

PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015 EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones públicas

El pasado día 2 de octubre de 2015 se publicaron en el BOE la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC»), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («LRJSP»).

Con la aprobación de la LPAC y la LRJSP se materializa una de las principales medidas previstas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas y el Programa Nacional de Reformas de España para 2014, que recogían la necesidad de impulsar nuevas leyes administrativas que acabaran con las duplicidades e ineficiencias atribuidas a las Administraciones españolas, y dotaran a la economía española de un marco regulador de mayor calidad normativa. Tanto la LPAC como la LRJSP entrarán en vigor, con carácter general, al año de su publicación en el BOE, es decir el 2 de octubre de 2016.

Main developments passed by Law 39/2015 and Law 40/2015 on Administrative Proceedings and the Legal Framework for Public Authorities

Law 39/2015 of 1 October on the common administrative procedures of public authorities and Law 40/2015 of 1 October establishing the legal framework for public authorities were published in the Official Gazette of Spain (BOE) on 2 October.

The approval of Law 39/2015 and Law 40/2015 achieves one of the main goals established by the Commission for the Reform of Public Authorities and by the National Reform Programme of Spain in 2014, particularly the necessity of promoting new administrative laws to end duplications and inefficiencies of the Spanish authorities with the goal of ensuring that the Spanish economy benefits from a more effective regulatory framework.

Law 39/2015 and 40/2015 will both enter into force, as a general rule, one year after publication in the Official Gazette of Spain, i.e. on 2 October 2016.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento administrativo, Administración electrónica, Régimen jurídico de las Administraciones públicas, Sector público, Responsabilidad patrimonial de la Administración.

KEY WORDS

administrative proceedings, electronic Administration, legal framework for public authorities, public sector, liability of public authorities.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 29-10-2015

PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA

Tal y como expone el preámbulo de ambas leyes, el legislador ha estimado conveniente realizar una reforma del ordenamiento jurídico público que separe en dos textos legales distintos las relaciones *ad extra* y *ad intra* de las Administraciones públicas. Ello ha supuesto que se desglose en las mencionadas leyes el contenido de la vigente Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»). Así, la LPAC pretende establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones entre las Administraciones y los administrados, mientras la LRJSP regula el régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Sin embargo debe advertirse que a pesar de la vocación de regular de forma separada y completa la organización administrativa, por un lado, y el procedimiento administrativo común, por otro, existen distintas materias en las que coexisten disposiciones en ambos textos legales (regulación de órganos administrativos, uso de medios electrónicos, potestad sancionadora, responsabilidad patrimonial, etc.).

En cuanto al fondo, se constata en ambas leyes el esfuerzo del legislador por agilizar la actuación administrativa, reforzar los mecanismos de control y supervisión de la actividad de los entes del sector público, y flexibilizar las posibilidades de reorganización del sector público institucional del Estado.

Asimismo, en el trámite parlamentario de la LRJSP se han incorporado numerosas disposiciones finales que modifican diversas leyes, entre ellas y de forma destacada, la disposición final novena que modifica el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSP») y que, entre otras cuestiones, restringe la indemnización a percibir por los concesionarios de obra o de servicio público en determinados supuestos de resolución anticipada del contrato. Estas últimas modificaciones son las únicas que han entrado en vigor a los 20 días de la publicación de la LRJSP en el BOE.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LPAC

De conformidad con su artículo 1 la LPAC tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de

los actos administrativos, el procedimiento común a todas las Administraciones públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad patrimonial, así como los principios a los que debe ajustarse el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.

Dado su carácter de ley básica, su ámbito subjetivo de aplicación alcanza a todas las Administraciones públicas territoriales y a su sector público institucional, esto es, los organismos de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas y a los de naturaleza privada cuando ejerzan potestades administrativas. Asimismo, la LPAC resultará de aplicación a las universidades públicas de forma supletoria a su normativa específica.

En líneas generales la LPAC recoge previsiones muy similares a las de la vigente LRJPAC en aquellos aspectos que han quedado incluidos en este texto legal. En efecto, más allá del novedoso enfoque de la reforma, lo cierto es que la LPAC mantiene el núcleo central de la regulación vigente en materia de procedimiento administrativo común. Como se verá en el presente Foro, las principales novedades consisten en la regulación de un nuevo procedimiento abreviado, el cómputo de los plazos por horas, la extensión al sábado de la condición de día inhábil a efectos de cómputo de plazos, la eliminación del plazo de 3 meses para la impugnación de actos presuntos, y la regulación de un procedimiento de elaboración de normas. Probablemente la novedad con más incidencia práctica es la extensa regulación de todo lo relativo a la llamada Administración electrónica y la obligación de ciertos sujetos de relacionarse de forma electrónica con la Administración.

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

En relación con la posición de ciertos sujetos respecto de la Administración destacan dos previsiones. Por una parte, el artículo 3 extiende la capacidad de obrar en el ámbito del Derecho administrativo a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos cuando la Ley así lo declare expresamente. Por otra parte, la regulación de la obligación de las personas de colaborar con la Administración sufre un cambio significativo respecto del vigente artículo 39 LRJPAC, que la exige *«solo en los casos previstos por la Ley»*. El nuevo artículo 18 LPAC establece como regla gene-

ral la obligación de las personas de colaborar con la Administración.

Por lo que se refiere a la regulación sustantiva de los procedimientos administrativos, a continuación se apuntan las novedades más significativas.

Como se ha avanzado, la LPAC incorpora una tramitación simplificada del procedimiento administrativo común (art. 96) por razones de interés público o falta de complejidad del procedimiento, que puede ser acordado de oficio o a instancia de parte, sin perjuicio de que en cualquier momento del procedimiento pueda acordarse su continuación con arreglo a la tramitación ordinaria. La tramitación simplificada debe permitir la resolución del procedimiento en treinta días a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, plazo que ciertamente parece difícil de cumplir en la práctica teniendo en cuenta los trámites mínimos previstos en el artículo 96.6.

En materia de plazos, el artículo 31 incluye varias novedades respecto de la regulación vigente. Por un lado se establece el cómputo de plazos en horas. Así, son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil y *«se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas»*. Por otro lado, se elimina del cómputo de plazos señalados por días *«los sábados, domingos y los declarados festivos»*, poniendo fin a las diferencias existentes entre el cómputo de días en vía administrativa y en vía contenciosa.

Entre los motivos de suspensión de los plazos de las Administraciones públicas, el artículo 22 prevé (junto a las causas ya establecidas en la LRJPAC) (i) la existencia de un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución del procedimiento de que se trate, y (ii) la necesidad de obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional.

Asimismo, se establecen supuestos preceptivos de suspensión del transcurso del plazo máximo legal entre los que cabe destacar la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que se plantea hasta que es resuelta por el superior jerárquico del recusado.

En relación con el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el artículo mantiene la regla general del silencio posi-

tivo con las excepciones ya vigentes en la LRJPAC y algunas aclaraciones, estableciendo como novedad que en el plazo de 15 días desde que expire el plazo máximo para resolver la Administración deberá expedir de oficio el correspondiente certificado del silencio (art. 24.4).

Por lo demás, la LPAC trata de minimizar los trámites y garantizar el cumplimiento de los plazos. Así, los interesados no están obligados a presentar documentos que hayan aportado anteriormente o que hayan sido elaborados por cualquier Administración (art. 28).

REGULACIÓN DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

La LPAC introduce de manera transversal el empleo de medios electrónicos en las relaciones entre las Administraciones públicas y entre estas y los ciudadanos. Se generaliza así el uso de medios electrónicos en todas las fases del procedimiento administrativo, desde la identificación y representación de los interesados hasta la preferencia por la notificación electrónica.

La representación de los interesados podrá acreditarse mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica o a través de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración pública competente. A tal efecto, las Administraciones territoriales deberán disponer de un registro electrónico general de apoderamientos. Asimismo, la LPAC regula los sistemas de identificación y firma electrónica de los interesados (artículos 9 y 10).

Resulta especialmente trascendente la regulación del derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos. No obstante, quedan obligados a utilizar tales medios (i) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, cuando realicen trámites y actuaciones en ejercicio de dicha actividad profesional, y (ii) las personas que reglamentariamente se determinen, cuando por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. En cambio, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica estarán en todo caso obli-

gadas a relacionarse a través de medios electrónicos (art. 14.2).

En el marco de la tramitación del procedimiento administrativo, los documentos aportados por los interesados podrán presentarse en el registro electrónico que cada Administración debe crear al efecto. El funcionamiento del registro electrónico debe permitir la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas (art. 31.2). A efectos del cómputo de plazo para los interesados, si el documento se presenta en día inhábil se entenderá realizado en la primera hora del primer día hábil siguiente. En caso de hacerlo de forma presencial, los documentos deberán ser digitalizados e incorporados al expediente electrónico (art. 16.5).

El artículo 41.1 establece que la notificación de los actos administrativos se practicará «preferentemente» por medios electrónicos. No obstante, en la práctica dicha declarada preferencia por la notificación electrónica solo resultará de obligada utilización en los casos en los que el interesado resulte obligado (legal o reglamentariamente) a recibirlas por esa vía.

Tanto en el caso de la aportación de documentos por los interesados como en la práctica de notificaciones se prevé que reglamentariamente se establezca la obligación de presentar determinados documentos o recibir las notificaciones por medios electrónicos para ciertos colectivos de personas físicas, cuando por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Por último, hay que destacar que de conformidad con la disposición final séptima, las disposiciones relativas a registros electrónicos y otras previsiones relativas a las comunicaciones electrónicas con las Administraciones públicas entrarán en vigor a los dos años de la publicación de la LPAC en el BOE.

ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El artículo 62 regula el inicio del procedimiento por denuncia, e incorpora en su apartado 4 el denominado procedimiento de clemencia o *leniency* al disponer que cuando el denunciante haya participado en la comisión de la infracción y existan otros infractores, se eximirá al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo

de sanción pecuniaria (i) cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, (ii) siempre y cuando en el momento de aportarse dichos medios probatorios no se disponga de elementos suficientes para «ordenar» el procedimiento, y (iii) se repare el perjuicio causado. Por tanto, cabe entender que los elementos de prueba pueden aportarse para fundar el inicio de un procedimiento sancionador y, también, en el marco de un procedimiento ya iniciado, al objeto de constituir la base probatoria que acredite la comisión del tipo infractor.

Si no concurren todas las condiciones anteriores el órgano competente podrá reducir el importe de la multa cuando el denunciante facilite elementos de prueba que *«aporten un valor añadido significativo»* respecto de los que disponga la Administración.

La redacción del artículo 62.4, y en concreto el inciso *«infracción de esta naturaleza»*, genera ciertas dudas respecto del ámbito de aplicación del procedimiento de clemencia, en el sentido de si alcanza a todo tipo de infracciones o solo a las que causen perjuicios en el patrimonio de las Administraciones públicas, previstas en el apartado 3. El referido inciso fue incorporado en el trámite parlamentario y con posterioridad al Dictamen n.º 275/2015 del Consejo de Estado que advertía de los riesgos de generalizar un procedimiento de clemencia a todos los procedimientos sancionadores, de manera que no es descartable que el legislador haya optado por restringir esta posibilidad a la infracciones que afecten al patrimonio de las Administraciones públicas.

El artículo 63.3 introduce otra novedad en el inicio de procedimientos sancionadores, estableciendo la imposibilidad de iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora con carácter ejecutivo, es decir, que sea firme en vía administrativa.

REVISIÓN DE ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

En materia de revisión de actos en vía administrativa, la LPAC presenta tres novedades significativas.

En primer lugar, en los supuestos en que exista una pluralidad de recursos interpuestos contra un mismo acto administrativo y, habiéndose resuelto alguno de ellos, el interesado haya impugnado la

correspondiente resolución en vía contenciosa administrativa, se prevé la posibilidad de acordar la suspensión del plazo para resolver tales recursos en tanto no se haya resuelto el recurso en vía judicial.

En segundo lugar, en la regulación del recurso de alzada se mantiene el plazo para la interposición del recurso de un mes previsto actualmente en el artículo 115 LRJPAC eliminando el régimen vigente en cuanto a la impugnación de actos presuntos, respecto de los cuales el plazo previsto actualmente es de 3 meses, de manera que se permite impugnar el acto presunto en cualquier momento a partir de la producción del silencio (art. 122.1). De esta forma, la LPAC recoge la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Al respecto, se había argumentado que la falta de impugnación por el interesado de las desestimaciones por silencio no significaba su consentimiento al contenido de un acto administrativo presunto. De lo contrario se primaría injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.

Por último, y aunque no se trata de un procedimiento impugnatorio de una actuación administrativa, sino de un procedimiento especial, la LPAC ya no contempla —a pesar de la sugerencia del Consejo de Estado de mantenerlas con carácter potestativo—, las reclamaciones previas en vía civil y laboral *«debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha»*.

INICIATIVA LEGISLATIVA Y POTESTAD NORMATIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Por último, el título VI de la LPAC establece distintas previsiones sobre el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria. Así, se introducen «principios de buena regulación» (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia) orientados a mejorar la calidad de las normas promovidas.

El aspecto presupuestario adquiere una especial relevancia, por cuanto más allá de manifestarse en el principio de eficiencia, la iniciativa normativa que afecte a gastos e ingresos públicos debe supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En cuanto a la participación de los ciudadanos el artículo 133 recoge tres mecanismos distintos de participación. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se introduce un trámite de consulta pública a través del portal web de la Administración competente a fin de recabar la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura norma.

Posteriormente, cuando la norma afecte a derechos e intereses legítimos de las personas, se deberá publicar el texto en el portal web correspondiente a fin de dar audiencia directa a los ciudadanos afectados. En este trámite cualquier persona o entidad podrá alegar lo que considere oportuno.

Por último, a fin de contribuir a la coherencia del conjunto del ordenamiento, el artículo 130 dispone que las Administraciones públicas (i) revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y (ii) evaluarán el cumplimiento por la normativa en vigor de los objetivos que motivaron su aprobación, así como la correcta cuantificación de los costes y cargas asociadas a cada norma. El resultado de esta evaluación se deberá plasmar en un informe hecho público.

En relación con el ejercicio de la potestad normativa, hay que destacar que la LRJPAC pretende acotar la aprobación de disposiciones generales que en la práctica ejercen los titulares de Ministerios y de las Consejerías de las Administraciones Autonómicas. Así, el artículo 129.4 establece que las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas con carácter general al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los ministros o consejeros (o a otros órganos subordinados de estos) tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante. Asimismo, las leyes podrán habilitar directamente a las denominadas autoridades independientes para aprobar normas cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LRJSP

Desde la óptica de su ámbito de aplicación, la LRJSP puede dividirse en dos grandes bloques. Por un lado la LRJSP regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, aplicables por tanto al conjunto de Administraciones públicas

territoriales. Al respecto, se establece el régimen de los órganos administrativos, incluyendo una detallada regulación del funcionamiento de los órganos colegiados, los principios de la potestad sancionadora, de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, los convenios entre Administraciones públicas (título preliminar) y las relaciones interadministrativas (título III).

Por otro lado, la LRJSP integra la regulación de la organización de la Administración General del Estado y del conjunto de entes dependientes y vinculados a esta Administración, denominados sector público institucional estatal (títulos I y II). Al respecto, hay que destacar la flexibilidad que introduce la LRJSP en la reestructuración del sector público institucional estatal, la expresa integración de los aspectos presupuestarios en la toma de decisiones organizativas y el control continuo sobre estos entes.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración se regula en los artículos 32 a 35 en términos muy similares a la vigente LRJPAC. Sin embargo, hay dos materias en las que se innova la LRJPAC: la responsabilidad de la Administración en relaciones de Derecho privado y la responsabilidad del Estado legislador.

Responsabilidad del Estado legislador

La principal novedad de la LRJSP consiste en la regulación de la denominada responsabilidad del Estado legislador, regulada en los apartados 3 a 6 del artículo 32. En el primero de ellos se recoge lo previsto en el vigente artículo 139.3 LRJPAC, relativo al derecho de los particulares a ser indemnizados por lesiones derivadas de la aplicación de actos legislativos cuando así se establezca en los propios actos legislativos.

Junto con dicho supuesto, el artículo se refiere a los supuestos de (i) daños infligidos por leyes declaradas inconstitucionales y (ii) daños derivados de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, la indemnización procederá cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado

inconstitucionalidad o infracción del Derecho de la Unión Europea respectivamente, posteriormente declaradas. Por consiguiente, se exige el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes.

Responsabilidad en relaciones de Derecho privado

El segundo cambio relevante se refiere a los supuestos en que las Administraciones públicas actúan en relaciones de Derecho privado. El vigente artículo 144 LRJPAC establece que en tales casos la Administración responde directamente de los daños y perjuicios de conformidad con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, el artículo 35 LRJPAC extiende esta unificación del régimen jurídico y del fuero jurisdiccional a los supuestos en los que la Administración actúa *«a través de una entidad de derecho privado»*. Por tanto, en la práctica se dará una situación aparentemente contradictoria, pues entidades de Derecho privado tales como sociedades mercantiles, fundaciones, etc., participadas mayoritariamente por la Administración, y que sujetan su actividad al ordenamiento privado, responderán de los daños que ocasionen a terceros con arreglo al derecho administrativo y, en su caso, deberán ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

CONVENIOS ADMINISTRATIVOS

Los artículos a 47 a 53 disciplinan con detalle el régimen aplicable a los convenios cualesquiera que sean las Administraciones públicas (estatal, autonómicas o locales), entidades de Derecho público y Universidades públicas que los celebren, entre sí o con sujetos de Derecho privado.

De la regulación establecida hay que destacar la atención del legislador en el aspecto financiero o económico asociado a la celebración de los convenios. Así, en cuanto a los requisitos de validez, se establece que la suscripción de convenios debe mejorar la eficiencia de la gestión pública, deben ser financieramente sostenibles, y las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no pueden ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio. Como trámite preceptivo (art. 50), se establece que el convenio deberá acompañar una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, así como su impacto económico, entre otras cuestiones.

En cuanto al contenido mínimo obligatorio a incorporar en los convenios, estos deberán prever las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento. Por otra parte, los convenios deberán ser de duración determinada, con un plazo máximo inicial de cuatro años y una prórroga máxima de otros cuatro años.

Por último, resulta relevante lo dispuesto por la disposición adicional octava, que establece en su apartado 1 que todos los convenios vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en la LRJSP en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de la LRJSP, salvo lo relativo al plazo de vigencia del convenio, pues operará de forma automática el plazo de 4 años a contar desde la entrada en vigor de la LRJSP.

ORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

El título II de la LRJSP (artículos 81 a 139) contiene una detallada regulación de los entes que componen el sector público institucional estatal. Como ya se ha apuntado anteriormente, estas normas únicamente resultan de aplicación a los entes vinculados y dependientes de la Administración General del Estado. No obstante, se establecen dos normas básicas para todas las Administraciones públicas y su sector público institucional, que de conformidad con el artículo 2 LRJSP se integra por (i) organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, (ii) entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas y (iii) las universidades públicas.

Sistema de supervisión continua del sector público institucional autonómico y local

El artículo 81 LRJSP establece inicialmente los «principios generales de actuación» a los que deberán ajustarse las entidades del sector público institucional de las Administraciones públicas. Y en su apartado 2 regula la obligación de todas las Administraciones públicas de crear un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes a fin de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera.

Este sistema de supervisión deberá incluir mecanismos que permitan la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción de los entes. Por tanto, las Comunidades Autónomas deberán necesariamente adaptar su legislación a fin de regular un mecanismo de supervisión en los términos previstos por el precepto y de transformación de sus entes dependientes en otros tipos de personas jurídicas.

Al respecto hay que tener en cuenta que de conformidad con la disposición final decimoséptima, las normas estatales y autonómicas deberán adecuarse a la LRJSP en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LRJSP, es decir, como máximo el 2 de octubre de 2017.

Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local

El artículo 82 LRJSP crea el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, que se configura como un registro público administrativo de naturaleza informativa que gestionará la Intervención General de la Administración del Estado («IGAE»), y que deberá contener información sobre naturaleza jurídica, fuentes de financiación, estructura de dominio, regímenes de contabilidad y clasificación en términos de contabilidad nacional, entre otras cuestiones. Asimismo, la inscripción en dicho inventario será requisito para la asignación del número de identificación fiscal definitivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

ORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

El capítulo II del título II (artículos 84 a 139) regula extensamente la organización y funcionamiento del sector público institucional del Estado.

Clasificación del sector público institucional estatal

De conformidad con el artículo 84 LRJSP integran el sector público institucional del Estado (i) los organismos públicos (clasificados a su vez en organismos autónomos y entidades públicas empresariales), (ii) las autoridades administrativas independientes, (iii) las sociedades mercantiles estatales, (iv) los consorcios, (v) las fundaciones del sector

público, (v) los fondos sin personalidad jurídica y (vi) las universidades públicas no transferidas.

Las referidas categorías generales de entes dan continuidad en líneas generales al modelo actual regulado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado («LOFAGE»). De hecho a nivel orgánico la única novedad reside en la supresión de las agencias estatales. Las otras modificaciones guardan relación con el reconocimiento, como categoría organizativa, de las autoridades administrativas independientes, y con la inclusión dentro del concepto de sector público de entes que actualmente están sujetos a la legislación contractual y presupuestaria (universidades públicas no transferidas y fondos carentes de personalidad jurídica). Por tanto, el legislador ha pretendido equiparar el concepto de sector público institucional con el ámbito de aplicación de la legislación presupuestaria.

Las autoridades administrativas independientes se consideraban tradicionalmente Administración pública institucional, sin perjuicio de que no tuvieran una relación instrumental con la Administración territorial. La vigente LOFAGE únicamente se refiere, en sus disposiciones adicionales octava y décima, al particular régimen jurídico de ciertos entes por razón de su independencia o autonomía respecto de la Administración General del Estado, que conlleva básicamente que estos entes se rijan por su legislación específica y, supletoriamente, por la LOFAGE y el resto de normativa administrativa.

Pues bien, la LRJSP reconoce por primera vez a este tipo de autoridades públicas como una categoría propia del sector público institucional estatal, manteniendo el régimen jurídico aplicable establecido por la LOFAGE. Así, el artículo 110 LRJSP dispone que la LPAC, LRJSP y el resto de normativa administrativa resultan de aplicación a estas entidades de forma supletoria a su legislación especial, «*en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía*».

Asimismo, se incluyen también los fondos carentes de personalidad jurídica. Este tipo de fondos no constituyen unidades organizativas de la Administración institucional del Estado, sino que son masas patrimoniales cuya dotación se efectúa mayoritariamente por los Presupuestos Generales del Estado.

Por último, como ya se ha mencionado la LRJSP elimina la figura de las agencias estatales, un tipo de organismo público que fue creado por la Ley 28/2006, de 18 de julio de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos («Ley 28/2006»),

y que tenía vocación de generalizarse según lo previsto en su disposición adicional sexta. El preámbulo de la LRJSP explica que la Ley 28/2006 no ha logrado cumplir con sus objetivos, sin que se argumente exactamente los motivos de la desaparición de esta figura.

Régimen de creación de nuevos entes y adaptación de los existentes

La LRJSP establece numerosas restricciones para la creación de nuevos entes del sector público institucional estatal. Así, únicamente mediante Ley es posible crear nuevos organismos y entidades, con excepción de las sociedades mercantiles estatales que se crean mediante acuerdo del Consejo de Ministros. En todo caso, los procedimientos de creación deben acompañar numerosa documentación justificativa de la idoneidad del tipo de persona jurídica escogido y un informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los distintos aspectos que la LRJSP exige para la creación de cada tipo de ente.

De conformidad con el artículo 84.2 LRJSP, la Administración General del Estado no podrá, por sí misma ni en colaboración con otras entidades, crear ni ejercer «control efectivo» directa ni indirectamente sobre ningún otro tipo de entidad distinta de las apuntadas en el apartado anterior.

Por su parte, la disposición adicional cuarta establece que todas las entidades y organismos públicos del sector público estatal existentes en el momento de la entrada en vigor de la LRJSP deberán adaptarse al contenido de la misma en el plazo de tres años desde dicha entrada en vigor.

Por consiguiente, el objetivo del legislador es reconducir toda la tipología de entes existentes a los tipos y régimen jurídico regulado en la LRJSP. Sin embargo, la participación minoritaria de la Administración General del Estado en otro tipo de entes parece ser viable de conformidad con dichos preceptos.

Hasta dicha adaptación los organismos y entidades existentes continuarán rigiéndose por su normativa específica. No obstante, la disposición transitoria segunda establece algunas previsiones de la LRJSP que resultarán de aplicación desde el momento de su entrada en vigor, en particular el régimen de control del artículo 85 y 92.2 y el régimen de transformación, fusión, disolución y liquidación.

Por último, hay que destacar que aquellos entes del sector público estatal que tienen la consideración de medios propios deberán adaptarse en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la LRJSP a lo previsto por el artículo 86, que exige requisitos adicionales a los establecidos por el TRLCSP para considerar un ente como medio propio. Asimismo, en la denominación del ente en cuestión deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio».

Control de eficacia y de supervisión continua

El control de eficacia y supervisión continua que deben implementar el conjunto de Administraciones públicas se regula, en el caso del sector público estatal, en el artículo 85. El mecanismo de control regulado prevé dos tipos de controles, uno de «eficacia» y otro de «supervisión continua».

El control de eficacia (apartado 1 y 2) parte de un plan de actuación que debe elaborarse en el momento de la creación de cada entidad del sector público institucional estatal (o de su adaptación a la LRJSP). Este plan debe contener las líneas estratégicas de la actividad de cada ente, que se revisarán cada tres años. Asimismo, los entes deben contar con un plan anual que desarrolla el plan de actuación para cada ejercicio. A la vista de los referidos documentos, el departamento al que estén adscritos los entes deberá evaluar el cumplimiento de los objetivos y el uso de recursos de acuerdo con lo establecido en cada caso.

Por lo que se refiere al control de supervisión (apartado 3), se establece que será ejercido por la IGAE y que, en particular, verificará (i) la subsistencia de las circunstancias que justificaron la creación del ente, (ii) su sostenibilidad financiera y (iii) la concurrencia de causas de disolución.

El resultado de las referidas evaluaciones se debe plasmar en un informe sujeto a procedimiento contradictorio y que puede contener una propuesta de transformación o supresión del organismo público o entidad.

Modificaciones estructurales en los entes del sector público estatal: la transformación y la fusión

Una de las novedades de la LRJSP que puede tener más incidencia práctica es la posibilidad de que

ciertas entidades del sector público institucional estatal se puedan transformar en otro tipo de persona jurídica. Así, el artículo 88 establece que cualquier organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil o fundación del sector público podrá transformarse en cualquiera de las citadas entidades y adoptar su naturaleza jurídica.

La transformación se producirá por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones. Por consiguiente, será posible que una entidad de Derecho público como un organismo autónomo se transforme en una sociedad mercantil, ente de Derecho privado, previo cumplimiento de ciertos requisitos formales previstos en el artículo 87.4. Asimismo, la transformación puede realizarse mediante Real Decreto, aunque suponga modificación de la Ley de creación del ente transformado.

Por otra parte, los organismos públicos estatales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) de la misma naturaleza, así como las fundaciones del sector público estatal, pueden fusionarse mediante (i) extinción e integración en un nuevo ente o (ii) extinción y absorción por otro ente ya existente (organismo público o fundación según el caso). En ambos casos, la aprobación de la fusión «mediante norma reglamentaria» conllevará la cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de los organismos públicos extinguidos en el nuevo ente.

La referencia a la aprobación de una «norma reglamentaria» parece indicar que el legislador quiere eludir la necesaria aprobación de un Real Decreto como sí establece expresamente en el caso de transformaciones. Sin embargo, dicha regulación no parece coherente con el artículo 129.4 LPAC, que establece que la atribución de potestad normativa a los titulares de departamentos deberá ser justificada por la Ley habilitante.

Por último, tanto en el caso de la transformación como de la fusión, los artículos 87.2 y 94.4.c establecen que dichas operaciones no alterarán «las condiciones financieras de las obligaciones asumidas» ni podrán ser entendidas «como causa de resolución de las relaciones jurídicas». Con la inclusión de tal previsión el legislador parece referirse, entre otros posibles supuestos, a contratos de financiación en los que el cambio de naturaleza de la entidad prestataria o acreditada se ha configurado como un supuesto de vencimiento anticipado a favor de las

entidades financieras, que podrían exigir condiciones de financiación más onerosas para renunciar al ejercicio de su derecho de resolución.

Responsabilidad de los miembros de consejos de administración de sociedades mercantiles estatales

La regulación de las sociedades mercantiles estatales reproduce, en términos generales, las previsiones vigentes contenidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Destaca como novedad el régimen aplicable a la responsabilidad de los empleados públicos cuando actúan como miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales. Así, de conformidad con el artículo 115 LRJ-SP la Administración General del Estado asumirá «directamente» dicha responsabilidad. Por consiguiente, se pretende trasladar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (actualmente contenido en los artículos 130 y siguientes de la LRJPAC) a la situación de los empleados públicos que desempeñan el cargo de consejero de las sociedades mercantiles estatales.

La nueva previsión puede tener implicaciones prácticas relevantes, pues parece que en estos supuestos el legislador pretende excluir el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 236 a 241 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y que el orden jurisdiccional competente no sería el mercantil, sino el contencioso-administrativo. Todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda exigir de oficio la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

Hay que destacar que el mismo régimen de responsabilidad (asunción directa por la Administración) se prevé para los empleados públicos miembros de (i) los patronatos de fundaciones del sector público estatal (art. 135) y (ii) los órganos liquidadores de las sociedades mercantiles estatales, organismos públicos y consorcios (art. 114.2, 97.2 y 127.2 respectivamente). Sin embargo, en el caso de las dos últimas categorías de entes no se daría la aparente contradicción entre la naturaleza jurídica de los mismos y el régimen de responsabilidad aplicado por cuanto se trata de entes de Derecho público.

Régimen unitario de los consorcios

Los artículos 118 a 127 establecen, con carácter básico (excepto el artículo 123.2), el régimen jurídico de los consorcios, dotando a esta figura de una regulación unitaria que hasta la fecha no tenía. Se presta atención especialmente al derecho de separación de los miembros de consorcios —y sus consecuencias patrimoniales—, así como al régimen de disolución y liquidación. En concreto, se contempla la posibilidad que las entidades consorciadas acuerden la cesión global de activos y pasivos a otra entidad jurídicamente adecuada con la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos del consorcio que se liquida.

En sede de liquidación, se establece que, en lo no previsto por los Estatutos, resultará de aplicación el artículo 97 relativo a la liquidación de organismos públicos estatales y, en su defecto, la Ley de Sociedades de Capital.

Por último, hay que destacar también la disposición adicional décima que prevé que cuando las Administraciones públicas —o sus organismos públicos vinculados— sean miembros de un consorcio, no estarán obligadas a efectuar las aportaciones o la financiación a la que se habían comprometido para el ejercicio corriente cuando otro miembro del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores.

RELACIONES DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El título III establece los principios generales de las relaciones interadministrativas (capítulo I) y regula el deber de colaboración (capítulo II), las relaciones de cooperación (capítulo III) y las relaciones electrónicas entre Administraciones públicas (capítulo IV).

Dentro de los órganos de cooperación tienen particular importancia las Conferencias Sectoriales (artículos 147 a 151), órgano que puede ejercer funciones consultivas, decisorias o de coordinación orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes. El artículo 151.2 establece que cuando la Administración General ejerza funciones de coordinación, el acuerdo que se adopte en la Conferencia Sectorial será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas integrantes de la

Conferencia Sectorial con independencia del sentido de su voto, siendo exigible conforme a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 274/2015, dicha exigibilidad puede plantear dificultades derivadas de la variedad de contenidos susceptibles de constituir el núcleo de tales acuerdos. A modo de ejemplo, los acuerdos podrían obligar a las Comunidades Autónomas a adoptar normas de rango legal o reglamentario que no pueden ser demandadas en vía de recurso contencioso-administrativo.

La exigibilidad de dichos acuerdos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo también se prevé para las decisiones adoptadas por las Comisiones Bilaterales de Cooperación y por las Comisiones Territoriales de Cooperación.

NUEVO RÉGIMEN DE RPA EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Las disposiciones finales de la LRJSP modifican numerosas disposiciones legales vigentes. Entre ellas hay que destacar la disposición final novena, que modifica diversos artículos del TRLCSP, la mayoría de las cuales entró en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE.

En concreto, hay que destacar aquí la modificación de la habitual, pero impropia, denominada *responsabilidad patrimonial de la Administración* («RPA»), el valor que abona la Administración a los contratistas de concesiones de obra pública y de gestión de servicio público en supuestos de resolución anticipada del contrato por la reversión de las obras construidas. Básicamente, la modificación consiste en restringir el derecho de los concesionarios en supuestos de resolución anticipada no imputables a la Administración y en obtener los recursos para abonar dicho importe de un posterior concesionario, minimizando así el impacto de estas situaciones en las finanzas públicas.

El nuevo régimen parte de la distinción entre causas imputables a la Administración y causas que no le son imputables. En el caso de las causas imputables a la Administración se mantiene el sistema de RPA con algunas concreciones. Por el contrario, en el caso de las causas no imputables a la Administración, entre las que se incluye la declaración de concurso o de insolvencia en cualquier

otro procedimiento, la Administración no abona al concesionario el valor de las inversiones pendientes de amortizar, sino un «valor de la concesión» determinado en el marco de una nueva licitación que tiene como único criterio de adjudicación el precio ofertado por los licitadores. Así, los licitadores únicamente deberán ofertar incrementos del precio tipo de la licitación, que se determina de conformidad con las reglas previstas en el artículo 271 ter TRLCSP. Si la primera licitación queda desierta, se debe convocar una licitación con un tipo de licitación del 50 % de la primera. Solo en

el caso de que esta segunda licitación también quede desierta la Administración se ve obligada a abonar la RPA al concesionario con cargo a su presupuesto.

De conformidad con la disposición transitoria cuarta, la modificación del régimen de RPA —y del resto de modificaciones del TRLCSP— no tiene carácter retroactivo, por cuanto será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación.

ANTONI COMPANYS I ALET*

* Abogado del Área Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).