CIRCULAR INFORMATIVA Nº 09/2024

21/02/2024

Sentencia nº 168/24, de 01/02/2024, del Tribunal Supremo, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa contra un apartado de una Orden aprobada durante la pandemia del Covid, en la que se flexibilizaba la apertura de determinadas actividades y no se aplicaba igual a los locales de juego

Estimado amigo:

Siguiendo en la línea de pronunciamientos desfavorables que últimamente viene dictando el Tribunal Supremo en recursos interpuesto por empresas del sector, hacemos referencia en este caso a la **Sentencia 168/2024, de 1 de febrero de 2024, en la que el Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa operadora** que solicitaba que se declarase nulo un apartado de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo (en el que se flexibilizan las medidas para el comercio minorista y otros establecimientos públicos –incluidos los de las entidades concesionarias de juegos públicos–, permitiéndoles la reanudación de su actividad, mientras que se mantiene la medida de cierre para los establecimientos de juego privado).

La empresa recurrente consideraba en su demanda que esa Orden establecía un trato discriminatorio para los locales de juego privado, algo que consideraba contrario al artículo 14 de la Constitución, entendiendo igualmente vulnerado el artículo 38 de la Constitución y el principio de libertad de empresa, aduciendo, además, que no existía ninguna motivación que justificase esta diferencia de trato entre unas actividades y otras. En base a ello, esta empresa reclamaba una indemnización, por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de esa medida, que cifraba en 17.049,02 euros.

El Tribunal Supremo aduce que ya ha desestimado recursos similares y se remite a los argumentos utilizados en algunos de esos precedentes, haciendo referencia de una manera especial a lo señalado en la Sentencia 534/2023, de 27 de abril, en la que hacía referencia a la **Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional**, en la que, pese a que declarar la inconstitucionalidad de alguno de los Reales Decretos adoptados con ocasión de la declaración del estado de alarma, se precisaba que dicha inconstitucionalidad no derivaba del contenido material de las medidas adoptadas (que consideraba *"justificadas con la finalidad de atajar o contener la propagación del virus y proteger la salud"*), sino del instrumento normativo utilizado. A tenor de ello, se hace referencia a lo señalado en **la Sentencia 534/2023 (cuya argumentación se valida también para la Sentencia que ahora se comenta) indicando lo que a continuación se transcribe**:

> *"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".*

En base a ello, **se concluye que no se aprecia discriminación** (al no existir un término de comparación válido), **ni arbitrariedad** (dadas las especiales características de la actividad desarrollada en los establecimientos de juego), **por lo que se desestima la pretendida declaración de nulidad aducida por la empresa recurrente, denegándose consecuentemente la indemnización solicitada**, señalándose que, al no estar en un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y no declararse nulo el artículo cuestionado por la recurrente, la desestimación de la nulidad conlleva también la desestimación de la indemnización solicitada.

Como se puede ver, esta Sentencia mantiene la línea de desestimación de todas las reclamaciones que, por diferentes vías y procedimientos, se han venido realizando por parte de empresas del sector ante los daños sufridos como consecuencia de las medidas de paralización o limitación de la actividad que se fueron adoptando durante los años 2020 y 2021 con motivo de la pandemia del Covid-19.

Se adjunta copia íntegra de dicha Sentencia como anexo de esta circular.

Esperando que este asunto resulte de tu interés, aprovecho para hacerte llegar un cordial saludo,

Fdo. Jesús Mª Molina del Villar.
Secretario General Técnico en funciones.