

■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

El nuevo régimen jurídico del sector público

Director

Humberto
Gosálbez Pequeño



Wolters Kluwer

El nuevo régimen jurídico del sector público

Director

Humberto Gosálbez Pequeño



Wolters Kluwer

Consulte en la web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Humberto Gosálbez Pequeño**, 2016

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wke.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Mayo 2016

Depósito legal: M-15507-2016

I.S.B.N.: 978-84-7052-715-9 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-7052-716-6 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

También se le ha criticado que, como comprobaremos, incorpora previsiones que por su alcance y naturaleza son más propias de una norma de carácter reglamentario, como es el 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 (RLAE), que es de donde se toman⁽¹⁷⁷⁾. Por esa vía se impone a las Comunidades Autónomas y a los entes locales un conjunto de reglas que hasta ahora únicamente eran de aplicación a la Administración General del Estado.

Pero sobre todo se ha reprochado a la nueva regulación que no se haya aprovechado la experiencia adquirida para innovar, limitándose el legislador estatal a remozar algunas de los instrumentos existentes. Por todo ello hubiera sido más adecuado mantener una regulación específica sobre la materia, distinta de la LRJSP y a la LPCAP, que podría haber sido incluso –debidamente reformada– la propia LAE. Nada de esto es incompatible con la incorporación a la LRJSP y a la LPCAP de algunos principios generales sobre el funcionamiento electrónico del sector público, con el sentido y la extensión de una verdadera legislación de carácter básico⁽¹⁷⁸⁾.

9.2. La sede electrónica

La regulación de la sede electrónica refleja bastante bien lo expuesto. Aunque la sede electrónica mereció un capítulo completo de la LAE, el primero del Título II, en el que también se regulaban las publicaciones electrónicas en boletines oficiales y de tabloneros de anuncios y edictos, en la nueva legislación se han separado esos contenidos. La sede electrónica se regula ahora en el art. 38 LRJSP, mientras que las referencias a las publicaciones electrónicas aparecen en el art. 131 LPCAP, que lleva por título «publicidad de las normas», entremezclados con reglas sobre entrada en vigor de normas y eficacia de actos administrativos.

No se puede dudar del papel central que tiene la sede electrónica para hacer efectivo el derecho –y en su caso el deber– de los ciudadanos a comunicarse electrónicamente con la Administración, pues todo ello requiere la definición precisa del medio a través del cual se establecen las relaciones, ordenar los sistemas de identificación y autenticación, fijar un contenido mínimo para dicha sede y garantizar su accesibilidad, disponibilidad y la responsabilidad de su funcionamiento. Ese era el propósito del art. 10 LAE y también el del art. 38 LRJSP, que define la sede electró-

(177) El RLAE será parcialmente derogado por la LPCAP y por la LRJSP, aunque buena parte de su contenido seguirá vigente.

(178) El Consejo de Estado llegó incluso a indicar que sería «aconsejable que la regulación detallada del uso de medios electrónicos se mantuviera en la ley especial que actualmente lo regula [la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos], de forma que el presente anteproyecto, al igual que el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común, únicamente contuviera previsiones de alcance general al respecto, desde las cuales se efectuasen las oportunas remisiones a aquella ley».

nica como «aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias». Se mantiene equivocadamente en el concepto la idea de dirección electrónica⁽¹⁷⁹⁾, cuando en realidad una dirección electrónica es solo el identificador⁽¹⁸⁰⁾ que permite a los interesados acceder, a través de las redes de telecomunicaciones, a una web o un sitio en Internet (un conjunto de páginas web) en la que una Administración Pública pone a disposición de los ciudadanos información y servicios. La sede electrónica es esa estructura tecnológica.

La redacción de este apartado primero sí es más precisa cuando restringe la definición a la idea de titularidad de una Administración Pública, prescindiendo de la alusión que se hacía en el art. 10.1 LAE a la idea de gestión o administración, que ahora no tiene que corresponder necesariamente a una Administración Pública a un ente de Derecho Público. De esa forma se acomoda la legalidad a la realidad, porque en la práctica tanto en la gestión como en la administración de la sede electrónica intervienen con frecuencia personas o entidades privadas. Además, se abre la posibilidad de que sean varios los titulares de la sede electrónica. El titular asume al establecer una sede electrónica la responsabilidad «respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma» (art. 38.2 LRJSP).

En el art. 38.3 LRJSP se establece que cada Administración Pública «determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del órgano titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas». Técnicamente es menos afortunado que los anteriores, porque conserva casi la misma redacción que su equivalente de la LAE, aunque añadida entre los principios el de transparencia. Por ello reaparece la idea del órgano titular de la sede, a pesar de que en la LRJSP había desaparecido del apartado primero⁽¹⁸¹⁾.

(179) VALERO TORRIJOS, Julián, «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, Navarra, págs. 348 y 349.

(180) Aunque no existe uno equivalente en la LRJSP, podemos utilizar las definiciones del anexo de la LAE para entender el alcance de esta y otras definiciones técnicas. En dicho anexo se indica que una dirección electrónica es un «identificador de un equipo o sistema electrónico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicaciones».

(181) Se acoge así legalmente la previsión que hace en ese sentido el art. 3 RLAE, en cuyo apartado primero se dispone que «los órganos de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma crearán sus sedes electrónicas, de acuerdo con los requisitos establecidos en el presente real decreto».

En relación con las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas la LRJSP no es exigente, pues únicamente requiere una decisión formal y expresa, sin imponer que se haga necesariamente por reglamento. Debe recordarse que el RLAE determina en su art. 3.2 que las sedes electrónicas se crearán mediante orden del Ministro correspondiente o resolución del titular del organismo público, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», y establece el contenido mínimo de esta norma aprobatoria.

El resto del contenido del art. 38 LRJSP tiene la misma redacción que sus equivalentes de la LAE. En el apartado cuarto se dispone que las sedes electrónicas «dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias» y en el quinto que la «publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y uso de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos». En este último se sustituye la referencia al principio de usabilidad por el de uso, aunque sería más expresivo aludir a la facilidad de uso.

Por su parte el art. 38.6 LRJSP obliga a que las sedes electrónicas utilicen «certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente» para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas. Este apartado modifica la regulación del art. 17 LAE, que exigía para los mismos fines la utilización de «sistemas de firma electrónica basados en certificados de dispositivo seguro o medio equivalente», dando una redacción más adecuada a las exigencias del nuevo Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE. En el art. 3.38 de ese Reglamento se define el certificado de autenticación de sitio web como «una declaración que permite autenticar un sitio web y vincula el sitio web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado». Por medio de los mismos se garantiza a la persona que visita un sitio web –en este caso una sede electrónica– que existe una entidad auténtica y legítima que respalda la existencia del sitio ⁽¹⁸²⁾.

Pero a pesar del cambio de redacción del apartado sexto, se mantiene la referencia a la utilización de algún «medio equivalente», fórmula que también aparecía en la LAE, sin determinar qué caracteres permite establecer esa equivalencia o qué condiciones deben darse para aceptar su eficacia como medio de autenticación.

(182) Sobre los sistemas de identificación previstos en la LRJSP y en la LPCAP *vid.* ALAMILLO DOMINGO, Ignacio, «Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos», *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la administración electrónica*, Jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015, pág. 12. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichaalamillov1.pdf>. Fecha de acceso: 23 de diciembre de 2015.

Se deja abierta así la posibilidad de que se eluda el nivel de seguridad impuestos en un aspecto tan relevante como la identidad del titular de la sede electrónica, cuando una de las funciones esenciales de la sede electrónica es la prestación de servicios que requieran autenticación de las Administraciones Públicas o, en su caso, de los ciudadanos en sus relaciones con ellas.

Pero quizá lo más reprochable de todo el precepto es que se haya renunciado a establecer un contenido mínimo para la sede electrónica y a definir las actuaciones que necesariamente habrán de realizarse a través de ella ⁽¹⁸³⁾.

9.3. Portales de internet

De conformidad con el art. 39 LRJSP se entiende por portal de internet «el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente».

No es un concepto definido en la LAE ni el RLAE, en el que únicamente se aludía a los puntos de acceso electrónicos. De hecho, se ha criticado la asimilación que se hace en el art. 39 LRJSP entre los conceptos de portal de internet y punto de acceso, ya que en la regulación anterior eran distintos ⁽¹⁸⁴⁾. Esto suponía que en los portales de internet de titularidad administrativa podían encontrarse información y contenidos que no estaban previstos para el punto de acceso. La utilización indiscriminada de los términos portal de internet, punto de acceso, portal de acceso, portal de entrada o portal web de la Administración que se hace en la LRJSP y en la LPCAP solo contribuye a aumentar la confusión en torno al alcance de los mismos, por lo que sería conveniente hacer una distinción clara de los conceptos sede electrónica, punto de acceso electrónico y portal de internet y la asignación de un régimen jurídico propio para cada uno de ellos ⁽¹⁸⁵⁾.

Concretamente en relación con el portal de internet ese régimen jurídico debería establecer al menos los fines del portal, la tipología de su información, el

(183) Tampoco la LAE establece un contenido mínimo obligatorio de las sedes electrónicas. Este puede encontrarse en el art. 6 RLAE para las sedes electrónicas de la Administración General del Estado.

(184) Según el art. 8.2.b) LAE el punto de acceso electrónico era una sede electrónica, no un portal de internet. Pero en esta misma Ley en su anexo de definiciones se indicaba que el punto de acceso electrónico era un conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de Internet. Por su parte, el RLAE configura el punto de acceso no como una sede electrónica, sino como un instrumento de acceso a una sede electrónica (art. 9).

(185) COTINO HUESO ha destacado la insuficiencia del art. 39 LRJSP, en particular en todo lo referido a la calidad de la información suministrada, que quedará huérfana de regulación cuando se derogue el principio (art. 4 LAE) y el derecho (art. 6 LAE) a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos. *Vid.* «Regulación...», cit., pág. 4.



La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público aspira a convertirse –al igual que su “ley pareja”, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas- en uno de los “pilares sobre los que se asentará el Derecho Administrativo español”, según proclama el legislador en el Preámbulo.

La Ley 40/2015 es la primera ley de la “nueva” regulación general de la organización administrativa, porque sustituye el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas establecido en la Ley 30/1992 –derogado, por cierto, por la Ley 39/2015- y también el régimen jurídico del sector público estatal contenido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. La trascendencia jurídica –y también socioeconómica- de la nueva norma reguladora de la estructura organizativa y las relaciones ad intra del sector público español es evidente.

Pero no sólo es organización y funcionamiento interno lo que se establece en la Ley 40/2015. Sorprendentemente, también contiene el “nuevo” régimen jurídico básico de la potestad administrativa más incisiva para los ciudadanos: la potestad sancionadora; eso sí, la Ley 40/2015 lo “compensa” abordando el régimen jurídico-administrativo de la responsabilidad patrimonial del sector público: ambas constituyen materias esenciales del Derecho administrativo que, como acertadamente ha subrayado el prologuista y Catedrático de Derecho administrativo, Luis Cosculluela Montaner, no tienen precisamente “una pura significación meramente organizativa”.

