no manipulación por parte de los consumidores. Los Ayuntamientos establecerán requisitos de distanciamiento entre puestos y condiciones de delimitación del mercado con el objetivo de garantizar la seguridad y distancia entre trabajadores, clientes y viandantes.

En todo caso, se garantizará una limitación al veinticinco por ciento de los puestos habituales o autorizados y una afluencia inferior a un tercio del aforo habitual pudiendo alternativamente procederse al aumento de la superficie habilitada para el ejercicio de esta actividad de manera que se produzca un efecto equivalente a la citada limitación."".

SEGUNDO.- *La demanda de Recreativos Portas, S.L.*

Combate este apartado Tres de la disposición final segunda de la Orden SND/414/2020, no por lo que dice sino por lo que no dice. Es decir, porque no incluye entre los establecimientos que podían abrir al público en la llamada Fase 2 del Plan de Desescalada a los locales de juego privado. La demanda resalta que la Orden no hace ninguna referencia a ellos pero que la Dirección General de Ordenación del Juego emitió una Nota Aclaratoria, sin firma ni fecha, según la cual dicha omisión no significaba que esos locales estuvieran excluidos de las restricciones anteriormente establecidas. Por el contrario, la ausencia de mención, explicaba la Nota, suponía que para ellos seguían vigentes.

Decía así:

"Nota aclaratoria en relación con la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad y los locales de juego de ámbito privado.

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 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 14 de marzo de 2020, en su anexo Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.3, menciona expresamente a: "Casinos; Establecimientos de juegos colectivos de dinero y de azar; Salones de juego; Salones recreativos; Rifas y tómbolas; Otros locales e instalaciones asimilables a los de actividad recreativa de Juegos y apuestas conforme a lo que establezca la normativa sectorial en materia de juego; Locales específicos de apuestas".

Por su parte, la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad en su art. 10.3 menciona lo siguiente:

> "Asimismo, podrán proceder a su reapertura al público, mediante la utilización de la cita previa, los concesionarios de automoción, las estaciones de inspección técnica de vehículos y los centros de jardinería y viveros de plantas sea cual fuere su superficie útil de exposición y venta. Igualmente, podrán proceder a su reapertura al público las entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal, a excepción de aquellos que se encuentren ubicados dentro de centros comerciales o parques comerciales, sin acceso directo e independiente desde el exterior".

Por último, el pasado sábado 16 de mayo, el Boletín Oficial del Estado publicaba la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, que modifica en su disposición final segunda la Orden SND/399/2020 para señalar lo que sigue: "Igualmente, podrán proceder a su reapertura al público las entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal, a excepción de aquellas que se encuentren ubicadas dentro de centros comerciales o parques comerciales, sin acceso directo e independiente desde la vía pública".

Por todo lo anterior, de ninguna manera cabe interpretar que la ausencia de mención expresa a *"Casinos; Establecimientos de juegos colectivos de dinero y de azar; Salones de juego; Salones recreativos; Rifas y tómbolas; Otros locales e instalaciones asimilables a los de actividad recreativa de Juegos y apuestas conforme a lo que establezca la normativa sectorial en materia de juego; Locales específicos de apuestas"* de ámbito privado sea un olvido por parte del legislador sino su voluntad expresa de mantener en todos sus términos la suspensión de apertura del RD 463/2020, hasta que, de manera expresa, se manifieste lo contrario.""

Esto supuso que, mientras el comercio minorista y otros establecimientos pudieron reanudar su actividad, los locales de juego privados no pudieron hacerlo sino hasta más tarde. La diferencia fue de un mínimo de 79 días y un máximo de 99 días. El distinto tratamiento que se les dedicó, diferente incluso del dado al juego público, lo considera la demanda contraria al ordenamiento jurídico.

Así, destaca que no se justifica, ni en el expediente administrativo al que la parte ha tenido acceso tras la interposición del presente recurso, ni en la propia Orden, ni en la "nota aclaratoria" referida, por lo que es expresión de arbitrariedad y, en consecuencia, contrario al artículo 9.3 de la Constitución. Del mismo modo, dice que resulta discriminatorio respecto a un concreto sector de actividad empresarial, que es el referido a los locales de juegos y apuestas de carácter privado, a los que no se les permitió reabrir durante la Fase 2 del Plan de Desescalada, sin ningún tipo de justificación que pueda sustentar el distinto trato recibido respecto de otros sectores y actividades asimilables.

Añade la demanda que al tiempo de publicarse la Orden SND/414/2020, esto es, el día 16 de mayo de 2020, la evolución epidemiológica se consideraba positiva, lo cual permitió, la reapertura al público de establecimientos de comercio minorista y de diversos servicios acotando espacios de 400 metros cuadrados abiertos al público en caso de tener una superficie mayor, así como de centros y parques comerciales; respecto a las actividades de hostelería y restauración, la reapertura al público para consumo en el local, salvo las discotecas y locales de ocio nocturno; la reapertura de zonas comunes de hoteles y alojamientos turísticos; la reapertura de locales y establecimientos destinados a actos y espectáculos culturales (cines, teatros, auditorios, etc.), de salas de exposiciones y centros con visita pública; así como la

reapertura de piscinas recreativas, la celebración de congresos, encuentros, reuniones de negocio y conferencias, etc.

Dichas actividades, apunta, tienen como común denominador la afluencia de público y su desarrollo en el interior de locales. Por eso, dice, no acierta a comprender por qué los locales de juego privado no se incluyeron de forma expresa en la Orden.

Tampoco encuentra ninguna justificación en el expediente administrativo ya que los 3 escuetos documentos que lo integran ("Informe de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad", "Informe de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad al proyecto de orden ministerial" y el "Informe de la Abogacía del Estado al proyecto de orden"), no contienen ninguna referencia a los concretos motivos que justifican la inclusión o exclusión de un concreto sector de actividad del ámbito de aplicación de la Orden, y tampoco contienen ninguna mención expresa a las actividades de juego y apuestas.

Entiende que este trato desigual y discriminatorio supuso que el sector del juego y las apuestas reiniciara su actividad con un retraso de varias semanas respecto a otras actividades equiparables (en cuanto a realización en el interior de locales y con afluencia de público), lo cual reputa carente de justificación y le ha causado un perjuicio económico que tiene que ser resarcido. Considera, pues, que ha sido víctima de una arbitrariedad normativa.

A lo anterior sigue una prolija exposición sobre el quebranto del artículo 14 de la Constitución por establecer desigualdades injustificadas y discriminatorias e insiste en que esta discriminación se realiza sin justificación objetiva dado que la Orden SND/414/2020, nada dice en aras de fijar dicha justificación y sostiene que todo parece indicar que el sector del juego privado, había sido "olvidado", en cuanto a su reapertura. La parte se pregunta, qué diferencia hay entre, por ejemplo, un salón de juego de cualquier localidad española, donde el número de clientes es muy reducido, son locales en general amplios, que cuentan con medios de control de entrada, y buenos sistemas de ventilación exigidos por su normativa específica de aplicación y parámetros tecnológicos avanzados por encima de la media, y un local de hostelería o un comercio minorista. Y la respuesta le parece clara, en cuanto a la prevención de posibles contagios de COVID-19, están más preparados técnicamente y más controlados en cuanto a la recepción de clientes los locales de juego privado que el resto, y por supuesto, más que los locales donde se expiden juegos de titularidad pública, que suelen ser de dimensiones reducidas y en algunos casos con instalaciones muy precarias.

También se extiende sobre la vulneración del artículo 38 de la Constitución y de la libertad de empresa, pues cualquier excepción a la misma tiene que ser interpretada restrictivamente y respetar los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad y mantiene que no existe una regulación con rango de ley que habilite para establecer mediante la Orden SND/414/2020 restricciones a la libertad de empresa que, además, no resulta idónea ni proporcionada al fin teóricamente pretendido, por no incluir en la denominada Fase 2, la reapertura de los locales de juego privado. No haberlo hecho, subraya, conculca el artículo 38 de la Constitución.

El perjuicio sufrido a causa de esa antijurídica, a su juicio, exclusión lo valora en 17.049,02€ que es la cantidad que reclama como forma de restablecer la privación de la posibilidad de obtener ingresos por no haber podido abrir sus salones de juego durante la Fase 2 de la Desescalada.

Ya en el segundo otrosí la demanda reputa que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, del que trae causa la Orden SND/414/2020, cuya disposición final segunda, apartado tres, es objeto del presente recurso, es inconstitucional, en

los términos expuestos en su escrito. Y nos lo dice para que sea tenido en cuenta a los efectos oportunos.

TERCERO.- ***La contestación del Abogado del Estado.***

Objeta, en primer lugar, la falta de competencia de la Audiencia Nacional, rechaza la alegada nulidad de pleno Derecho por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución y refuta que el precepto de la Orden impugnado infrinja el principio de igualdad.

Considera evidente que si el Real Decreto 463/2020 hizo una mención diferenciada de estos establecimientos, sin homologarlos en ningún caso a los establecimientos y locales comerciales, es, precisamente, porque sus circunstancias son diferentes. Además, señala que no es asimilable la situación de los locales de los concesionarios de juego público estatal, equiparables por sus características a los establecimientos y locales minoristas, y los de la recurrente, y recalca las singularidades que los locales y establecimientos en los que se desarrollan actividades de juegos y apuestas presentan, así como la necesidad de un tratamiento *ad hoc* para evitar que se convirtieran en foco de propagación de la epidemia. Asimismo, recuerda las extraordinarias circunstancias y el nivel de incertidumbre en el que se adoptaban las decisiones, lo cual, dice, se evidencia aún más a la luz de las disposiciones de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, por la que se entró en la denominada Fase 3, que permitió la apertura de estos locales.

A propósito de la nota informativa subraya algo que considera evidente en la Orden Ministerial: si en el Real Decreto 463/2020 se establecía de una manera clara y separada la necesidad de cierre de los locales de juego privados, la falta de mención de los mismos en la Orden Ministerial, evidentemente, implica que no podían abrir aún en la Fase 2.

En fin, rechaza también que la Orden SND/414/2020 vulnerase el artículo 38 de la Constitución en relación con su artículo 53.1 y con el artículo 128.2 de la Ley 39/2015 y mantiene que las alusiones a la supuesta inconstitucionalidad del Real Decreto 463/2020, que determinaría para la demanda la nulidad de la Orden Ministerial impugnada, no pueden admitirse puesto que no cabe la impugnación indirecta de una norma con rango de ley, que es el que posee dicho Real Decreto.

En consecuencia, concluye, al no estar viciado de nulidad el apartado Tres de la disposición final segunda de la Orden SND/414/2020, falta el presupuesto sobre el que la recurrente ha fundamentado su pretensión indemnizatoria.

CUARTO.- ***El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de contencioso-administrativo.***

Este recurso es sustancialmente igual a los resueltos por nuestras sentencias n.º 534/2023, de 27 de abril (recurso n.º 73/2023), y n.º 118/2023, de 2 de febrero (recurso n.º 465/2022), que desestimaron la impugnación del apartado Tres de la disposición final segunda de la Orden SND/414/2020, formulada en virtud de los mismos argumentos que esgrime la recurrente en este proceso. Por tanto, por exigirlo los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, vamos a seguir ahora el mismo criterio observado entonces y a desestimar este recurso por las mismas razones utilizadas por esas sentencias, pues no hay motivos que justifiquen proceder de otro modo.

Esas razones, según las expusimos en la sentencia n.º 534/2023, son las que recordamos a continuación.

En primer lugar, somos competentes para conocer de este recurso tal como precisó el auto de la Sección Primera de 30 de noviembre de 2022 (cuestión de competencia n.º 52/2022), a propósito, precisamente, de la impugnación de la Orden SND/414/2020. Y carecemos de jurisdicción para conocer del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene valor de ley. Así lo hemos dicho en los autos de 4 de mayo de 2020 (recurso n.º 99/2020); de 12 de mayo de 2020 (recurso n.º 102/2020) y de 19 de febrero de 2021 (recurso n.º 170/2020), entre otras resoluciones.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 148/2021, de 14 de julio de 2021, se pronunció sobre el citado Real Decreto 463/2020 y no apreció que vulnerasen el artículo 38 de la Constitución las reglas que permitían a las autoridades competentes suspender la actividad de los establecimientos que podían abrir al público de "suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando". Y, a propósito de la libre actividad empresarial, señaló que el estado de alarma puede justificar "excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad" ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la Ley Orgánica 4/1981 y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal fin. A ese respecto y por cumplirse estas condiciones, encontró justificadas las restricciones que se dirigían a atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional adoptadas con fundamento en la legislación sanitaria y rechazó la pretensión de inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020.

Ciertamente, la sentencia n.º 148/2022 consideró inconstitucional la facultad atribuida por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modificó el Real Decreto 463/2020, al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades previstas en el artículo 10 este último por razones justificadas de salud pública, entre ellas las que afectaban a la libertad de empresa pero precisó que la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020 no derivaba del contenido material de las medidas que adoptaba, sino del instrumento utilizado.

Desde la perspectiva ofrecida por este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, nuestra sentencia n.º 118/2023, de 2 de febrero, dijo que la Orden SND/414/2020 encuentra su cobertura en el Real Decreto 463/2020 y no vislumbró en las medidas que establecía para la Fase 2 del Plan de Desescalada quebranto del artículo 14 de la Constitución ni de su artículo 9.3 por incluir al comercio minorista, la hostelería y la restauración y no incluir entre los que podían proceder a su reapertura al público al sector del juego privado, de casinos, de establecimientos de juegos colectivos de dinero y azar, de salones de juego, de salones recreativos, de rifas y tómbolas, otros locales e instalaciones asimilables a los de actividad recreativa de juegos y apuestas conforme a lo que establezca la normativa sectorial en materia de juego, locales específicos de apuestas.

Recordó, además, que el examen de la Orden muestra que la apertura de los establecimientos de hostelería y restauración para consumo en el local tuvo la excepción (artículo 18.1) de los locales de discotecas y bares de ocio nocturno. Y que, si bien es cierto que en el parco expediente administrativo no figura documentación sobre la elaboración de la disposición impugnada, el Abogado del Estado con la contestación a la demanda aportó mediante referencia a la web del Ministerio de Sanidad el "Plan Transición Nueva Normalidad" y el informe-modelo firmado a 14 de enero de 2022 y emitido por la Dirección General de Salud Pública de la Secretaria de Estado de Sanidad, Ministerio de Sanidad, sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicita una indemnización por cierre de

establecimiento/actividad comercial al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

En ese informe se explicaba que *la Desescalada fue gradual en razón de los datos del panel de indicadores epidemiológicos y consideramos que tenía razón el Abogado del Estado al poner de relieve que los salones de juego son establecimientos sujetos a normativa propia, estatal y autonómica, en los que la regulación vigente autoriza un servicio de bar o la posibilidad de fumar con horarios que no responden a los de la hostelería, la restauración o el comercio minorista. Vimos, asimismo, relevante que en ellos se produce intercambio de objetos entre empleados y clientes (cartones, fichas) y el uso de equipamientos (máquinas de azar o apuestas) por múltiples usuarios, todo lo cual, en las fechas de la Orden, justificaba la fijación de medidas de actuación frente al Covid-19.*

Por eso, **no advertimos discriminación, al no existir un término válido de comparación, ni tampoco arbitrariedad, dadas las especiales características de la actividad de empresas como la entonces recurrente, que es la misma de Recreativos Portas, S.L.**

Por último, precisábamos que no estábamos en un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque los recurrentes hubieren utilizado argumentos de tal acción y el Abogado del Estado los hubiere contestado.

En consecuencia, **al no reputar nulo el apartado Tres de la disposición final segunda de la Orden SND/414/2020, ningún pronunciamiento de daños y perjuicios procedía ya que dicha pretensión no es autónoma sino derivada de la de anulación de la disposición impugnada**. Y esto mismo sucede ahora.

En definitiva, procede desestimar este recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- *Costas.*

Conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas por las dudas suscitadas por las disposiciones dictadas para hacer frente a la pandemia causada por el COVID-19.

FALLO

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

(1.º) **Desestimar el recurso contencioso-administrativo n.º 1149/2023, interpuesto por Recreativos Portas, S.L. contra el apartado Tres de la disposición final tercera de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la Fase 2 del Plan para la Transición la una Nueva Normalidad**.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.