

EN POS DE LA CONFIANZA: DERECHO AL ERROR Y DERECHO AL CONTROL

Por

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ
Profesora Titular de Universidad Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Administrativo 50 (2019)

RESUMEN: Esta crónica tiene por objeto la Ley 2018-727, de 10 de agosto, *pour un État au service d'une société de confiance*, anunciada como la primera piedra de una nueva estrategia nacional de orientación de la acción pública llamada a revolucionar la cultura administrativa y los comportamientos sociales en Francia. Se analizarán algunas de sus medidas de simplificación y modernización administrativa, prestando especial atención a lo que ha venido en llamarse el "derecho al error" y el "derecho al control" que su artículo 2 inscribe por primera vez en el código de las relaciones entre el público y la Administración.

PALABRAS CLAVE: simplificación administrativa; legalización; empoderamiento ciudadano; error; seguridad jurídica.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ACCIÓN PÚBLICA 2022 ¿A LA VANGUARDIA DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA?.- II. ESTRUCTURA Y PRINCIPAL CONTENIDO DE LA LEY 2018-727.- III. BIBLIOGRAFÍA.

THE MARCH FOR TRUST: RIGHT TO ERR AND RIGHT TO BE CONTROLLED

ABSTRACT: This paper analyses French Act 2017-727, August 10, for a state at the service of a trustworthy society. Announced as the cornerstone to an administrative cultural revolution, it is supposed to reconcile population and Administration and to change social relationships. After exposing some of the main contents of the Act, the paper focuses at the so-called "right to err" which will give citizens the chance of making mistakes in dealings with the government without being automatically punished. Special attention is also paid to the "right to be controlled", introduced as well by this piece of law into the Code on Relationships between Public and Administration.

KEY WORDS: administrative simplification; regularisation; citizen mainstream; mistake, legal certainty.

I. INTRODUCCIÓN: LA ACCIÓN PÚBLICA 2022 ¿A LA VANGUARDIA DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA?¹

El objeto de esta crónica es la Ley 2018-727, de 10 de agosto, *pour un État au service d'une société de confiance*, norma de título curioso que parece engarzar una vez más con la modernización y simplificación administrativa, enmarcándose en la generación de confianza que ha protagonizado el discurso político en Francia en los últimos tiempos².

Sin embargo, los promotores de esta Ley han negado repetidamente que se trate del “enésimo” texto de simplificación, presentándola como la primera piedra de una revolución para transformar toda la cultura administrativa³. La ambición cristaliza en la “estrategia nacional de orientación de la acción pública” que con el horizonte en el año 2022 figura como anexo a la Ley y queda aprobada por su artículo primero.

Como se verá, el texto llama la atención por la particular redacción de sus títulos y capítulos, pero más allá de eso prácticamente queda reducido a una suerte de Ley ómnibus que introduce modificaciones fundamentalmente en el código de las relaciones entre el público y la Administración, pero también en el código de aduanas, el de medioambiente, el forestal, el de urbanismo, el de procedimientos fiscales, el de trabajo, el de seguridad social, el monetario y financiero, o el de impuestos, entre otros. El articulado está plagado de disposiciones heterogéneas que la mayor parte de las veces remiten a un futuro desarrollo a través de *ordonnances* y reglamentos y que en muchas ocasiones se implantan a título experimental.

Este es uno de los aspectos que resulta más criticable, y que explica la procelosa tramitación parlamentaria de una norma sobre cuyos principios inspiradores y valores existía sin embargo un consenso inicial casi unánime. Así, a pesar de haberse adoptado el procedimiento acelerado, el proyecto de Ley depositado ante la Asamblea Nacional el 27 de noviembre de 2017 precisaría de dos lecturas en cada Cámara y tras el fracaso de la Comisión Mixta Paritaria, la Ley no fue finalmente adoptada en lectura definitiva por la Asamblea Nacional hasta el agosto siguiente. De manera significativa cabe señalar que uno de los más enconados desacuerdos entre las dos Cámaras estuvo en el mismo título

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación de referencia IDI/2018/000219 correspondiente a una ayuda a organismos públicos de investigación para apoyar las actividades de grupos de investigación en el Principado de Asturias concedida por el Gobierno de este al grupo SPAG (Servicios Públicos, Administraciones y Garantías) que coordina el profesor Tolivar Alas en la Universidad de Oviedo.

² Y que ya se ha comentado en la entrega de esta crónica correspondiente al núm. 47 (2018), que versaba sobre la dupla compuesta por la Ley orgánica 2017-1338, de 15 de septiembre, y la Ley 2017-1339, de la misma fecha, *pour la confiance dans la vie politique*.

³ <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-11-27/un-etat-au-service-d-une-societe-de-confiance>.

de la norma. El Senado había acordado un rótulo más neutro y centrado en la Administración (*renforçant l'efficacité de l'administration pour une relation de confiance avec le public*) que sería finalmente tumbado por la Asamblea Nacional, lo que traduce la falta de sintonía respecto a la filosofía misma de la Ley, que aspira según sus valedores a suscitar un cambio global en los comportamientos sociales.

II. ESTRUCTURA Y PRINCIPAL CONTENIDO DE LA LEY 2018-727

Como se ha apuntado ya, uno de los aspectos más llamativos de la norma es su particular terminología. La Ley estructura sus 74 artículos en tres Títulos, al que se añade el Título Preliminar, con un único artículo relativo a la estrategia nacional de orientación de la acción pública.

Esta estrategia se articula en dos orientaciones principales: conseguir una Administración de consejo y servicio, y una acción pública modernizada, simplificada, descentralizada y más eficaz. Más allá de la intención gubernamental, en este punto es difícil negar que se trata de una norma de modernización de la acción administrativa. En todo caso, y en lo que incumbe a la Administración estatal, para lograrlo se fijan dos objetivos: la digitalización del conjunto de la tramitación administrativa, con especial atención a las necesidades de la población vulnerable ante la “brecha tecnológica”, y la consagración del derecho a no aportar información que ya se encuentre en poder de la Administración actuante o sea susceptible de obtenerse de otra. He aquí un par de “viejos conocidos” que visibilizan los grandes retos de la Administración del siglo XXI pero que difícilmente podrán calificarse de “revolucionarios”. No hay, por otra parte, compromiso alguno de medios para tales objetivos, lo que justifica ciertas críticas doctrinales sobre su falta de ambición, de originalidad, de precisión y de rigor⁴.

El cuerpo de la norma reproduce pomposamente el mismo vocabulario de la estrategia en una decisión que en mi opinión no resulta acertada pues la prosa de los instrumentos de programación no siempre tiene cabida en el derecho positivo. Así, el Título I (art. 2-39) se rotula de manera un tanto vacua “Una relación de confianza; hacia una Administración de consejo y de servicio”, y a su vez contiene un Capítulo I (art. 2-19) encabezado por la rúbrica “Una Administración que acompaña”, que se sigue de un Capítulo II (art. 20-27) relativo a “Una Administración que se compromete” y de un Capítulo III (art. 28-39) que hace referencia a “Una Administración que dialoga”. El Título II (art. 40-67) se abre con el epígrafe “Hacia una acción pública modernizada, simple y eficaz” y engloba un Capítulo I (art. 40-48) sobre “Una Administración comprometida con

⁴ Seiller, B., « Pour un État au service d'une société de confiance - Présentation », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, p. 819.

la digitalización”, un Capítulo II (art. 49-52) sobre “Una Administración menos compleja” y un Capítulo III (art. 53-67) que traza “Unas reglas más simples para el público”. Por último, el Título III (art. 68-74) lleva por rúbrica “Un dispositivo de evaluación renovado”.

Pasando a analizar el principal contenido de la Ley, cabe destacar en primer lugar una serie de medidas de simplificación en la relación administrativa. Es el caso del artículo 28, que dispone que a partir del 1 de enero de 2021 los trámites telefónicos con la Administración no llevarán recargos de tarificación. No se establece sin embargo la gratuidad de la llamada, ni se incluye en la aplicación del precepto a las colectividades territoriales y sus organismos públicos. Estos sí se incluyen en cambio en la puesta en marcha de la “ventanilla única” a la que se refiere el artículo 29 y que se ensayará a título experimental durante cuatro años a partir de la publicación del decreto correspondiente. No es esta, ciertamente, una previsión novedosa, como tampoco lo es la contenida en el artículo 40, que dispone la experimentación (esta vez por un período de tres años) de una dispensa respecto al suministro de información que ya obre en poder de la Administración, cuando se lleve a cabo una tramitación electrónica⁵. Sí resulta en cambio mucho más original la previsión del artículo 4 de la Ley, que dispone que, ante solicitudes incompletas, la Administración no deberá esperar a la subsanación para tramitar el procedimiento, ni podrá suspender el mismo hasta su efectiva presentación, salvo en los casos en que la documentación requerida sea indispensable. En todo caso, si en el momento de resolver aun siguiera faltando la documentación, el acto no será efectivo hasta que la omisión sea subsanada. También se realiza una apuesta fuerte, aunque de nuevo experimental, por la mediación como vía alternativa para la solución de conflictos (art. 34-36) y no menos decidido énfasis se hace en la transacción (art. 24), aunque al final la Ley únicamente se ocupa de instituir un comité para asesorar a la Administración habilitada a transigir⁶.

Entre las disposiciones ómnibus de la Ley existen medidas relativas al régimen jurídico de las cámaras agrarias (art. 38) o de los parques eólicos marinos (art. 58-60) que difícilmente pueden entenderse acogidas a un propósito de simplificación⁷. La finalidad es más clara en otros casos, en que básicamente se habilita al gobierno a adoptar *ordonnances* en distintos ámbitos sectoriales (acogimiento familiar en el art. 50 o enseñanza superior en el art. 52) para simplificar la legislación y mejorar la coherencia de la tramitación administrativa eliminando cargas excesivas. En algunos casos, empero,

⁵ Lo que supone reconocer que, pese a la literalidad de las previsiones del código de relaciones con el público, las Administraciones siguen de facto exigiendo esa información.

⁶ Éveillard, G., « La transaction », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, p. 830.

⁷ Seiller, *op. cit.*, p. 813.

el carácter “sensible” del sector (construcción y medioambiente, sobre todo) genera suspicacias sobre medidas que rozan la desregulación⁸.

Por otro lado, el texto inicial del proyecto de Ley proponía prohibir la sobretransposición de las directivas de la Unión, pero la Ley finalmente aprobada se limita a encargar al Gobierno un informe al respecto, que se presentará al Parlamento antes del 1 de junio de 2019 y que habrá de estudiar el fenómeno a fin de evitar transposiciones excesivas, inútiles o injustificadas (art. 69). Entre las carencias de la Ley se ha señalado también por ejemplo la falta de consideración específica de la “calidad” o la nula precisión subjetiva de aquel en quien ha de generarse la confianza (administrado, ciudadano, usuario, interesado...)⁹.

En todo caso, si algo ha llamado la atención en el contenido de la Ley son los llamados “derecho al error” y “derecho al control”, que el artículo 2 de esta Ley introduce en el código de relaciones entre público y Administración. El primero es fruto de una promesa electoral y debe entenderse en realidad como un derecho a la “regularización” o “legalización” de las situaciones administrativas sin sanción; mientras que el segundo busca una forma de dar estabilidad a las relaciones jurídico-administrativas. En ambos casos estamos ante instituciones vinculadas al Derecho Administrativo contemporáneo, cuyo paradigma pivota sobre la liberalización y los controles *a posteriori*, en un ordenamiento que no obstante no ha dejado de estar motorizado y donde por tanto las demandas de seguridad jurídica se exacerban.

1. El derecho al error (el carácter eximente de la ignorancia de la Ley)

Anunciada como la medida emblemática de la Ley, la consideración de un error del administrado de cuya sanción, salvo en casos de mala fe, deba quedar dispensado supone no sólo un reconocimiento formal novedoso del “error”, sino también la asunción de los problemas de fragmentación e ininteligibilidad del derecho actual, susceptibles de conducir a incumplimientos involuntarios de los ciudadanos¹⁰. Es además una muestra de la subjetivización del Derecho Administrativo actual, al configurarse como un verdadero derecho del interesado¹¹.

⁸ Idem.

⁹ Dumont, G., « La loi ESSOC, révolution ou involution ? », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, p. 1817.

¹⁰ Perrin, A. y Vidal-Naquet A., « Quel droit à l’erreur ? », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, p. 1837.

¹¹ Plessix, B., « Le droit à l’erreur et le droit au contrôle », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, p. 847.

La previsión de una legalización o regularización no es del todo novedosa como medida, pues estaba ya ensayada en ciertos sectores; pero la norma aquí comentada procede en principio a generalizarla (aunque también recoge excepciones) tanto desde el punto de vista material como personal. En realidad, la Ley no configura propiamente un “derecho al error” que la Administración deba benevolentemente tolerar, sino que integra el error en la misma delimitación de la potestad sancionadora creando una “obligación de regularización” so pena de recibir una sanción. Así, el error del administrado sólo se admite si se salda con la regularización de la situación y el cumplimiento ulterior de la norma infringida; en otro caso procederá la sanción¹².

No existe pues un verdadero “derecho al error” como tal, sino en su caso un “derecho a corregir el error”, ya sea de forma espontánea, ya sea tras el requerimiento administrativo¹³. No es así baladí que la rúbrica del nuevo capítulo III del Título II del código de las relaciones entre el público y la Administración rece “derecho a la regularización en caso de error”, y no “derecho al error” como en general transmite la información institucional.

En su configuración el legislador de 2018 es cauteloso a la hora de dejar claro que este derecho sólo operará cuando se haya desobedecido una norma o se haya cometido un error material en la declaración responsable por vez primera, y que no opera en caso de mala fe o fraude. También excluye su aplicación en los procedimientos sancionadores por vulneración del derecho de la Unión; en materia de salud pública, seguridad de las personas y bienes o medioambiente; en el caso de sanciones previstas contractualmente y en los procedimientos sancionadores a cargo de las Autoridades de regulación.

Habrà que ver cómo se determinan todos estos límites en la práctica, teniendo en cuenta eso sí que la norma dispone que la prueba de la mala fe y el fraude competen en su caso a la Administración. Se trata de una cuestión harto interesante en la medida en que de trasfondo late el juego del principio de culpabilidad en materia sancionadora.

2. El derecho al control (administrativo, pero también judicial)

Con la finalidad de dar seguridad jurídica a las relaciones administrativas, la Ley contiene diversas medidas que, por un lado, buscan conducir a mejorar la información de que los interesados disponen respecto a la normativa que les resulta aplicable y por otro permiten obtener una declaración formal sobre la situación (*rescrit*) que les proporcione llegado el caso un arma de defensa, y por tanto sea fuente de seguridad y confianza.

¹² Perrin y Vidal-Naquet, *op. cit.*, p. 1838.

¹³ Plessix, *op. cit.*, p. 848.

El artículo 23 de la Ley configura así el derecho de cualquier usuario a obtener un certificado de la Administración informándole con carácter previo al ejercicio de ciertas actividades, de la normativa y las reglas que le resultan aplicables. La previsión ha sido doctrinalmente criticada por entender que nada aporta con respecto a la información que las Administraciones ya suministran en sus portales web teniendo en cuenta que la disposición normativa es sectorial y que no tiene el efecto ni de “congelar el ordenamiento” ni de vincular a la propia Administración, que eso sí será responsable de la información errónea o incompleta¹⁴.

Un poco más allá llega el artículo 20, que dispone que las instrucciones y circulares se consideran derogadas si no son publicadas, y estándolo cualquier ciudadano puede servirse de la interpretación que realicen esta suerte de infra-actos administrativos¹⁵. Y ello, aunque tal interpretación sea errónea, siempre que no haya terceros afectados y no concurren razones de salud pública, seguridad de las personas o los bienes, o medioambiente.

La posibilidad de forzar a la Administración a una toma de posición formal emitiendo una cédula fruto de ese control previo voluntario que luego pueda resultarle oponible no es una absoluta novedad de esta Ley. La figura del *rescrit* ya se conocía en algunos ámbitos sectoriales, y la intención del proyecto de Ley era su generalización; finalmente tal cosa se vería frustrada y la norma se limita disciplinar algunos casos adicionales en los que será de aplicación (art. 11-21). Lo que sí resulta una completa novedad es la previsión de que este mismo instituto pueda funcionar para forzar un control previo judicial, y que pueda ser también instado por la propia Administración (art. 54).

En efecto, la *demande en appréciation de régularité d'une décision administrative* es seguramente el instituto más original de la Ley y en su configuración es directamente tributario del dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto. Permite forzar una decisión jurisdiccional sobre la legalidad externa de la decisión administrativa que generará efecto de cosa juzgada en ciertos casos, pero sin anular el acto administrativo¹⁶. Su finalidad es mejorar la seguridad jurídica, pero también suscita importantes retos desde el punto de vista contencioso sobre todo en cuanto a su articulación con otros recursos, la legitimación o sus efectos en relación con la tutela

¹⁴ Seiller, *op. cit.*, p. 814.

¹⁵ Saunier, S., « Une Administration qui s'engage... », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, p. 1830-1932.

¹⁶ Janicot, L. y Rotouillié, J-C., « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, pp. 821-828.

judicial efectiva de terceros¹⁷. Quizás para atajarlos, la Ley plantea su introducción a título experimental y con fuertes limitaciones tanto *ratione materiae* como *personae* que han sido analizadas ya por la doctrina y que suscitan muchos interrogantes¹⁸.

III. BIBLIOGRAFÍA

Dumont, G., « La loi ESSOC, révolution ou involution ? », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, pp. 1815-1820.

Éveillard, G., « La transaction », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, pp. 829-846.

Firud, M., « Les référents uniques, un nouvel objet administratif aux formes (déjà) multiples », *Actualité Juridique. Collectivités Territoriales*, núm. 12, 2018, pp. 606-611.

Goutal, Y. y Rotivel, J., « Création d'un nouveau recours en appréciation de régularité et autres effets contentieux », *Actualité Juridique. Collectivités Territoriales*, núm. 12, 2018, pp. 602-605.

Janicot, L. y Rotouillié, J-C., « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, pp. 821-828.

Mamoudy, O., « La demande en appréciation de régularité : une *purge juridictionnelle* à l'avenir incertain », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, pp. 1821-1827.

Perrin, A. y Vidal-Naquet A., « Quel droit à l'erreur ? », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, pp. 1837-1849.

Plessix, B., « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, pp. 847-855.

Rançon Meyrel, A., « L'administration qui s'engage », *Actualité Juridique. Collectivités Territoriales*, núm. 12, 2018, pp. 600-602.

Saunier, S., « Une Administration qui s'engage... », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, pp. 1828-1837.

Seiller, B., « Pour un État au service d'une société de confiance - Présentation », *Revue française de droit administratif*, núm. 5, 2018, pp. 809-820.

Vialettes, M. y Barrois de Sarigny, C., « Le droit à l'erreur ou le pari de la confiance », *Actualité Juridique. Collectivités Territoriales*, núm. 12, 2018, pp. 598-599.

¹⁷ Goutal, Y. y Rotivel, J., « Création d'un nouveau recours en appréciation de régularité et autres effets contentieux », *Actualité Juridique. Collectivités Territoriales*, núm. 12, 2018, pp. 602-605.

¹⁸ Mamoudy, O., « La demande en appréciation de régularité : une *purge juridictionnelle* à l'avenir incertain », *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 32, 2018, pp. 1821-1827.

Willman, C. « La « relation cotisants », réformée par la loi du 10 août 2018 : la « confiance », mais pas la simplification », *Droit social*, núm. 11, 2018, pp. 941-954.