



TODO LO QUE ESTÁ EN GRIS, COMO ESTO, SON INSTRUCCIONES QUE DEBEN DESAPARECER EN LA VERSIÓN FINAL

Ficha de trabajo de bloque
Análisis de anteproyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)

Remitir a cde@uclm.es

Bloque: Bloques I, II y III.

Autor: *Jorge Fondevila Antolín. Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria
Jefe de Asesoría Jurídica Consejería de Presidencia y Justicia.*

Artículos de referencia en la LPAC: Art. 40.3; Art. 55; art. 97.4.

Artículos de referencia en la LRJSP: Art. 13; art. 17 y art. 132.

Resumen ejecutivo: *Se formulan varias propuestas al contenido de ambos Anteproyectos, referidas a cuestiones diversas: Reconocimiento de la posibilidad de emitir documentos informativos informativo, Composición del expediente administrativo, regulación del punto de acceso general, Utilización del Código Seguro de Verificación (C.S.V.) y la obligación de cesión y reutilización de programas informáticos para todas las AA.PP..*

COMENTARIOS CONCRETOS SOBRE EL BLOQUE

Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC)

Comentario relativo al artículo 40.3:

Llama la atención el contenido de esta precepto al no exigir ningún tipo de firma electrónica para los documentos electrónicos de carácter informativo, esta propuesta supone, a nuestro juicio, de inicio un grave problema de inseguridad jurídica, al habilitar a las administraciones públicas para la emisión de opiniones, consideraciones e informaciones sobre cualquier clase de actuación administrativa que afectan a los ciudadanos sin vinculación o responsabilidad jurídica alguna.

De entrada esta previsión parece que puede colisionar con las previsiones del artículo 7 a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, al establecer este lo siguiente:

«Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:

a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos.»

Así, a título de ejemplo podemos examinar el contenido de la Nota Informativa del MHAP de fecha 15 de enero de 2015 sobre la aplicación de la Disposición Transitoria 10ª de la Ley 27/2013 LRSAL, sobre la limitación del nº de personal eventual y el nº de concejales con dedicación exclusiva en los Ayuntamientos. La pregunta sería que ocurre si el Ayuntamiento adopta un Acuerdo basado en la citada nota informativa, y ese Acuerdo es objeto de impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa, ¿Cómo van a valorar la misma los tribunales?, cuál es su grado de vinculación, evitaría la misma una posible estimación judicial por desviación de poder y posteriormente el planteamiento de una demanda en vía penal por prevaricación.

La Administración no puede alegremente emitir opiniones y pretender evitar responsabilidad alguna al respecto. Recordemos en este sentido la problemática de las consultas tributarias, por ello, entendemos que el contenido del precepto resulta incompleto debiendo incorporarse una redacción similar a la establecida por los artículo 83 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Aunque también parece razonable exigir que las citadas notas incorporen al menos una firma electrónica del tipo de “sello electrónico”.

Comentario relativo al artículo 97.4:

Nos encontramos ante una de las regulaciones más defectuosas del anteproyecto, a nuestro juicio, ya lo manifestamos en la reunión, y la contestación emitida por D. Aitor Cobo (Subdirector General de Programas, Estudios e Impulso de la Administración Electrónica) fue que las limitaciones tecnológicas para mantener un archivo de todos los documentos que pueden acompañar a un expediente administrativo obligaba a su reducción, lo que resulta realmente sorprendente y desde luego inadmisibles desde un criterio respetuoso con nuestro ordenamiento jurídico.

Así, recordemos que efectivamente no existe en el ámbito procesal ni en las normas que regulan el procedimiento administrativo, una definición de lo que debe entenderse por expediente administrativo. Esa circunstancia impide precisar cual ha de ser el contenido del mismo: si deben remitirse todos los antecedentes existentes en la Administración o exclusivamente los referidos a la actuación administrativa que origina la actuación judicial, es decir, el recurso contencioso administrativo.

No obstante, puede encontrarse una definición de expediente administrativo en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, entendiéndose por tal, en el artículo 164.1º,

«el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla»

Concepto éste que es complementado con un apartado 2º, señalando que:

«los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación.»

Por ello, debemos acudir a la definición que del expediente administrativo como materialización del procedimiento es aceptada por los Tribunales entre otras muchas podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1986 y 28 de octubre de 1988, calificándolo como:

«la serie de actuaciones administrativas debidamente documentadas que reflejan el procedimiento del que el acto o disposición trae causa».

Quizá esta afirmación convendría matizarla tras la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que incluye como objeto del recurso contencioso no solo los actos administrativos y las disposiciones generales o reglamentos sino también la inactividad y la vía de hecho de la Administración.

Así, el expediente administrativo debe permitir, por otra parte, el cumplimiento de la función revisora que realizan los Tribunales administrativos (artículo 106.1 de la Constitución), el control de los emplazamientos llevados a cabo por la Administración durante el procedimiento de la reclamación y envío del expediente (artículo 64 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)), velar por el cumplimiento de los presupuestos procesales (artículo 62 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), y en especial, la resolución de cuestiones probatorias en aquellos casos en los que las partes se han servido de los documentos obrantes en el expediente.

Por lo tanto, la sustracción del expediente administrativo de cuestiones tan importantes, como datos obrantes en ficheros o bases de datos, opiniones, comunicaciones, especialmente llamativo es la eliminación de los “informes internos o entre órganos o entidades administrativas”, supone sustraer y violar directamente los derechos de los ciudadanos (indefensión) para tener en conocimiento real y completo de cuáles han sido todos los elementos que han sido tenidos en cuenta por el órgano administrativo a la hora de dictar su resolución. Además de suponer también un límite claro a la actividad jurisdiccional de revisión del acto administrativo por parte de los órganos judiciales, ya que, no se puede pretender reconducir a la fase de prueba, y resulta ridículo, la aportación de documentos o información por el recurrente, si este no ha podido conocer el contenido real de todos los elementos documentales que sirvieron para resolver su expediente. Realmente nos encontramos ante la incorporación al ámbito administrativo de la denominada en otros ámbitos jurisdiccionales “prueba diabólica”. Como va a poder pedir ampliación del expediente administrativo en vía jurisdiccional o en vía de recurso administrativo el ciudadano si este ya ha sido expurgado previamente por la administración. Esto es una manifestación del “oscurantismo” de una Administración del siglo XIX.

Entendemos que además de suponer una clara violación de los derechos de los ciudadanos ya citados, entendemos que esta previsión colisiona con los principios informadores de la nueva legislación sobre transparencia y acceso a la información de los ciudadanos.

Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)

Comentario relativo al artículo 13:

Debemos comenzar señalando que la figura del “Punto de acceso”, como es de todos conocido ha sido regulada por la legislación vigente, si bien, la misma ha presentado claros problemas de delimitación sobre la naturaleza de esta figura, así, recordemos:

Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Artículo 8. Garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos.

1. Las Administraciones Públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada.

2. La Administración General del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales que cuente, al menos, con los siguientes medios:

*b) Puntos de acceso electrónico, **consistentes en sedes electrónicas** creadas y gestionadas por los departamentos y organismos públicos y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación. En particular se creará un Punto de acceso general a través del cual los ciudadanos puedan, en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la información y a los servicios disponibles. Este Punto de acceso general contendrá la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.*

ANEXO

Definiciones

A efectos de la presente ley, se entiende por:

q) **Punto de acceso electrónico: Conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de Internet** cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, el acceso a una serie de recursos y de servicios dirigidos a resolver necesidades específicas de un grupo de personas o el acceso a la información y servicios de a una institución pública.

Como podemos apreciar la propia Ley ya resulto contradictoria en su redacción, dado que el articulado califica al “punto de acceso” como “sede electrónica”, y por el contrario en el anexo de definiciones lo califica de forma diferente.

Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. El presente real decreto tiene por objeto desarrollar la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, en lo relativo a la transmisión de datos, sedes electrónicas y punto de acceso general, identificación y autenticación, registros electrónicos, comunicaciones y notificaciones y documentos electrónicos y copias.

Artículo 7. Reglas especiales de responsabilidad.

1. El establecimiento de una sede electrónica conllevará la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma. El titular de la sede electrónica que contenga un enlace o vínculo a otra cuya responsabilidad corresponda a distinto órgano o Administración Pública no será responsable de la integridad, veracidad ni actualización de esta última.

La sede establecerá los medios necesarios para que el ciudadano conozca si la información o servicio al que accede corresponde a la propia sede o a un punto de acceso que no tiene el carácter de sede o a un tercero.

Artículo 9. Punto de acceso general de la Administración General del Estado.

1. El Punto de acceso general de la Administración General del Estado contendrá la sede electrónica que, en este ámbito, facilita el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración General del Estado y

de los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. También podrá proporcionar acceso a servicios o informaciones correspondientes a otras Administraciones públicas, mediante la celebración de los correspondientes Convenios.

2. El acceso se organizará atendiendo a distintos criterios que permitan a los ciudadanos identificar de forma fácil e intuitiva los servicios a los que deseen acceder.

3. El Punto de acceso general será gestionado por el Ministerio de la Presidencia, con la participación de todos los Ministerios y, en su caso, de los organismos públicos dotados por la ley de un régimen especial de independencia, para garantizar la completa y exacta incorporación de la información y accesos publicados en éste.

4. El Punto de acceso general podrá incluir servicios adicionales, así como distribuir la información sobre el acceso electrónico a los servicios públicos de manera que pueda ser utilizada por otros departamentos ministeriales, Administraciones o por el sector privado.

De estas previsiones de desarrollo de la Ley 11/2007 LAE, podemos observar que ya no se califica al punto de acceso como sede electrónica, sino como de instrumento de acceso a una sede electrónica.

La nueva regulación de esta figura identifica “portal de Internet”, con punto de acceso, entendemos que esta identificación no resulta correcta, puesto que el uso habitual de “Portales web” en las administraciones públicas pueden contener informaciones y contenidos añadidos a la incorporación de un punto de acceso, es decir, estamos en presencia de dos figuras diferentes, y por ello, este precepto debe ser objeto de modificación de forma que quede claramente definidos ambos contenidos el propio de página web con su específico régimen jurídico, diferente lógicamente al de “sede electrónica” y el de “punto de acceso”, que no deja de constituir una especie de “autopista de acceso directo” a la correspondiente sede electrónica.

Comentario relativo al artículo 17 b):

Debemos comenzar adhiriéndonos a lo manifestado por el Sr. Alamillo en su ponencia sobre la propuesta de la eliminación de la figura del CSV como firma electrónica para la actuación administrativa automatizada.

Así, en la Ley 59/2003 (artículo 3) se introduce el concepto de firma electrónica. Se define qué es y se incluyen dos variantes: la avanzada y la reconocida.

En su forma más básica, la firma electrónica es: “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser

utilizados como medio de identificación del firmante”. Es decir, simplemente sirve para identificar al firmante, así:

a) La firma electrónica avanzada permite detectar cambios en los datos firmados y garantizar que sólo han podido ser firmados por el firmante.

b) La reconocida es una firma avanzada, que además se ha realizado con un certificado reconocido y se ha generado con un dispositivo (seguro de firma).

Hay que tener en cuenta que un Certificado Reconocido esta expedido por un Prestador de Servicios de Certificación que cumple los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten, de conformidad con lo que dispone el capítulo II del Título II de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

El “Código de Verificación Segura” se configura como único “valor” el hecho de que se pueda comprobar, de manera complementaria y por otros medios, la integridad del documento. Es decir, por si mismo el CSV como firma no garantiza nada, es cuando se accede a la sede electrónica y se compara cuando sirva para algo. Y se trataría de una “firma electrónica” básica, sin más, porque al menos, sí puede servir para identificar al firmante, aunque en principio sin garantía ninguna, hasta que se acude a la sede electrónica a comprobar si el documento es válido.

Un detalle muy importante es que la “firma electrónica” es una institución jurídica “general” que existe más allá de la Administración Electrónica en España, pero el CSV es algo propio de la legislación española, no se emplea en la literatura habitual sobre criptografía, firmas digitales, certificados o similares.

De la configuración básica existente hasta este momento entendemos que el CSV solo debe ser utilizado para la comprobación de documentos, pero lo más importante, y de ahí nuestro rechazo y el del Sr. Alamillo, es que este sistema no cumple los requisitos de garantía exigibles a un sistema de firma, ya que, si se usa el CSV como firma, por un lado se generara un código y por otro se guardara el documento, sin más. Lo que supone que cualquiera podría modificar el documento guardado en la base de datos del Registro Electrónico y no habría forma de comprobar que es el legítimo y que no ha sido alterado. Es decir, se deja en manos de la Administración de forma unilateral la seguridad del documento quedando el ciudadano absolutamente indefenso ante la posibilidad de cualquier clase de manipulación.

Comentario relativo al artículo 132 LRJSP y Disposición Adicional Tercera de la LPACAP:

Hasta estos momentos la legislación vigente con relación a la reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de las administraciones públicas establece al respecto:

Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica

CAPÍTULO VIII

Reutilización y transferencia de tecnología

Artículo 16. Condiciones de licenciamiento aplicables.

1. Las condiciones de licenciamiento de las aplicaciones y de la documentación asociada, y de otros objetos de información de los cuales las Administraciones públicas sean titulares de los derechos de propiedad intelectual y que éstas puedan poner a disposición de otras Administraciones públicas y de los ciudadanos, sin contraprestación y sin necesidad de convenio, tendrán en cuenta que el fin perseguido es el aprovechamiento y la reutilización,

así como la protección contra su apropiación en exclusiva por parte de terceros, en condiciones tales que eximan de responsabilidad al cedente por el posible mal uso por parte del cesionario, así como la no obligación a la asistencia técnica o el mantenimiento por parte del cedente, ni de compensación alguna en caso de errores en la aplicación.

2. Las administraciones utilizarán para las aplicaciones que declaren como de fuentes abiertas aquellas licencias que aseguren que los programas, datos o información que se comparten:

a) Pueden ejecutarse para cualquier propósito.

b) Permiten conocer su código fuente.

c) Pueden modificarse o mejorarse.

d) Pueden redistribuirse a otros usuarios con o sin cambios siempre que la obra derivada mantenga estas mismas cuatro garantías.

3. Para este fin se procurará la aplicación de la Licencia Pública de la Unión Europea, sin perjuicio de otras licencias que garanticen los mismos derechos expuestos en los apartados 1 y 2.

Artículo 17. Directorios de aplicaciones reutilizables.

1. *La Administración General del Estado mantendrá el Directorio de aplicaciones para su libre reutilización que podrá ser accedido a través del Centro de Transferencia de Tecnología.*

2. *Las Administraciones públicas enlazarán los directorios de aplicaciones para su libre reutilización a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, entre sí; y con instrumentos equivalentes del ámbito de la Unión Europea.*

3. *Las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las soluciones disponibles para la libre reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades de los nuevos sistemas y servicios o la mejora y actualización de los ya implantados.*

4. *Las Administraciones públicas procurarán la publicación del código de las aplicaciones, en desarrollo o finalizadas, en los directorios de aplicaciones para su libre reutilización con el fin de favorecer las actuaciones de compartir, reutilizar y colaborar, en beneficio de una mejor eficiencia.*

Como se puede observar sus previsiones responden directamente a las exigencias legales de los principios de cooperación y colaboración entre administraciones públicas, reflejo de las previsiones de nuestro orden constitucional (art. 103.3CE), en este sentido nos remitimos al trabajo del profesor Menéndez Rexach «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», Documentación administrativa, N^o 240, 1994.

Pues bien, nos encontramos con un precepto que bajo el manido «mantra» del principio de la eficiencia, incorporado al artículo 7^o de la Ley Orgánica 2/2012, pretende vaciar las competencias que corresponde directamente al ámbito de la “autoorganización” de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, constitucionalmente reconocida en los artículos 148.1.1 y 140, se pretende utilizar el citado precepto como si fuera el famoso “bálsamo de fierabrás”, que todo lo puede incluido el orden constitucional, es claro que ese artículo 7^o resulta un título competencial insuficiente para que el Estado Central imponga sus exigencias.

Resulta difícilmente comprensible que se pretenda imponer a las CC.AA. y EE.LL. que estas cedan gratuitamente las aplicaciones de su propiedad al resto de las administraciones públicas, que sentido económico tendrían las administraciones para invertir en innovación tecnológica para que otras administraciones de forma gratuita se beneficien, y destinen recursos a otros fines, salvo que el Estado Central este buscando de forma indirecta obligar a todas las administraciones adherirse a los programas y plataformas estatales, en este sentido debemos también rechazar las previsiones de la Disposición Adicional Tercera de la LPACAP, consiguiendo de esta forma vaciar de contenido el reparto competencial constitucionalmente reconocido, entendemos que estas previsiones resultan manifiestamente inconstitucionales.

Pero no acaban aquí los despropósitos, ya que, no contentos con obligar a la cesión gratuita de los programas pagados por los presupuestos propios de estas administraciones a otras, además exige en el apartado tercero in fine, que las administraciones autonómicas y locales tampoco tendrán poder de decisión para poder adquirir o elaborar sus propias plataformas y aplicaciones exigiendo que previamente deberán solicitar “autorización” al Estado Central, para no tener que reutilizar alguna aplicación existente en el Directorio General de aplicaciones de la Administración General del Estado, debemos recordar que el Tribunal Constitucional declaró tajantemente y de forma temprana en su sentencia de 2 de febrero de 1981, la interdicción en nuestro orden constitucional de la “tutela administrativa”, entre administraciones públicas (CC.AA y EE.LL.). Por lo tanto, el contenido de este precepto, reiteramos, resulta inconstitucional.