



Roj: **STSJ AR 740/2018 - ECLI: ES:TSJAR:2018:740**

Id Cendoj: **50297330012018100238**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **249/2016**

Nº de Resolución: **264/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ISABEL ZARZUELA BALLESTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- SECCION PRIMERA -

RECURSO N º 249 de 2.016

SENTENCIA: 00264/2018

SENTENCIA N º 264 DE 2018

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR

MAGISTRADOS :

D. JESÚS MARIA ARIAS JUANA

Dª ISABEL ZARZUELA BALLESTER

=====

En Zaragoza, a dieciocho de mayo de dos mil dieciocho.

En nombre de S. M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, el recurso número 249 de 2.016, seguido entre partes; como demandantes las mercantiles **CINAR POLIGONAL, S.L.; DIPOER 2000, S.L.; HERACLIOGAME MACHINE, S.L; HOSTYOCI, S.A.U.; y MONTAJES Y PEFECIONAMIENTOS ZARAGOZA, S.A.**, representadas por el Procurador D. Juan Antonio Aznar Ubieto y asistidas por el Letrado D. Santiago Moreno Molinero; y como demandada, la **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGON**, representada y asistida por Letrado de la Comunidad Autónoma.

Es objeto de impugnación la "comunicación" de fecha 14 de julio de 2016, de la Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de Aragón con el objeto de "Poner en marcha" con fecha 18 de agosto de 2016 una actualización del fichero del registro de autoprobibidos (REPUJ), por considerarla vía de hecho.

Procedimiento : Ordinario.

Cuantía: Indeterminada.

Ponente : Ilma. Sra. Magistrado Dª ISABEL ZARZUELA BALLESTER.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La parte actora por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala en fecha 28 de septiembre de 2016, interpuso recurso contencioso administrativo contra la actuación citada en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO. - Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, la parte actora dedujo demanda en súplica de que se dictara sentencia por la que se estime el recurso, declarando nula de pleno derecho la actuación en vía de hecho de la Dirección General de Justicia e Interior, derivada de las "Comunicaciones" de fecha 14 de julio de 2016, de la Directora General de Justicia e Interior, por la que se modifica la aplicación informática (REJUP).

TERCERO. - La Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimó aplicables, que se dictara Sentencia desestimando el recurso.

CUARTO.- Sin que haya habido lugar a la apertura del periodo de prueba, y tras el trámite de conclusiones y quedar pendiente el recurso del correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del mismo el día señalado, 16 de mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional determinar la conformidad o no a Derecho de la actuación **en vía de hecho** de la Dirección General de Justicia e Interior, derivada de las "Comunicaciones" de fecha 14 de julio de 2016, anteriormente referidas, por las que se modifica la aplicación informática (REJUP).

SEGUNDO.- Frente a dicha actuación, la parte actora ha formulado el presente recurso jurisdiccional, sosteniendo que nos encontramos ante una actuación de la Administración en Vía de Hecho, que se produce, sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento, y que conculca la normativa reguladora de aplicación y lesiona los legítimos derechos e intereses de las recurrentes y de terceros -con cita de Sentencias del Tribunal Supremo-, consistente en una mera comunicación por la que la Administración, vía actualización de fichero de "autoprohibidos", acomete la formación de un fichero adicional, no contemplado en la normativa sobre **juego**, que habrá de registrar las consultas que desde los locales de **juego** se verifiquen al antedicho REJUP. Así resulta de la comunicación realizada, a la que se adjunta el manual de instrucciones relativas al fichero de prohibidos, con las acciones a realizar diariamente por cada local de **juego** en Aragón. En el número 1, se dice que la realización de búsquedas con la aplicación REJUP, generará un fichero diario de resultados, almacenándose el archivo así generado en la carpeta, donde constará la trazabilidad de las consultas. Los Decretos 3/2004 y 108/2009, así como la Orden de 25 de junio, no permiten que en dicho fichero, se puedan inscribir, tal y como pretende la vía de hecho a todos los clientes que accedan a los distintos salones de **juego**, que además deberán ser enviados diariamente a la Administración actuante. No es posible anotar en el fichero REJUP a la generalidad de los clientes diarios de un salón de **juego**, sino tan sólo a las personas enunciadas taxativamente en la normativa reguladora. Por otra parte, el Decreto 39/2014, en su artículo 21.1 y 2, impone la obligación de llevar registro de visitantes tan sólo a los casinos y salas de bingo, no así a la totalidad de los locales de **juego**, de suerte que, la comunicación de la Dirección General, extiende a la totalidad de los salones de **juego** la obligada llevanza de un registro de visitantes, que, como consecuencia de tal actuación, además, va a controlar la Administración, generando un fichero no contemplado por la normativa reguladora del **juego**. Esto, por otra parte, constituye vulneración de la normativa de protección de datos, que impone cobertura reglamentaria para la creación de ficheros.

Debe añadirse que, con posterioridad, se publicó el Decreto 35/2017, de 14 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 108/2009, de 23 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal "Registro del **Juego** de Prohibidos" (REJUP), al objeto de incorporar a la regulación de tal fichero ya existente la trazabilidad de los datos que se insertan para la debida comprobación en los salones de **juego** de no entrada de menores o inscritos en el REJUP. Por Auto de esta de esta Sala de 28 de junio de 2017, fue desestimada la pretensión de la Administración demandada de que se decretara la terminación del proceso por carencia sobrevenida del objeto.

TERCERO.- Con carácter previo, respecto a la excepción procesal de inadmisibilidad del recurso opuesta por la Administración demandada, por inimpugnabilidad de la actuación recurrida, por sostener que no existe vía de hecho por cuanto no existe en esta comunicación administrativa ninguna actuación efectuada -como sostienen las recurrentes- contraviniendo el Decreto 39/2014 de 18 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de locales de **juego**, puesto que se trata únicamente de comunicar la actualización de una aplicación de dicho registro de prohibidos, registro ya existente, y que deben de utilizar obligatoriamente dichos locales para cumplir debidamente las obligaciones que tienen de controlar el acceso de los visitantes para poder comprobar que no se encuentran en el Registro de prohibidos; y la comunicación incluye una cita de las



obligaciones de control de acceso que incumbe a los locales de **juego**, sin que con ella se esté creando dichas obligaciones, no puede ser atendida, dado que la inadmisibilidad del recurso se sustenta en la apreciación de lo que constituye cuestión de fondo, esto es, si la actuación impugnada es constitutiva o no de vía de hecho.

Respecto a la misma, decíamos en el Auto de 22 de noviembre de 2016, de suspensión de la efectividad de la actuación administrativa impugnada, a propósito del significado y alcance de la actuación administrativa impugnada, en el fundamento jurídico primero lo siguiente: "... examinada la normativa de aplicación, la reguladora del **juego** en la Comunidad Autónoma de Aragón, así como la relativa al REJUP, debe descartarse como consecuencia de la actualización de aplicación informática cuya suspensión cautelar se interesa, que se extienda a la totalidad de los locales de **juego** lo que sólo está contemplado como obligación de los salones de bingo y casinos, que es la obligación de llevanza de un fichero de visitantes. En cualquier caso, lo que se desprende del artículo 21 del Decreto 39/2014 es el deber que se impone a la totalidad de los locales y salones de **juego** de verificar y consultar en el REJUP la presencia en los mismos de algún usuario que figure en tal registro, bien sea de manera directa y en cada caso, respecto de los locales de **juego** en general, bien mediante la llevanza de un registro de visitantes, debidamente contrastado en su caso con el REJUP, en el caso de los casinos y salones de bingo. La actualización no impone obligación que ya no tuvieran los locales de **juego** por imperativo de la normativa aragonesa sobre el **juego**.

Lo que sucede es que, mediante la comunicación cuya suspensión se interesa, lo que pretende la Administración es un inmediato y efectivo ejercicio de sus facultades de inspección y verificación del cumplimiento de dicha obligación de consulta que incumbe a todos los locales de **juego**; obligación que es de más fácil comprobación respecto de los casinos y bingos, dado que deben contar con el correspondiente registro de visitantes. Se pretende asegurar una inspección o verificación inmediata, o si se permite, "en tiempo real", del cumplimiento de tal obligación.

Lo que sucede es que tal propósito de eficacia en el ejercicio de facultades de inspección y control, pretende satisfacerse mediante el almacenamiento de un fichero diario de nueva creación, que hasta ahora no estaba contemplado o, por mejor decir, incumbía a los locales de **juego** y, específicamente, a los bingos y casinos a través de su fichero de visitantes. Se genera un fichero diario de consultas que se almacena y guarda, con fines, como el propio Letrado del Gobierno de Aragón reconoce, de constancia de trazabilidad de las consultas. La Administración conocerá, porque ha generado un fichero no previsto por disposición general, las consultas diarias realizadas en el REJUP y también respecto de quienes se hayan realizado. En definitiva, genera un fichero diario de consulta, que, desde luego, no parece que tenga soporte reglamentario en el antedicho Decreto 39/2014, ni antes en el Decreto 108/2009, menos en la Ley 2/2000, de 28 de junio."

Por su parte, el Tribunal Supremo, tiene reiteradamente dicho al señalar el concepto de vía de hecho que la "...finalidad de la vía de hecho (...) responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración". En definitiva la vía de hecho "se configura como una actuación material de la Administración, desprovista de la cobertura del acto legitimador o con tan graves vicios o defectos que supongan su nulidad radical o de pleno derecho".]. (Por todas, sentencia de la sección 6ª de 5 de febrero de 2008, rec.6122/2004).

De lo expuesto se deduce, a tenor, por otra parte, de la actuación posterior de la Administración promoviendo la aprobación y promulgación de reforma del Decreto 108/2009, mediante el Decreto 35/2017, que procede estimar el recurso interpuesto, al haberse actuado sin cobertura de la correspondiente disposición general que luego ha tenido que aprobar y publicar.

CUARTO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional , procede hacer expresa imposición de las costas a la Administración recurrida, si bien la Sala, en uso de la facultad que confiere el apartado tercero de dicho artículo, limitadas, por todos los conceptos, a la suma de 1.500 Euros.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Estimar el recurso número 249 de 2016, interpuesto por la representación de las mercantiles **CINAR POLIGONAL, S.L.; DIPOER 2000, S.L.; HERACLIOGAME MACHINE, S.L; HOSTYOCI, S.A.U.; y MONTAJES Y PEFECIONAMIENTOS ZARAGOZA, S.A.**, contra la actuación administrativa indicada en el encabezamiento de esta sentencia, la que declaramos nula de pleno derecho, por constituir vía de hecho.

SEGUNDO .- Imponer las costas a la Administración demandada con el límite establecido en el último fundamento de esta Sentencia.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ