

GUIÓN-RESUMEN PONENCIA DEL DÍA 24 de Noviembre de 2016.

LAS NOVEDADES DE LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015.

Jornada organizada por el Ilmo. Colegio de Abogados de León

*José Ramón Chaves, magistrado especialista de lo contencioso- administrativo,
Tribunal Superior de Justicia de Galicia.*

I. CONTEXTO DE INCERTIDUMBRE PARA EL OPERADOR JURÍDICO

- Un legislador desatado.
- Un legislador desordenado
- Un legislador esquizofrénico. La partición de la vieja Ley 30/1992. De la Ley 39/1992 hacia dos leyes: la Ley 39/15 en la vertiente *ad extra* o procedimiento (PACA) y la Ley 40/15 en la vertiente *ad intra* u organizativa (LEREJU).
- El problema de la partición de materias en “leyes siamesas” (unidas por el tronco). La responsabilidad patrimonial se reparte: los principios en la Ley 40/15 y el procedimiento en la Ley 39/15. La materia sancionadora también: los principios en la Ley 40/15 y el procedimiento en la Ley 39/15. Además el procedimiento de decisión en órganos colegiados está en la Ley 40/15.

II. AMBITO DE LAS LEYES ADMINISTRATIVAS BÁSICAS: NI ESTÁN TODAS LAS QUE SON NI SON TODAS LAS QUE ESTÁN

2.1 La propia Ley 39/2015 limita su fuerza al carácter supletorio, en defecto de normativa específica, bien por la fuerza de la Disposición adicional primera (ámbito tributario, seguridad social y desempleo, tráfico y seguridad vial o extranjería) o de otros discretos preceptos (art.2 c, respecto de las Universidades públicas).

Se produce una huida del “procedimiento administrativo común” con las Disposiciones Adicionales. Por un lado, una ley especial puede suprimir o adicionar trámites. Además en las materias citadas, la ley o un reglamento puede establecer una regulación peculiar.

2.2 La Ley 40/2015 comparte normativa básica y la normativa estatal que se repesca a título supletorio.

2.3 La vigencia de la Ley se produce a partir del 2 de Octubre de 2016, si bien la vigencia es diferida respecto de la administración electrónica en la vertiente organizativa (registros, archivos, paneles electrónicos,etc).

III. PRINCIPIOS DE ESTAS LEYES

- ✓ Principios- hojarasca (principios decorativos: agilidad, economía, eficiencia, etc).
- ✓ Principios troncales. Principios para la elaboración de reglamentos (arts.129 y ss PACA).
- ✓ Principios-raíz. Participación, objetividad y transparencia. Buena fe, confianza legítima.

IV. VERTIENTE INSTITUCIONAL

- ✓ La LEREJU intenta poner orden en el parque del sector público en una especie de “rescate” del derecho administrartivo.
- ✓ Se imponen medidas restrictivas de los entes públicos y de sus potestades administrativas. Eso sí, “excepcionalmente la ley puede atribuirle el ejercicio de potestades administrativas” (art.113 PACA).

V. DIMENSIÓN ORGÁNICA

- ✓ El concepto de órgano y unidad administrativa. El art.5 LEREJU considera órgano al centro de decisión con “efectos externos” o de

“preceptiva intervención”. Lo demás son meras “unidades”.

- ✓ Los órganos colegiados: nuevas reglas para nuevos tiempos. Hay que tener presente la Disposición Adicional vigesimoprimera de la Ley 40/2015: excluye de la normativa básica sobre funcionamiento de órganos colegiados la relativa a los órganos de gobierno (Consejo de Ministros, Consejo de gobierno autonómicos u órganos de gobierno locales).

- ✓ El secretario de los órganos colegiados podrá ser” una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente”. O sea, funcionario, laboral o cualquier otro vínculo. Además “ Corresponderá al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas. (16.2 LERECU)

VI. NOVEDADES TÉCNICAS: FORMAS Y TRÁMITES

- ✓ El concepto de expediente administrativo y sus restricciones (art. 70 LPAC).

- ✓ La iniciación del procedimiento: carácter abierto y plural.

- ✓ El *procedimiento simplificado*, ex novo (ex.art.96 LPAC) no es tan

simplificado, sino farragoso, y además puede volverse al ordinario sobre la marcha, si lo decide el funcionario o el interesado.

- ✓ La desaparición de la categoría de *los informes determinantes*
- ✓ El carácter no suspensivo de la falta de emisión de informe en plazo cuando se trata de relación entre administraciones públicas (art.80.4 LPAC).
- ✓ La notificación postal flexible en coexistencia transitoria con la electrónica (art.41.1 LPAC).
- ✓ Iniciación por denuncia. No caben anónimas (62.2 PACA). Caben los arrepentidos, que si denuncian a los culpables pueden librarse de la sanción (62.4 PACA)
- ✓ Obligación de las AAPP de verificar la identidad de los interesados (art.9 PACA).

VII. LA DIMENSIÓN TEMPORAL DE LOS PROCEDIMIENTOS

- Cómputo de plazos por horas, con el máximo de 24 h, pues lógicamente si se excede habrá de fijarse por días (ex. art.30.1 LPAC).

- Los sábados se declaran días inhábiles, acompasando con el régimen procesal judicial (ex.art.30.2 LPAC).

- Se consideran hábiles todas las horas del día (ex. art.30.1 LPAC).

- Se aclara el cómputo de plazos mensuales de fecha a fecha (ex.art.30.4 LPAC).
- Amplio abanico de *posible suspensión del plazo para resolver* un procedimiento. Se trata de las siguientes:
 - Suspensión de plazo para resolver por cuestión prejudicial (ex.art.22.1 g LPAC)
 - Suspensión por pendencia de informe preceptivo y cuasipreceptivo (ex.arts.22.1 d, y 77.6 LPAC).
 - Suspensión de plazo para resolver recursos administrativos por cuestión prejudicial (ex.art.120 LPAC)
 - Suspensión en vía de cualquier recurso: el plazo tradicional de 30 días se convierte en el plazo de un mes (ex.art.117. 3 LPAC)
 - Eliminación del plazo para impugnar en vía administrativa, con recurso de reposición o alzada, las desestimaciones presuntas (ex.arts.122 y 124 LPAC).

VIII. DIMENSIÓN ELECTRÓNICA

8.1 La denominada “*electronificación*”. Tienpos de “justicia sin papeles” y “administración sin papeles”. Dilema:¿Eficacia y rapidez versus garantías?

8.2 En cuanto al *tráfico interno* administrativo o procedimiento, el mismo se alzarará sobre claves electrónicas.

- Las comunicaciones horizontales entre las Administraciones Públicas serán

por medios electrónicos (ex.art.3.2 LEREJU).

- Los informes serán emitidos por medios electrónicos (ex.art.80.2 LPAC). - - La información pública será digital y accesible electrónicamente en la sede electrónica (ex.art.83.2 LPAC).

- El papel y las carpetillas de expedientes pasan a extinguir pues lo normal será que los actos administrativos se “producirán por escrito a través de medios electrónicos” (art.36 LPAC) y en particular la Resolución “se dictará electrónicamente” (art.88.3 LPAC).

8.3 En cuanto al *tráfico externo* (iniciación por el particular y notificación de su finalización) la nueva administración electrónica ofrece nuevos modelos de relación.

- Se incorpora la carga sobre la Administración de comprobar la identidad de todo interesado en el procedimiento y los ciudadanos “podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad”.(art.9.1 LPAC).

- Se contemplan Registros Electrónicos de apoderamientos en cada Administración u organismo. (ex. art. 6 LPAC)

- Las solicitudes, alegaciones o recursos podrán presentarse en los Registros Electrónicos bajo pretensiones de universalidad (art.16.4 y 31.2 b,LPAC) LPAC)

- Asimismo, “las Administraciones Públicas estarán obligadas a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los

interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo” (art.27.4 LPAC)

8.4 Las notificaciones serán preferentemente electrónicas en una doble modalidad. Por “comparecencia electrónica” (art.43. 1 LPAC). Por “disponibilidad electrónica” (art.43.2 LPAC). Fuera de esos casos, si los interesados son desconocidos o no se puede practicar la notificación se acudirá a la publicación en el BOE del anuncio, quedando las publicaciones en otros boletines como meramente potestativo para las Administraciones (ex.art.44 LPAC).

- Se mantiene la posibilidad de las notificaciones practicadas en papel, regulándose con detalle la situación del segundo intento en el domicilio o lugar indicado para asegurar la real posibilidad de acceder a la notificación en tiempos en que razones personales o profesionales impiden estar en el domicilio: “En el caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.”(art.42.2 LPAC).

8.5 La Ley se preocupa de *establecer la obligación del particular de utilizar medios electrónicos en sus relaciones con la Administración*. Y lo hace en cinco niveles.

En primer lugar, las personas jurídicas así como entidades sin personalidad jurídica. En segundo lugar, los profesionales colegiados cuya actividad se realice con las Administraciones Públicas. En tercer lugar, los empleados de las Administraciones Públicas, ya sean laborales o funcionarios, siempre que se

refieran a su ámbito de relación de servicios. En cuarto lugar, los colectivos de personas físicas para los que la Administración imponga reglamentariamente la relación electrónica por considerar acreditado que tienen “acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios” (art.14.2 LPAC).

IX. ROBUSTECIMIENTO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

9.1 En general.

- La fijación del *deber de colaboración* intenso y extenso de ciudadanos con la Administración y en términos imperativos y generales: “a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación” (art.18.1 LPAC).

- La *potestad de investigación* de la administración actuante en vidas y haciendas de los ciudadanos pudiendo acudir a expedientes y registros propios o de otras administraciones públicas. Así, contempla la presunción de consentimiento para el tráfico de datos entre Administraciones Públicas, aunque remitiéndose a la legislación de protección de datos (ex.art. 155 LEREJU), y en particular la Administración podrá consultarlos pues se presumirá autorizada por los interesados “salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso” (art.28.2 LPAC). En justa simetría y como compensación el administrado no tendrá que aportar “documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración....” (no solo frente a la Administración actuante).

- En materia de *silencio positivo*, se produce un retroceso de la penalización de la

pasividad resolutoria de la Administración.

9.2 En materia sancionadora.

- En el ámbito sancionador se consagran legalmente las limitaciones de los *derechos del denunciante*, que solo alcanzará al derecho a la comunicación de la incoación “cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean” (art.64.1 LPAC)

- Se generaliza la disuasión impugnatoria de sanciones pecuniarias mediante reducciones del importe de la multa a cambio de renunciar al recurso administrativo (ex.art.85.3 LPAC).

9.3 En materia de responsabilidad patrimonial

Se impone la *carga de iniciación de la reclamación* mediante un riguroso y casi diabólico “cuestionario” que debe cumplimentar el reclamante so pena de inadmisión o desestimación (ex. arts. 61.4 y 67.2 LPAC).

X. DIMENSION JURISDICCIONAL REFLEJA

10.1 La LPAC da otra vuelta de tuerca y no vacila en remitirse a la legislación procesal para dotar a la Administración de herramientas propias de los jueces. Se trata de los siguientes casos:

- La *valoración de medios de prueba* según la LEC (ex.art.77 LPAC). - *Medidas provisionales y provisionalesísimas* en los términos de la LEC (ex. art.56.3 LPAC).

- *Preclusión probatoria* en vía administrativa sin poder aportarse pruebas en vía

de recurso administrativo “cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado”, (art.118 LPAC).

XI. RESOLUCIÓN. VALIDEZ Y EFICACIA

11.1 Una de cal: Presunción de consentimiento del tráfico interadministrativo de datos (art.155 LEREJU, 28 PACA).

- Una de arena:...

- ✓ ¡ no aportar los que “hayan sido elaborados por cualquier Administración!(art.28.2 PACA)
- ✓ No aportar “originales” salvo norma expresa
- ✓ No aportar los presentados ya (“en qué momento y ante qué órgano administrativo”, art.28.3)

11.2. Trámites afectados

- ✓ Propuesta de resolución limitada a cuando se distinguen Instructor y resolutor (art.88.7 PACA). SSTS tráfico...
- ✓ Audiencia. Su falta es motivo de anulabilidad, excepto en procedimientos sancionadores donde comporta la nulidad de pleno derecho

11.3 CADUCIDAD.- Reconstrucción del expediente “ ... podrán incorporarse a éste los actos y tramites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad” (Principio de conservación de lo caducado).

11.4 INVALIDEZ.- Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47 (art.37.2 PACA). Esa previsión no altera el criterio clásico de que la regla general es la anulabilidad y no la nulidad radical. Estamos ante precepto técnicamente defectuoso, pero que aclara el art.106 PACA pues limita la revisión de oficio a actos nulos de pleno derecho del art.47 (o sea no considera que todo acto que conculque un reglamento o una ley sea necesariamente nulo de pleno derecho). Se impone la mencionada interpretación correctora .

XII. EFICACIA

- ✓ Suspensión de sanciones hasta firmeza en vía administrativa.. incluso en caso de recurso potestativo de reposición (981. b, LEREJU)
- ✓ Suspensión de efectividad si se solicita judicialmente (art.90.3- del acto ejecutivo; y 117.4 PACA, - de la garantía administrativa¿!)
- ✓ EJECUTIVIDAD INTERADMINISTRATIVA.- Vinculación de los actos de una administración a las restantes. Excepto... requerimiento de ilegalidad de acto base con suspensión automática (art.39.5 PACA)...(¿?)

XIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- ✓ Se mantiene el “margen de tolerancia” como supuesto que exonera de responsabilidad patrimonial cuando se invalida una actuación administrativa
- ✓ Se mantiene la reserva de acciones de responsabilidad ante eventual invalidez del acto administrativo (67 PACA)
- ✓ No se aborda la especialidad de la responsabilidad (estándares, resp.sanitaria)
- ✓ Desvinculación baremo accidentes tráfico. Se mantiene el “margen de tolerancia” como supuesto que exonera de responsabilidad patrimonial cuando se invalida una actuación administrativa. No se aclara la responsabilidad tercero contratista (art.32.9 LEREJU)

XIV.- RÉGIMEN SANCIONADOR

- ✓ Solo hay responsabilidad “a título de dolo o culpa” (Excluida “la simple inobservancia”)(art.28.1 LEREJU).

- ✓ Se aplica la PACA y LEREJU a la potestad disciplinaria
- ✓ Se excluyen del régimen sancionador las penalidades contractuales (art.25 LEREJU)
- ✓ Posibilidad de que acto sancionador decida sobre responsabilidad o se la reserve (art.28 LEREJU vs.90.4 PACA)

XV.- OCASIONES APROVECHADAS

- ✓ Se asume la prescripción de la infracción en vía de recurso administrativo si se produce la desestimación presunta, apartándose del criterio de la STC 37/2012
- ✓ Se incorporan principios de control de potestad reglamentaria (art.129 PACA)
- ✓ Se incorporan principios de control de actividad administrativa (art.4 LEREJU).
- ✓ Supresión reclamaciones previas a la vía civil y laboral

XVI. LAS OCASIONES PERDIDAS

El legislador ha eludido confirmar o rectificar los criterios jurisprudenciales en materias espinosas (responsabilidad patrimonial, silencio, responsabilidad del contratista, etc).

- ✓ No se ha avanzado en el control de la discrecionalidad, limitado al vacío

art.35.2 PACA.

- ✓ No se vincula la proporcionalidad de las sanciones a la capacidad económica del infractor (29.3 LEREJU).

XVII. LOS DESAFÍOS

En primer lugar, habrá que revisar los criterios de procedimiento y fijarse en la fuerza de las disposiciones adicionales sobre el ámbito de las leyes.

Se requiere una nueva cultura administrativa, de funcionarios y letrados y reconvertirse.

Habrà que afrontar una administración con mayores poderes y menores garantías de los administrados.

Asimismo, la implantación de sistemas técnicos que aseguren *la interoperabilidad*, remite a la necesaria coordinación entre Administraciones Públicas (facilitada por la eventual adhesión voluntaria de Comunidades Autónomas y Entes locales a las plataformas y registros de la Administración del Estado, Disp.Ad.Segunda LPAC).

Ha de acometerse *la ruptura de la denominada brecha digital para que el ciudadano* se familiarice con estas técnica de identificación electrónica, presentación de documentos electrónica y recepción de notificaciones por igual

cauce. En particular se contempla la figura de un asistente o funcionario habilitado (arts.12 y 13 b, LPAC) para ofrecer una cara amable y de servicio en los registros a los novicios en el ámbito electrónico.

También se necesitará acometer *la correlativa formación de funcionarios para la gestión electrónica* y para la asunción de los nuevos criterios de procedimiento. Ello sin olvidar que el cambio de la red de procedimientos, trámites y formas, requerirá *costes e inversiones ingentes* en medios físicos así como recursos humanos especializados.

¡¡ GRACIAS LEÓN!!