



Roj: **STSJ BAL 812/2019 - ECLI: ES:TSJBAL:2019:812**

Id Cendoj: **07040330012019100467**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2019**

Nº de Recurso: **338/2018**

Nº de Resolución: **463/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00463/2019

N.I.G: 07040 33 3 2018 0000330

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000338 /2018

Sobre ADMINISTRACION AUTONOMICA

De ASOCIACION DE COMERCIANTES OPERADORES DE MAQUINAS ACCIONADAS POR MONEDAS DE BALEARES

Procurador: ALEJANDRO SILVESTRE BENEDICTO

Contra COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ISLAS BALEARES

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

SENTENCIA

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 18 de octubre de 2019

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **338/2018** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la **ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES OPERADORES DE MÁQUINAS ACCIONADAS POR MONEDAS DE BALEARES (ACOMAM)** contra la Administración de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ILLES BALEARS**.

Constituye el objeto del recurso la Instrucción 1/2018, de 22 de mayo de 2018, de la directora general de Comercio y Empresa relativa a la tramitación electrónica de los expedientes en materia de juego (BOIB 65, de 26 de mayo de 2018).

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 21 de junio de 2018, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico la Instrucción impugnada.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma, aceptando la nulidad del punto 2º y oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia que inadmitiese parcialmente el recurso interpuesto en lo que se refiere a la pretensión anulatoria de los apartados 1 y 5º, y subsidiariamente, lo desestime en cuanto a éstos.

CUARTO. No recibido el pleito a prueba y declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 14 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la cuestión litigiosa.

En BOIB núm. 65, de 26 de mayo de 2018, se publicó la Instrucción 1/2018, de 22 de mayo de 2018, de la directora general de Comercio y Empresa relativa a la tramitación electrónica de los expedientes en materia de juego (BOIB 65, de 26 de mayo de 2018).

El contenido de dicha instrucción es el siguiente:

"1. Las solicitudes y otros trámites en materia de juego presentados por parte de los sujetos obligados en virtud del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ha de realizarse de forma electrónica. Si los sujetos obligados lo presentan de forma presencial se requerirá al interesado para que lo subsane a través de su presentación electrónica, en los términos contenidos en el artículo 68.4 de la norma referenciada.

2. La representación para formular solicitudes, comunicaciones, interposición de recursos, desistimiento de acciones y renuncia de derechos, a la que se refiere el artículo 5 de la Ley 39/2015, ha de acreditarse mediante poder notarial o apoderamiento apud acta, ante funcionario público habilitado al respeto.

3. La notificación de los actos administrativos a las personas jurídicas se practicará en su carpeta ciudadana, accesible desde el Punto de Acceso General (<https://administracion.gob.es>), sin perjuicio que también se practique a su representante, si se ha acreditado de forma fidedigna su representación. En todo caso, los avisos de notificaciones se han de dirigir al correo electrónico designado por el interesado con esta finalidad.

4. Las personas físicas pueden escoger la forma de la práctica de la notificación en papel o en formato electrónica, pero si lo escogen en papel también se practicará en su carpeta ciudadana, accesible desde el Punto de Acceso General (<https://administracion.gob.es>); no obstante, en este supuesto la fecha válida de notificación será la de aquella que se haya recepcionado en primer lugar. En todo caso, los avisos de notificaciones se han de dirigir al correo electrónico que con esta finalidad designe el interesado.

5. Esta Instrucción se comenzará a aplicar a partir del día siguiente al de su publicación el Boletín Oficial de las Illes"

La asociación recurrente impugna los puntos 1º, 2º y 5º de la mencionada Instrucción.

A) LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS PUNTOS 1º Y 5º

Los puntos 1º y 5º se combaten porque, a juicio de la recurrente, a través de la combinación de estos, se extrae la conclusión que, según la Instrucción, únicamente a partir de su entrada en vigor, las solicitudes y otros trámites en materia de juego presentados por parte de los sujetos obligados en virtud del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, han de realizarse de forma electrónica. Lo que a "sensu contrario" supone que la Instrucción admite que aquellas solicitudes y otros trámites no presentados de forma electrónica con anterioridad a la misma por parte de los sujetos obligados dicha presentación electrónica conforme al art. 14.2º de la Ley 39/2015, serían válidos.

La recurrente recuerda que conforme al art. 14.2º LPAC " en todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas; b) Las entidades sin



personalidad jurídica, c)...". Por ello, la obligatoriedad para éstos no puede ser a partir de la entrada en vigor de la Instrucción, pues con ello se reconoce implícitamente la validez de aquellas solicitudes y trámites anteriores, no realizados de forma electrónica, por quienes estaban obligados a ello. En contra de lo impuesto por la LPAC

La demandante señala que en el propio Preámbulo de la Instrucción se reconoce que " *la Dirección General de Comercio y Empresa ha admitido la presentación de la documentación que forman los distintos expedientes administrativos en materia de juego de forma presencial, a pesar de la obligación contenida en el Ley 39/2015 para los sujetos obligados en virtud del artículo 14.2 de la LPAC* ".

Por ello, la recurrente interpreta que la Instrucción implanta una *vacatio legis* de los arts. 14 y 68.4 de la Ley 39/2015, es decir, dicha Instrucción pretende que a pesar de la entrada en vigor de dichos artículos el 2 de octubre de 2016, a los expedientes en materia de Juego, solo se empiecen a aplicar dichos preceptos a partir del día siguiente a la publicación de la Instrucción en el B.O.I.B.

B) LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL PUNTO 2º.

La asociación recurrente argumenta que dicho punto, al señalar que la representación para formular solicitudes, comunicaciones, interposición de recursos, desistimiento de acciones y renuncia de derechos, a la que se refiere el artículo 5 de la Ley 39/2015, " *ha de acreditarse mediante poder notarial o apoderamiento apud acta ante funcionario público habilitado al respecto*" supone restringir la posibilidad de otros modos de acreditación de la representación, en contravención del art. 5.4º de la Ley 39/2015.

Concretamente, el citado art. 5.4º precisa que " **4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.** A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento apud acta efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente ."

C) LA CONTESTACIÓN DE LA CAIB

La Administración demandada articula lo siguiente:

1º) Expresamente manifiesta no plantear oposición a la impugnación del apartado 2º de la Instrucción a la vista del Auto de esta Sala de 5 de septiembre de 2018, dictado en fase de medidas cautelares.

En dicho Auto se argumentaba al respecto:

" *TERCERO. Otra solución debemos aplicar para el punto 2º de la Instrucción. Recordemos que el indicado punto solo admite dos modos de acreditar la representación: "mediante poder notarial o apoderamiento apud acta ante funcionario público habilitado al respecto".*

Esta Instrucción entra en abierta contradicción con el art. 5.4º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas conforme al cual:

"4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.

A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento apud acta efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente."

La limitación en los medios de acreditar la representación introducida por el punto 2º de la Instrucción es tan clara en su contradicción con la Ley 39/2015 que ni la representación procesal de la Administración de la CAIB ha formulado expreso comentario al respecto (a diferencia de los puntos 1º y 5º).

Pese a que la Jurisprudencia es restrictiva en la aplicación del principio de la apariencia de buen derecho para la adopción de medidas cautelares, entendemos que, en el presente caso, ningún perjuicio se causa a los intereses públicos si se suspende la eficacia de dicho punto 2º, lo que en la práctica supone la plena rehabilitación del art. 5.4º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, también para los expedientes en materia de juego."

En consecuencia, procede la estimación de la demanda en cuanto al citado apartado 2º que debe ser anulado.

2º) Se invoca la inadmisibilidad parcial del recurso en cuanto a los apartados 1º y 5º, pues la Instrucción, como mecanismo interno de la Administración para establecer pautas o criterios de actuación dirigido a los órganos y unidades dependientes, sólo vinculan a tales servicios administrativos, por lo que no constituyen disposición reglamentaria ni tiene trascendencia normativa. Y, en cualquier caso, un Director General carece de la potestad reglamentaria. Inadmisibilidad fundamentada en los arts. 10, 25 y 69 de la LRJCA.



Si se entendiese la Instrucción como acto administrativo con efectos "ad extra", no se habría agotado la vía administrativa al no interponerse el preceptivo recurso de alzada ante el Conseller (arts. 5, 53.1º y 58 de la Ley CAIB 3/2003, de 26 de marzo), por lo que el recurso sería igualmente inadmisibile.

3º) Subsidiariamente, oposición en cuanto a los apartados 1º y 5º, que no contravienen las previsiones normativas de la Ley 39/2015 sino que precisamente se ajustan a ésta, al imponer que los obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas, así lo hagan. La instrucción se limita a reproducir lo que ya prevé una norma de rango superior, por lo que no puede ser contraria a Derecho. Y se añade: "*lo que haya podido suceder en otros expedientes, tramitados antes de la publicación de la Instrucción, está sin duda al margen de la actividad administrativa que se impugna en este proceso y deberá resolverse en cada uno de los expedientes en que hubiera podido producirse, en su caso, cualquier infracción del ordenamiento jurídico*".

SEGUNDO. La inadmisibilidad parcial. La naturaleza jurídica de la Instrucción impugnada.

En primer lugar, llama la atención que la Administración demandada, al no oponerse a la impugnación del apartado 2º de la Instrucción, venga a aceptar que, al menos con lo dispuesto en este punto segundo, la Instrucción no es una simple pauta o criterio de actuación dirigido a los órganos y servicios administrativos dependientes de la Directora General de Juego, sino que es una verdadera disposición reglamentaria. De otro modo no se entendería que se acepte que el recurso sí es admisible en este punto.

Con independencia de lo anterior, no ofrece dudas que las instrucciones y órdenes de servicio contempladas en el art. 6 de la LRJSP 40/2015 y art. 21 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen jurídico de la Administración de la CAIB, lo son aquellas que se dictan en el ámbito interno de la organización administrativa y mediante las que los órganos superiores, en desarrollo del principio de jerarquía orgánica, dirigen la actividad de los inferiores y del personal al servicio de la Administración. La jurisprudencia indica que éstas pautas o instrucciones de servicio no innovan propiamente el ordenamiento jurídico y se hallan dirigidas a órganos que se encuentran en relación jerárquica respecto de quien las imparte, a los que obliga sólo en función de la obediencia propia e inherente a tal relación de supremacía, por lo que no forman parte del ordenamiento jurídico, aunque puedan incidir en los intereses de los particulares al fijarse mediante ellas criterios de actuación a los titulares de los órganos subordinados. Las Instrucciones que cumplan con tales condiciones y finalidades, no son impugnables por los ciudadanos, que no les vincula al no estar dirigidas a los mismos, sino a los servicios administrativos.

Pero con igual claridad, debe precisarse que el análisis de su naturaleza jurídica debe prescindir del "nomen" otorgado por la Administración y atender al verdadero alcance externo del mandato.

En este punto entendemos que la Instrucción impugnada trasciende del ámbito doméstico administrativo, pues no sólo precisa el modo en que han de actuar los órganos administrativos en su actuación interna, sino que precisan el modo en que determinadas actuaciones de los ciudadanos serán o no admisibles, mandando a los servicios administrativos dependientes una concreta pauta de actuación que, por extensión, supone predeterminar la de los interesados. Concretamente, al ordenar (punto 2º) a los órganos administrativos que únicamente admitan dos modalidades de acreditación de la representación (poder notarial o apoderamiento apud acta) implícitamente está disponiendo que los interesados que se dirijan al Servicio de Juego de la CAIB, solo podrán acreditar la representación en una de estas dos modalidades, pues en caso contrario la respuesta será la del rechazo. La publicación en el BOIB de la Instrucción, aunque posible ante una verdadera instrucción, refuerza la eficacia externa que señalamos.

Lo mismo con respecto al punto 1º. Esto es, indica a los interesados del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, cómo han de presentar las solicitudes y demás trámites: de forma electrónica. La primera frase del punto 1º de Instrucción constituye un claro mandato a los interesados.

En consecuencia, si acudimos a la verdadera naturaleza de la "instrucción", advertimos que es una disposición de carácter general desde el momento en que establece el modo en que se han de presentar las solicitudes y otros trámites en materia de juego y por tanto con efectos "ad extra" para tales interesados en la materia. El punto 5º, precisa, como toda norma, la fecha de entrada en vigor del mandato, dirigido a los servicios administrativos, pero no sólo a éstos.

La consideración de la Instrucción como disposición de carácter general conlleva que la misma es nula -47.2 LPAC- por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente (art. 38 de la entonces vigente Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears misma Ley) con independencia de si debió adoptar la forma de Orden del Consejero competente o Decreto del Consejo de Gobierno. No se hace constar que se dictase por delegación del competente, ni esta sería posible (art. 25.3.b de la ley CAIB 3/02003, en relación con el artículo 9.2.b), artículo 1 y artículo 2.1 de la ley 40/2015).



Dicho vicio de nulidad afecta a la totalidad de la Instrucción.

La nulidad de la Instrucción por tal motivo, excusa de entrar en el análisis concreto de la posible ilegalidad de sus puntos 1º y 5º. Ilegalidad que se fundamentaba en su posible contravención con lo dispuesto en el art. 14.2º de la Ley 39/2015, interpretando que disponían la validez de la presentación presencial de escritos (por parte de los sujetos del art. 14,2º) con anterioridad a la Instrucción.

TERCERO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada, al haber desestimado sus pretensiones.

No obstante, de conformidad con el art. 139.5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será con el límite de 2000 € por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que declaramos disconforme al ordenamiento jurídico y NULA la Instrucción 1/2018, de 22 de mayo de 2018, de la directora general de Comercio y Empresa relativa a la tramitación electrónica de los expedientes en materia de juego (BOIB 65, de 26 de mayo de 2018).

3º) Se imponen las costas procesales a la parte demandada con el límite de 2.000 € por todos los conceptos.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

En la preparación del recurso de casación ante el TS téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE nº 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. . El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.