

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION 4**

Pieza de Medidas Cautelares [PMC] nº: 4 /000356/2020-P.S.M.

N.I.G: 46250-33-3-2020-0002887

Ponente: D/D^a MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

Demandante/Recurrente: ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE MAQUINAS RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA ANDEMAR

Procurador/Letrado: JUAN MIGUEL ALAPONT BETETA /

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE SANIDAD Y SALUD PUBLICA

Procurador/Letrado: /

AUTO

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D/D^a. MANUEL JOSÉ BAEZA DIAZ-PORTALES

Magistrados:

D/D^a. MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

D/D^a. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS (Ponente)

En VALENCIA, veintidós de diciembre de dos mil veinte.

Dada cuenta; y

H E C H O S

Primero.- La parte actora presentó escrito el 18-12-2020 solicitando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 LJCA, la suspensión *cautelarísima* del apartado 9.3 de la Resolución de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública de la GVA, de 05 de diciembre, con la corrección de errores de 17 de diciembre de 2020.

Segundo.- Por auto de fecha 18 de diciembre se acordó no haber lugar a adoptar la medida *inaudita parte* interesada y dar traslado a la Administración para que, en el plazo de hasta la diez horas del día veintidos de diciembre, alegase lo que a su derecho conviniera.

Tercero.- La Abogada de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, ha presentado escrito solicitando se dicte auto confirmando la denegación de la medida cautelar interesada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.- Para el buen entendimiento de los términos del incidente, reseñemos que la resolución recurrida, en exposición del escrito de interposición es literalmente: << el **Acuerdo**

primero apartado 9.3 de la Resolución por la que adoptan medidas adicionales de fecha 05 de diciembre de 2020 (DOGV nº 8968 de 05 de noviembre) **RECTIFICADA MEDIANTE CORRECCIÓN DE ERRORES DE 17 DE DICIEMBRE** (DOGV Nº 8977) de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana- documentos nº 2 y 3- que incluye dentro del apartado relativo a establecimientos de hostelería y restauración la no permisibilidad de los juegos de azar en los bares y similares incluyendo ahora expresamente a “*las máquinas recreativas, de azar o de juego con o sin premio, máquinas de apuestas deportivas, juegos de mesa, billares, dardos, futbolines o similares*” >> .

Segundo.- Publicada la Resolución de 5-12-2020 de la Consellería de Sanidad y Salud Pública por la que se acuerdan nuevas medidas adicionales en la Comunidad Valenciana, como consecuencia la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 el mismo día 5 de diciembre de 2020, la corrección de errores lleva fecha de 15 de diciembre y se inserta en el DOGV el 17 de diciembre de 2020, siendo del siguiente tenor literal:

"Advertidos errores en la resolución de referencia, publicada en el DOGV núm. 8968, de 5 de diciembre de 2020, se procede a su subsanación: En el resuelvo primero, apartado 9 de la Resolución de 5 de diciembre de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, relativo a «*Medidas relativas a establecimientos de restauración y hostelería* », en su punto 3.

Donde dice:

«9.3. No queda permitido en los establecimientos de restauración y hostelería:

- El uso de la barra.
- Los servicios tipo *self service* o buffet.
- No queda permitido fumar en las cafeterías, ni en las terrazas de bares, cuando no se pueda respetar la distancia mínima interpersonal de, al menos, 2 metros.
- Los juegos de azar en los bares y similares.

Se suspende la actividad de los locales de discotecas, salas de baile, karaoke, bares de copas y pubs, con y sin actuaciones musicales en directo. Y se suspende también la realización de karaokes y actuaciones esporádicas o amateur de canto en los establecimientos de restauración y hostelería».

Debe decir:

«9.3. No queda permitido en los establecimientos de restauración y hostelería:

- El uso de la barra.
- Los servicios tipo *self service* o buffet.
- No queda permitido fumar en las cafeterías, ni en las terrazas de bares, cuando no se pueda respetar la distancia mínima interpersonal de, al menos, 2 metros.
- Los juegos de azar, incluidas las máquinas recreativas, de azar o de juego con o sin premio, máquinas de apuestas deportivas, juegos de mesa, billares, dardos, futbolines, o similares.

Se suspende la actividad de los locales de discotecas, salas de baile, karaoke, bares de copas y pubs, con y sin actuaciones musicales en directo. Y se suspende también la realización de karaokes y actuaciones esporádicas o amateur de canto en los establecimientos de restauración y hostelería»."

Tercero.- Consta en la pieza incidental documento aportado por la entidad recurrente, suscrito el 9 de diciembre de 2020 por la Secretaría Autonómica de Salud Pública i del Sistema Sanitari Públic, del siguiente tenor:

<<En respuesta a su consulta respecto a la prohibición de juegos de azar, le informamos que la RESOLUCIÓN de 5 de diciembre de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerda nuevas medidas adicionales en la Comunitat Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 en su apartado 9.3 sobre medidas relativas a establecimientos de restauración y hostelería, establece:

"No queda permitido en los establecimientos de restauración y hostelería:

- Los juegos de azar en los bares y similares. "

La prohibición a la que hacen referencia está dirigida a juegos de mesa tales como caltas, domino y otro tipo de juegos similares que se puedan desarrollar en los establecimientos de restauración y hostelería. Las medidas de higiene y seguridad respecto a las máquinas o cualquier otro dispositivo de juego, sigue regulado mediante el PROTOCOLO SANITARIO PARA BARES Y RESTAURANTES QUE DISPONGAN DE MÁQUINAS O CUALQUIER OTRO DISPOSITIVO DE JUEGO, que

adjuntamos junto con el presente escrito y pueden consultar en la web [<<http://coronavirus.san.qva.es/es/protocolos>>](http://coronavirus.san.qva.es/es/protocolos)

Cuarto.- La solicitud de medida cautelar pedida por la representación de la Asociación de Empresarios de Maquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana ANDEMAR se sustenta desarrollando dos motivos:

a) La corrección de errores de la Resolución de 5 de diciembre de 2020 no se ajusta a Derecho al ser contradictorio con la clarificación que la Secretaria Autonómica de la Conselleria de Sanidad había dado por escrito en fecha 9 de diciembre de 2020 afectando solamente a juegos de mesa como cartas y dominó. Y dado que la mera rectificación o corrección de errores no es otra cosa que una nueva Resolución en la que se adoptan nuevas medidas adicionales restrictivas respecto de las máquinas recreativas y máquinas de apuestas en hostelería, cuando ya había actos propios y hechos consumados de la propia Consellería de Sanidad y Salud Pública con invocación del Artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y STS de 3-10-2014. Por consiguiente se está apelando a la apariencia de buen derecho.

b) A diferencia de los juegos de mesa que son juegos colectivos, los juegos en las máquinas recreativas son juegos individuales en los que no interviene ningún otro jugador y que ya disponen de su protocolo específico para su uso y utilización publicado desde julio en la web de la Consellería de Sanidad- se adjunta como documento nº 5- y que conlleva una correcta higienización de las máquinas después de cada uso a diferencia de las cartas y fichas ya que ello resultaría casi materialmente imposible siendo el riesgo de contagios e infecciones mayor al ser un juego colectivo. Por consiguiente, dichas nuevas medidas adicionales restrictivas carecen de justificación son proporcionales, idóneas ni motivadas no superando el test o juicio de proporcionalidad de la medida contenida en la norma. No se mencionan datos sanitarios ni en la corrección de errores dictada una semana y media después ni en la Resolución de 05 de diciembre. Concurriendo la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ausencia de perturbación al interés público o de terceros, debe satisfacerse la suspensión cautelar.

En contraste, el Abogado de la Generalidad alega que la recurrente centra todos sus argumentos en el hecho de que la rectificación de errores no es la vía adecuada para extender las prohibiciones a la máquinas recreativas. Aduce que no le asite la razón en su petición de suspensión cautelar por la presunción de legalidad de los actos administrativos, artículo 38 de la Ley 39/2015 y la falta de acreditación por parte de la actora del hipotético daño de reparación imposible o difícil.

Quinto.- Como viene recordando esta Sala y Sección a propósito de las medidas cautelares en sede jurisdiccional contencioso-administrativo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo **ATS, Contencioso sección 3 del 11 de noviembre de 2010, numero de Recurso: 420/2010.**

“...La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJ no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728 .No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la

apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que *"la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)." En igual sentido, otros muy posteriores como ATS DE 17-11-2020 (R° 299/2020).*

Sexto.- Proyectado lo anterior al caso de autos, resulta meridianamente claro -obviamente en sede cautelar- para la Sala que la Administración acude a la corrección de errores materiales vulnerando por completo la previsión del art. 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ("Las Administraciones Públicas, podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.").

En la resolución de 5 de diciembre de 2020, precedida (podemos suponer del procedimiento de rigor) y tras la aclaración dada por la Secretaria Autonómica de forma reflexiva y razonada, se decidió no quedar permitido en los establecimientos de restauración y hostelería, por lo que aquí interesa: " Los juegos de en los bares y similares". Sin embargo, con la corrección de errores la Resolución, suscrita por la titular de la Consellería de Sanidad, no se altera o subsana ni error material, si de hecho ni aritmético existente en aquella resolución sino que lisa y llanamente se incluye una nueva prohibición: " Los juegos de azar, incluidas las máquinas recreativas, de azar o de juego con o sin premio, máquinas de apuestas deportivas, juegos de mesa, billares, dardos, futbolines, o similares." No hace falta referir el asentado criterio jurisprudencial acotando la facultad de rectificación, por ejemplo STS de 3-10-2014 citada por la parte actora establece:

"(...), Al respecto es jurisprudencia constante que el error del artículo 105.2 Ley 30/1992 debe reunir las siguientes características:

1º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.

2º Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte.

3º Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos.

4º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.

5° *La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión.*

6° *Debe aplicarse con criterio restrictivo."*

La consecuencia de así operar puede reconducirse a la técnica de "acto nulo" o bien de "acto inexistente".

Séptimo.- Llegados a este punto, se impone satisfacer la pretensión cautelar de la parte actora suspendiendo la denominada rectificación de errores. Y en consecuencia, inexistente el párrafo antedicho: "Los juegos de azar, incluidas las máquinas recreativas, de azar o de juego con o sin premio, máquinas de apuestas deportivas, juegos de mesa, billares, dardos, futbolines, o similares". Por consiguiente, ha de estarse a la redacción del apartado 9.3 de la resolución de 5-12-2020 en el particular que nos ocupa, esto es: "9.3 No queda permitido en los establecimientos de restasuración y hostelería: [...] -los juegos de azar en los bares y similares."

Estas consideraciones hacen innecesaria que nos adentremos en el análisis del segundo de los motivos en que se funda la parte de la parte actora.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: SATISFACER LA MEDIDA CAUTELAR solicitada por ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE MAQUINAS RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA ANDEMAR y, en consecuencia:

Suspender la resolución de 5 de diciembre de 2020 de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública el tenor del apartado 9.3 rectificado: <<"9.3 No queda permitido en los establecimientos de restauración y hostelería: [...] -Los juegos de azar, incluidas las máquinas recreativas, de azar o de juego con o sin premio, máquinas de apuestas deportivas, juegos de mesa, billares, dardos, futbolines, o similares".>>.

Manteniéndose la redacción inicial:"9.3 No queda permitido en los establecimientos de restasuración y hostelería: [...] -los juegos de azar en los bares y similares."

Y para que la suspensión acordada se lleve a efecto notifíquese la presente resolución a la Administración demandada por medio del Abogado de la Generalidad.

Sin imposición de costas procesales.

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de REPOSICIÓN en el plazo de cinco días ante la Sala

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados.