

ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ISAAC MARTÍN DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Director del Centro de Estudios Europeos “Luis Ortega Álvarez”
Universidad de Castilla-La Mancha

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL

La finalidad de estas páginas es ofrecer una serie de reflexiones generales sobre algunos de los aspectos problemáticos que plantea la nueva regulación del uso de los medios electrónicos contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), con el fin último de detectar espacios de conflicto que pueden derivar en riesgo de litigiosidad¹.

Desde esta perspectiva, resulta necesario anticipar dos premisas para enmarcar debidamente el análisis. En primer lugar, sólo serán tratados algunos de los no pocos problemas que se detectan en la nueva normativa –aquéllos que pueden ser considerados más interesantes desde la perspectiva jurídica–, dejando de lado otros, por poseer un carácter más tecnológico². En segundo lugar, todas las reflexiones que se presentarán a continuación han de ser tomadas con carácter provisional; dada la novedad de la reforma y la inexistencia de jurisprudencia consolidada sobre la mayor parte de los preceptos afectados, en un contexto en el que todos los operadores jurídicos estamos simplemente intuendo las primeras fases del conocimiento de las consecuencias que puede traer consigo el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquier afirmación al respecto debe formularse con las debidas cautelas.

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia que, con el mismo título, fue impartida en Valladolid el pasado 26 de octubre en el marco de la Jornada sobre “Las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común para las Administraciones Publicas y del Régimen Jurídico del Sector Publico”, organizada por la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León y el Consejo General del Poder Judicial.

² Una visión general y práctica sobre la nueva regulación de la Administración electrónica puede verse en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, *in totum*.

El trabajo será dividido en cinco bloques: posición de la LPAC en el sistema de fuentes, ampliación de la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos, nueva regulación de los derechos de los ciudadanos e interesados en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos, nuevo régimen de las notificaciones electrónicas y una serie de problemas finales de carácter adicional.

II.- LA POSICIÓN DE LA LPAC EN EL SISTEMA DE FUENTES: EL CARÁCTER COMÚN REFORZADO DE LA REGULACIÓN DEL USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Puede afirmarse, sin temor a errar con ello, que la principal novedad que aportan la LPAC y la LRJSP es la relativa al uso de los medios electrónicos en la organización y el procedimiento administrativo³. Aunque, ciertamente, podrían haber ido más allá, es indudable que la apuesta por los mismos, particularmente en el interior de la Administración y en la gestión de los procedimientos, tendrá efectos transformadores positivos desde la perspectiva de la eficacia de la actuación administrativa.

La Constitución Española, en su art. 149.1.18º, encomienda al Legislador la tarea de abordar la configuración del procedimiento administrativo común, es decir, aquél que resulta de aplicación general y directa⁴ respecto de todas las Administraciones Públicas en todas sus actuaciones administrativas, con las excepciones que la propia norma desee establecer. La LPAC contiene dos novedades en este sentido. La primera de ellas, de carácter implícito, se deriva de la integración en su articulado de la regulación del uso de los medios electrónicos; con ello, la Administración electrónica pasa a formar parte del “núcleo duro” del Derecho Administrativo, con la consecuencia de que deja de ser regulación sectorial para pasar a deber ser considerada como regulación común⁵; se

³ Para una visión general de las novedades de ambas normas desde esta perspectiva, puede verse MARTÍN DELGADO, “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y en el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, págs. 41-82.

⁴ LOPEZ MENUDO, F.: “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, en LOPEZ MENUDO (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pág. 21.

⁵ En palabras de FONT, esta opción del Legislador permite hablar de “normalización de la Administración electrónica”, “Administración Pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa”, en TORNOS, J.: *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las*

refuerza de este modo la posición de ley común de tal regulación y se atiende con ello a la reivindicación unánime de la doctrina de integrar el uso de los medios electrónicos en la ley general reguladora de la organización y el procedimiento administrativo y no en una norma especial⁶.

La segunda de las novedades, de carácter explícito, aparece anunciada en la Exposición de Motivos cuando afirma que la Ley tiene carácter común que “*resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas respecto de todas sus actuaciones*” y se concreta en el art. 1.2, de conformidad con el cual “[s]olo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos de los contemplados en esta Ley”. Así, junto con una evidente intención de simplificación administrativa, el precepto parece dejar clara la voluntad de ésta de constituirse en la norma común reguladora del uso de los medios electrónicos en todos los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas, con la excepción de los casos en los que se cumplan los citados requisitos o de las especialidades por razón de la materia incluidas expresamente en su Disposición Adicional Primera.

La suma de ambas novedades constituye el impacto más importante de la LPAC en materia de Administración electrónica —que afecta igualmente al ámbito de la contratación pública—: se da visibilidad a la regulación del uso de los medios electrónicos, que hasta ahora había pasado prácticamente inadvertida; y se blinda la misma, que no debería poder ser desplazada por normas posteriores más tímidas en cuanto a su apuesta por el uso de los medios electrónicos.

Así se deriva del hecho de que la Ley, de conformidad con lo previsto en la Disposición Final Primera, se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.18º CE, que atribuye al Estado la competencia en materia de procedimiento administrativo común. En consecuencia, existe una reserva competencial de carácter constitucional para desarrollar el mencionado título, ejercida con una extensión y un alcance determinados, que no pueden ser contradichos en sus términos esenciales por ninguna norma sectorial. El

administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 33.

⁶ Por todos, GAMERO CASADO, “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS, *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 90.

principio función constitucional⁷ lleva aparejado que la regulación de los aspectos comunes del procedimiento administrativo está reservada a la LPAC, con exclusión de cualquier otra que, en todo caso, podrá regular especificidades. Efectivamente, lo común busca garantizar a los ciudadanos un tratamiento uniforme ante todas las Administraciones Públicas, pero también un tratamiento común de mínimos ante todas las actuaciones públicas llevadas a cabo por las diferentes Administraciones. Junto a la vinculación vertical, por tanto, se encuentra la vinculación horizontal. Es evidente que de ello no se deriva la imposibilidad de introducir especialidades por razón de la materia y, por tanto, de regular procedimientos administrativos especiales en relación con concretos sectores materiales de la actuación administrativa cuando la Ley común así lo prevea. En tal caso, se está produciendo una adaptación de lo general a lo especial, quedando lo primero como complemento supletorio de lo segundo. Pero lo que no es admisible es introducir “excepcionalidades”, esto es, excepcionar lo común, que está llamado a tener eficacia *erga omnes*⁸.

⁷ El principio de función constitucional es una manifestación del principio de competencia como argumento para explicar las relaciones entre diversas leyes del Estado. Para una exposición de su contenido y alcance, puede verse GOMEZ-FERRER MORANT “La posición de la Ley General Presupuestaria en el ordenamiento jurídico”, en AA.VV. *El marco jurídico-financiero del sector público: perspectivas de reforma*, Intervención General de la Administración del Estado, Madrid, 1986, págs. 29 y ss. y, con mayor desarrollo, “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía, función constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, págs. 17 y ss. De conformidad con este principio, “cada Ley tendría reservado un contenido material en exclusiva por la Constitución, de forma tal que la Ley de otro tipo que invadiera dicho contenido sería inconstitucional y, como tal, nula”, *ibidem*, pág. 17. Como explica MUNOZ MACHADO “la Constitución utiliza el criterio de asignar, en el marco de un mismo ordenamiento, la regulación de una materia de modo más específico a una categoría concreta de ley. En este caso la competencia general del legislador se acota porque sólo puede ser expresada a través de ese instrumento normativo concreto”. Entre esas categorías de leyes estarían incluidas las leyes básicas del Estado que resulten de los diferentes títulos competenciales del art. 149.1 CE. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2006, vol. II, págs. 248 y 249.

⁸ La expresión es de LOPEZ MENUENDO para quien la legislación sobre procedimiento administrativo común “ha de cumplir su cometido *natural* de ofrecer un régimen completo, operativo por sí mismo, con eficacia *erga omnes*”, “Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993, pág. 32. Como precisa el propio autor, “la primera y más genuina acepción del término “común” lleva a contraponerlo al concepto ‘particular’; lo ‘común’ hace referencia a lo que pertenece o se extiende a varios, no siendo privativamente de ninguno. Por consiguiente, un buen punto de partida exige manejar los dos pares de conceptos ‘común-particular’ y ‘general-especial’; el primer par puede responder a la pregunta de *qué* regula cada derecho; y el segundo hace referencia a *qué relación* guardan entre sí”, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, pág. 63. De este modo, “la máxima fuerza (...) que es susceptible de llegar a adquirir una ley ‘común’ resulta de llevar la figura a su máximo desarrollo lógico, configurándola como *norma que a más de incidir sobre la totalidad de un ámbito establece una regulación absoluta, inderogable e incluso no desarrollable por ninguna otra*, o sea, norma que alcanza una posición de primacía frente a cualquier derecho particular, situándose éste, caso de existir, en un segundo nivel y limitado a regular aspectos no previstos, o simples pormenorizaciones de la Ley común” (pág. 64).

Ello lleva a la necesidad de determinar, de entre todo el contenido de la LPAC, qué es lo común en materia de procedimiento administrativo electrónico. En este sentido, “[a]ntes que nada, hará de tenerse por común cualquier garantía *esencial*, donde quiera que ésta se encuentre, o sea, referirse a aquellos supuestos necesarios para “*garantizar a los administrados un tratamiento común*” (...). Por tanto, son esencialmente los mismos principios, lisa y llanamente formulados, así como los diversos institutos procedimentales que aparecen transidos de aquéllos, los que quizás debieran absorber la categoría de lo *común*”⁹.

En definitiva, común será el conjunto de principios y reglas que permitan establecer ese sistema de garantías mínimas respecto del procedimiento administrativo gestionado por medios electrónicos. Ello abarca tanto el procedimiento administrativo en sí (iniciación, ordenación, instrucción y terminación), como los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos y, por supuesto, la forma de producción de los actos administrativos. Así pues, tanto los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas conectados con el procedimiento, como todos los aspectos complementarios del mismo y las instituciones de régimen jurídico necesarias para su ejercicio, son regulación común, aplicable a todos los procedimientos de todas las Administraciones Públicas.

Todo lo anteriormente expuesto podría entenderse equivocado al leer superficialmente lo dispuesto en el segundo apartado de la Disposición Adicional Primera LPAC. Efectivamente, y a pesar de la contundencia del art. 1.2, más allá de remitir a su normativa específica determinadas materias (tributaria, tráfico, extranjería o Seguridad Social), establece que “[l]os *procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales*”.

⁹ “Los principios generales del procedimiento administrativo...”, op. cit., págs. 74 y 76, respectivamente. El propio LOPEZ MENUDO concreta esa afirmación en “Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas...”, op. cit., manteniendo que el Constituyente quiso referirse mediante el empleo del término “común” en el art. 149.1.18º “*al conjunto de principios, técnicas y garantías de obligada observancia por todas las administraciones públicas*” (pág. 25), de tal manera que “el procedimiento administrativo común no es algo que el legislador estatal pueda establecer de modo arbitrario sino que será todo aquello que por afectar a “las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa” y “salvaguardar la uniformidad de los instrumentos procedimentales esenciales” pueda ser legítimamente proclamado y reconocido como ese reducto que la Constitución ha cuidado de reservar para el Estado” (pág. 33).

En mi opinión, una correcta interpretación del mismo, en coherencia con la voluntad de la Ley de ser la norma reguladora del procedimiento administrativo común, pasa por considerar que la normativa sectorial podrá establecer trámites concretos diferentes o señalar la no aplicación de algunos de los regulados en la LPAC, siempre de manera justificada y en atención a las particularidades del ámbito material objeto de regulación. Dicho en otras palabras, cuando la Ley particular prevea trámites que están incorporados en la Ley común (léase LCSP-LPAC, respectivamente), aquélla debe respetar la regulación de ésta; cuando no sea así, por la especificidad del sector, podrá prever regulaciones específicas¹⁰. Por señalar un ejemplo, la presentación de las ofertas en el ámbito de la contratación pública constituiría un trámite adicional o diferente, específico en el procedimiento de contratación, que podría sustanciarse en papel: lo permite la Directiva en determinados supuestos y podría justificarse a nivel interno por la especificidad del mismo sobre la base de condiciones específicas¹¹.

De este modo, se introduce una regla de flexibilidad en el sistema: la LPAC tiene por objeto diseñar un procedimiento tipo, de carácter común que, sin embargo, puede ser adaptado en algunos de sus trámites en atención a las particularidades del ámbito de acción administrativa.

En este sentido, el límite a tal adaptabilidad es doble: de un lado, no puede prescindirse totalmente del procedimiento administrativo común, salvo que la propia norma reguladora del mismo prevea expresamente la exclusión de su ámbito de aplicación de la materia concreta; de otro, deberán en todo caso respetarse las garantías mínimas para los ciudadanos que suponen los trámites que haya previsto esa norma común. Dicho en otras palabras, de manera justificada, podrán incluirse particularidades en atención a las especificidades del ámbito de aplicación del procedimiento; pero nunca especialidades.

Junto con ello, ha de tenerse en cuenta un elemento adicional: cuando se hace referencia al uso de los medios electrónicos, se habla sobre todo de forma. Y la forma de producción de los actos administrativos también es parte del procedimiento administrativo común. Efectivamente, de conformidad con la LPAC, los documentos administrativos se emitirán en formato electrónico y el expediente será electrónico; junto con ello, se establece la

¹⁰ LOPEZ MENUDO, “Significación de los conceptos de procedimiento común...”, op. cit., pág. 22.

¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I: “Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública”, en MARTÍN DELGADO (Dir.): *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, págs. 323 a 342.

obligación de impulsar de oficio el procedimiento a través de medios electrónicos y de realizar por estos medios todos los actos de instrucción, así como la de adoptar electrónicamente la resolución del procedimiento, garantizando en relación con todos estos extremos el control de tiempos y plazos, la identificación y la tramitación ordenada de los expedientes. Adicionalmente, la opción preferente por los medios electrónicos en este ámbito se pone de manifiesto también en el doble hecho de que, al regular la forma de los actos administrativos, el art. 36 señala que éstos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija otra cosa, y que la resolución del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 88.4, se dictará electrónicamente, garantizando la identidad del órgano competente y la autenticidad e integridad del documento, incluso en los casos en los que la notificación haya de hacerse en papel. Se insistirá sobre esta cuestión en el epígrafe final de este trabajo.

Queda patente pues que, a nivel interno, la gestión del procedimiento será íntegramente electrónica como regla general. Y lo será como condición de validez, de tal manera que la vulneración de estas obligaciones podría suponer la invalidez de las actuaciones administrativas por infracción del ordenamiento jurídico, en los supuestos en los que se produzca indefensión o el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin. El medio electrónico deja de ser una simple forma de gestión de los procedimientos para ser el procedimiento en sí.

Todas las consideraciones que acaban de expresarse no son meras proclamas teóricas carentes de efectos. Pensemos en dos aplicaciones prácticas.

En primer lugar, si aplicamos estos criterios al ámbito de la contratación pública, se llega a la conclusión de que la LPAC resulta de aplicación en relación con esta materia: no está excluida de su ámbito de aplicación y las garantías materiales y formales que en ella se contienen no pueden ser obviadas con carácter general por obra del Legislador de contratos. Lo confirma la propia Disposición Adicional Primera, que ya no se remite, a diferencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAE), a las especificidades propias en materia de contratación electrónica. Subsidiariamente, aún cuando no se aceptara esta interpretación, sería en todo caso la consecuencia de la aplicación de la Disposición Final Cuarta LCSP 2017, cuando afirma en su primer apartado que “[l]os procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre,

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”; efectivamente, la falta de previsiones específicas sobre la mayor parte de los derechos de los interesados en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos en el contexto del procedimiento de contratación o de las instituciones del régimen jurídico de la Administración electrónica conducen a esa misma conclusión. De este modo, figuras como la sede, la firma, las notificaciones o los registros resultan exigibles en los términos previstos en la LPAC a los poderes públicos adjudicadores, con los matices que la normativa específica pueda establecer; pero también lo es la gestión electrónica del procedimiento administrativo a nivel interno, de tal modo que las actuaciones y los actos finales deberán producirse, necesariamente, por medios electrónicos, con las excepciones expresamente previstas –que traen su causa de la Directiva de Contratación Pública–. No entenderlo así podría ser contrario al carácter común de la regulación de la LPAC.

En segundo lugar, si aplicamos estos criterios en el ámbito de la transparencia, podremos comprobar cómo existen igualmente algunas contradicciones. Aunque la Ley 19/2013, 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) no menciona la necesidad de que el órgano de control tenga carácter colegiado –de hecho, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es órgano unipersonal a los efectos de resolver reclamaciones en materia de acceso– desde el momento en que su creación se justifica para la resolución de reclamaciones sustitutivas del régimen ordinario del sistema de recursos y, en consecuencia, resulta posible en aplicación de lo previsto en el art. 112 LPAC, necesariamente se ha de mirar a su contenido. Y éste señala que la atribución de tal función puede hacerse sólo en favor de “*órganos colegiados o comisiones*”, es decir, entes de naturaleza colegiada y no de carácter unipersonal. Aunque pueda coincidirse en que, en principio, es menos garantista atribuir el control a un órgano unipersonal que hacerlo a un órgano colegiado, en tanto que la colegialidad apunta hacia la objetividad y la calidad de la decisión, no menos cierto es que la colegialidad, en sí misma, no es garantía absoluta de imparcialidad, pues ésta dependerá de la composición del órgano y de la forma concreta de ejercer su función. En este sentido, la imparcialidad en el ejercicio de las competencias quedará demostrada a través de las resoluciones de las reclamaciones frente a decisiones administrativas en materia de acceso y de los criterios interpretativos y actuaciones para la garantía del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa que adopte y lleve a cabo. Sin

embargo, lo cierto es que el citado precepto es claro a la hora de exigir que el órgano al que se encomiende la resolución de los medios de impugnación alternativos ha de ser de carácter colegiado. En consecuencia, las normas autonómicas que no respeten este criterio podrían incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la normativa común estatal¹². En definitiva, tal y como tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la finalidad de la existencia de un procedimiento administrativo común radica en garantizar un trato igualitario a los ciudadanos en el procedimiento de adopción de actos administrativos. En ese procedimiento común, tal y como ha sido anticipado, se incluye la iniciación, ordenación, instrucción y terminación. Junto con ello, es también evidente que las TIC –si bien no por sí mismas, sino en tanto que incorporadas adecuadamente–, contribuyen a la concurrencia, la eficacia, la eficiencia, la simplificación y la transparencia de la actividad administrativa. Todas ellas deberán estar presentes en cualquier ámbito de actuación de la Administración; toda norma que no respete estas premisas –no sólo de carácter autonómico, lo cual resulta evidente, sino también estatal–, podría ser considerada inconstitucional en el caso de poseer rango de Ley y declarada nula cuando se trate de una norma de carácter reglamentario.

III.- LA IMPOSICIÓN DEL USO OBLIGADO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

En coherencia con la apuesta por ampliar el ámbito de operatividad del uso de los medios electrónicos, la LPAC procede en su art. 14 a determinar una serie de colectivos que estarán obligados a relacionarse con la Administración por esta vía¹³. Y lo hace como

¹² Es el caso de lo previsto en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia de Andalucía, cuyo artículo 47 encomienda a la persona que ejerza la dirección del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía la resolución de las reclamaciones en materia de acceso. También el de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias, que crea a tales efectos el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública como órgano unipersonal encargado de resolver las reclamaciones en materia de acceso.

¹³ Muy crítico con esta ampliación se muestra E. GAMERO CASADO en “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, Tribuna del núm. 175 (2016) de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, pág. 5, por considerar que muchos de los nuevos sujetos obligados carecen hoy en día de los medios y de los conocimientos necesarios para entablar relaciones electrónicas con la Administración y, más aún, por negarles el derecho a recibir asistencia en el uso de los medios electrónicos. Para un análisis general de las implicaciones del art. 14 puede verse COTINO, L. “El derecho y del deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14). Asistencia en el uso de los medios electrónicos a los interesados (art. 12)”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de Procedimiento Común y de Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 501 y ss.

excepción al derecho de las personas a elegir en todo momento si se comunican o no con ellas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos.

De este modo, resultan obligados *ex lege* los siguientes colectivos:

–En primer lugar, todas las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, con independencia de su naturaleza jurídica y de la concreta capacidad económica y técnica de la entidad y de sus administradores. Se genera con ello un claro efecto: ya no es preciso demostrar en el caso concreto que las personas jurídicas tienen garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios electrónicos necesarios para relacionarse con la Administración, pues directamente lo ha presumido la Ley, de tal modo que, desde su entrada en vigor, resulta exigible a los mismos este medio de relación.

–En segundo lugar, las personas que ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, si bien sólo respecto de los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones en ejercicio de la misma.

–En tercer lugar, los empleados de las Administraciones Públicas –incluyendo notarios y registradores de la propiedad y mercantiles–, si bien únicamente para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleados públicos y en los términos previstos en la normativa propia.

–Por último, quienes representen a un interesado obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Se mantiene, además, la posibilidad que introdujo la LAE de ampliar el abanico de sujetos obligados por vía reglamentaria. De este modo, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos “*para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios*”.

Esta posibilidad se reproduce en dos preceptos más –siempre indicando que lo será para ciertos procedimientos y en relación con ciertos colectivos de personas físicas– respecto de dos trámites concretos. Efectivamente, el art. 16.5 lo hace en relación con la obligación de presentar determinados documentos por medios electrónicos y el art. 41.1 respecto de la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones. En puridad, se trata de previsiones reiterativas, pues la genéricamente establecida en el art. 14.3 avala la imposición de la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos para cualquiera de los

trámites integrantes de un procedimiento administrativo, incluyendo su iniciación y la notificación de su resolución finalizadora; pero su incorporación sistemática en la LPAC tiene consecuencias concretas, como inmediatamente se verá.

A pesar de que una primera lectura del art. 14 puede dar a entender que el precepto es equivalente al 27.6 LAE, existen, en realidad, dos diferencias importantes.

Su alcance es más limitado en cuanto al objeto de la obligación. Esta última norma preveía la posibilidad de establecer por vía reglamentaria *“la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos”*, lo cual incluía tanto los trámites integrados formalmente en un procedimiento administrativo como cualquier otra actuación administrativa o acción del ciudadano frente a la Administración que conlleve la necesidad de comunicarse. Por el contrario, la LPAC vincula la obligatoriedad de relacionarse a través de medios electrónicos *“para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo”*, es decir, sólo respecto de los trámites que tengan carácter procedimentalizado.

Al mismo tiempo, se flexibiliza la garantía de la disponibilidad de medios y de conocimientos técnicos, quedando en manos de la Administración la decisión sobre si la capacidad económica, la capacidad técnica, la dedicación profesional o cualquier otro motivo acredita suficientemente o no el acceso y la disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Efectivamente, el tenor literal de la LAE también difiere en relación con este extremo: sólo podrá obligarse a relacionarse con la Administración por medios electrónicos a aquellas personas jurídicas y a aquellos colectivos de personas físicas que *“tengan garantizado”* tal acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos; en cambio, con el art. 14 resultará suficiente con considerar que, por las características concretas, se entiende que está acreditado tal acceso. Mientras que en el primer supuesto la decisión de la Administración necesita de criterios objetivos, en el segundo es ella quien establece los parámetros.

En cualquier caso, como contrapartida del derecho y de la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos, el art. 12.1 establece el deber de las Administraciones Públicas de garantizar que los interesados puedan relacionarse con ellas por medios electrónicos, que se concreta en la puesta a su disposición de los canales de acceso que sean necesarios y de los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen. De este modo, si bien queda claro que es obligación de la Administración dotarse de medios electrónicos y de herramientas tecnológicas para favorecer el

ejercicio/cumplimiento de tal derecho/obligación, queda en sus manos la determinación de los concretos medios para relacionarse con ella electrónicamente.

Ha de tenerse muy presente que la imposición del uso obligado de los medios electrónicos se establece como excepción al reconocimiento del derecho de las personas a comunicarse con la administración por medios electrónicos reconocido en el propio art. 14. Al mismo tiempo, no pueden obviarse los matices que habilitan para tal imposición. Precisamente por ello, toda ampliación deberá ser cuidadosamente decidida y suficientemente motivada.

Por apuntar algunas consecuencias, si acudimos al listado de derechos de los interesados del artículo 53, el derecho a identificar a las autoridades y al personal bajo cuya autoridad se tramita un procedimiento o el derecho a obtener información sobre los requisitos que la normativa impone para presentar solicitudes o proyectos, ninguno de ellos se ejercen en el contexto de un procedimiento administrativo sino fuera del procedimiento administrativo o antes del procedimiento administrativo; por tanto, aquí no cabría invocar la exigibilidad de que esa comunicación con la Administración se haga por medios electrónicos. Junto con ello, la extensión por vía reglamentaria no procede con independencia de las circunstancias específicas del colectivo al que se impone el uso obligado de los medios electrónicos. Antes al contrario, habrán de respetarse escrupulosamente las condiciones que establece la LPAC: acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios –es decir, de aquellos medios concretos que se exigen para poder tramitar un procedimiento por medios electrónicos o para poder sustanciar un trámite– sobre la base de razones de capacidad económica, técnica o dedicación profesional, entre otras. No es válido cualquier criterio, del mismo modo que resulta imprescindible justificar tanto la posibilidad acceso como la disponibilidad de los concretos medios electrónicos exigidos.

De este modo, cualquier disposición de carácter general que incumpla estos requisitos podrá ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa por incumplimiento de la habilitación legal. Asimismo, la motivación será en todo caso un elemento clave, igualmente sometido a control, a la hora de determinar la validez de tales ampliaciones.

Efectivamente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de establecer algunos de los criterios que habrán de tenerse en cuenta en este sentido en su Sentencia de 22 de febrero de 2012 (Rec. 7/2011), en la que se vio llamado a pronunciarse sobre la legalidad del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se imponía la obligación de relacionarse

por medios electrónicos con la Agencia Tributaria a todas las personas jurídicas, con independencia de su naturaleza jurídica y entidad. Interpretando el art. 27.6 LAE, señala que del mismo “se infiere (...) que los criterios establecidos en la ley sobre este punto son: “capacidad económica”, “capacidad técnica”, “dedicación profesional” u “otros medios acreditados”, a los que debe añadirse “que esté garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos” (F.J. 5º) y entiende que todos ellos son cumplidos por las personas jurídicas por el mero hecho de ser tales. La jurisprudencia ha considerado, en particular, que el acceso a los medios electrónicos a los efectos de recibir notificaciones está al alcance de cualquier entidad jurídica, rechazando que las reducidas dimensiones o la carencia de personal administrativo en las mismas sean impedimentos justificativos de la necesidad de practicar notificaciones en papel (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2015, Rec. 1887/2012).

Por todo ello, ha de insistirse en la idea de que la imposición por vía reglamentaria de la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos –con carácter general o para determinados procedimientos o trámites concretos– podrá ser objeto de impugnación por parte de los sujetos afectados. Si bien ha de considerarse que, dada la habilitación legal de carácter general contenida en el art. 14 y reiterada en los arts. 16 y 41 para registros y notificaciones, resulta suficiente con norma de rango reglamentario, no menos cierto es que el derecho fundamental a la defensa conlleva la necesidad no sólo de motivar adecuadamente el tipo de colectivos obligados, sino de justificar que, efectivamente, tienen acceso y disponibilidad de medios electrónicos no sólo por su capacidad económica, sino también técnica. De este modo, cabrá presentar recurso contencioso-administrativo frente al reglamento o recurso indirecto frente al acto administrativo de aplicación del mismo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia a la hora de resolver numerosas impugnaciones en el ámbito tributario en relación con la obligatoriedad de uso de la DEH a efectos de recibir notificaciones practicadas por la AEAT. De hecho, el Acuerdo que se notifica individualmente a los sujetos obligados poniendo en su conocimiento la asignación de una dirección electrónica y la obligatoriedad de su uso, incluye expresamente la posibilidad de impugnación. Por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de octubre de 2015 (Rec. 846/2013) afirma que “si la recurrente no estaba de acuerdo con el contenido del acuerdo

notificado (...) podía haberlo impugnado en la forma que en el mismo acuerdo se expresaba” (F.J. 6º).

Dentro del contexto de los derechos, más allá de lo que acaba de señalarse, se dan dos concretos problemas adicionales respecto de los sujetos obligados. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, a pesar de que el art. 13 reconoce con carácter general el derecho de las personas a recibir asistencia en el uso de los medios electrónicos¹⁴, el 12 excluye del deber de asistencia a los sujetos obligados. Paradójicamente, quienes resultan obligados a utilizar medios electrónicos en sus relaciones con la Administración carecen del derecho de asistencia en el uso de los mismos. Si se tiene en cuenta que entre tales sujetos se encuentran no sólo grandes multinacionales, sino también pequeñas asociaciones o comunidades de vecinos, resulta evidente que en estos casos la asistencia en el uso de los medios electrónicos será fundamental. No basta con remitir a la posibilidad de acudir a la representación electrónica, pues ello no será garantía suficiente de acceso en todos los casos (piénsese en trámites de escasa cuantía, en los que no resulta rentable satisfacer la cuota de la representación, o en colectivos desfavorecidos).

Junto con ello, resulta preciso afirmar que el art. 12, cuando señala quiénes no se encuentran amparados por el deber de las Administraciones Públicas de prestar asistencia en el uso de los medios electrónicos, se refiere única y exclusivamente a los sujetos del art. 14. Por tanto, la exclusión no ampararía las ampliaciones llevadas a cabo en virtud de lo dispuesto en los arts. 16 y 41; efectivamente, si la ampliación por vía reglamentaria es la relativa a la presentación de solicitudes por medios electrónicos o a la recepción de notificaciones por medios electrónicos, el deber de asistencia resulta de obligado cumplimiento.

En cualquier caso, en mi opinión, las Administraciones Públicas, a través de la habilitación legal correspondiente, podrán ampliar internamente tal deber, de modo tal que sus oficinas de asistencia en materia de registros atiendan igualmente a los sujetos obligados cuando éstos carezcan de los medios necesarios para sustanciar un trámite¹⁵.

¹⁴ Sobre esta cuestión, puede verse puede verse COTINO, L: “El derecho y del deber de relacionarse...”, op. cit., págs. 521 y ss.

¹⁵ Así lo ha hecho, por señalar un ejemplo, la Diputación de Castellón a través de su Decreto núm. 2017-0895, de 17 de marzo de 2017, de creación del Registro Público de Funcionarios Habilitados (BOP núm. 36, de 25 de marzo), justificándolo sobre la base de la siguiente motivación, cuya completa reproducción queda justificada por su interés: “Vista la enorme afluencia de ciudadanos que acuden tanto a título individual como en representación de personas jurídicas obligadas electrónicamente a las oficinas de asistencia en materia de registro de la Diputación de Castellón para presentar solicitudes a través de la misma. Visto que todos esos ciudadanos carecen de medios electrónicos suficientes, así como de

Finalmente, también resulta problemática la regulación contenida en el artículo 68.4, en virtud del cual “[s]i alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación”. Una simple lectura del mismo pone de manifiesto que los sujetos obligados pueden perder, de facto, el derecho de subsanación. Efectivamente, el hecho de que se señale como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que materialmente se haya procedido a la subsanación mediante la presentación por medios electrónicos puede implicar que, en los casos en los que el requerimiento de subsanación llegue tarde, el plazo para presentar solicitudes haya expirado, con lo que la subsanación sería extemporánea.

Son varias las dudas en relación con este extremo. En primer lugar, no resulta claro qué habrá de hacerse en los supuestos en los que la Administración detecta el defecto de forma cuando haya terminado el plazo de presentación de solicitudes. ¿Será necesario notificar el requerimiento de subsanación, aun cuando, materialmente, no resulta posible ésta? ¿Se notificará directamente la preclusión del trámite o la extemporaneidad de la solicitud? Junto con ello, en segundo lugar, la solución no puede ser la misma cuando la imposibilidad de requerir subsanación se deba a que el interesado ha presentado defectuosamente su solicitud en fechas próximas a la finalización del plazo respecto de cuando lo haya hecho con antelación suficiente. Dicho sencillamente, el incumplimiento del deber de diligencia de la Administración a la hora de apercibirse del defecto formal

conocimientos específicos o recursos necesarios para realizar el citado trámite en dichas oficinas, a pesar de que la normativa aplicable les impone –concretamente a las personas físicas que obran en representación de personas jurídicas – la tramitación electrónica obligatoria. Considerando que el art. 13 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas reconoce a todas las personas, físicas y jurídicas, con capacidad de obrar el derecho a ser asistido en el uso de los medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Considerando que el art. 12.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 que así lo soliciten, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas. Considerando, asimismo, que si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. Considerando que es singularmente preciso abordar un proceso general de alfabetización digital por parte de esta Corporación destinado a todos y cada uno de aquéllos colectivos que por motivos de índole económico, territorial, social o de cualquier tipo, carecen de las herramientas, los conocimientos y los recursos necesarios para relacionarse con plenas garantías jurídico – tecnológicas con esta Diputación”.

en la presentación de la solicitud habrá de tener consecuencias para ella misma y no para el administrado.

En cualquier caso, es claro que una regla de esta naturaleza rompe con el principio de mantenimiento de las garantías procedimentales existentes en las relaciones presenciales ante el uso de los medios electrónicos. Por esta razón, sumado a lo que acaba de decirse, quizás podría llevarse a cabo una interpretación del precepto favorable al interesado, en línea con el principio *pro actione*, en el sentido de entender que la solicitud surtirá efectos a partir del momento en el que se ha realizado la subsanación pero únicamente a los efectos de inicio del cómputo del plazo para resolver, considerándose presentada en el momento en el que fue registrada en papel¹⁶.

IV.- ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

Aunque quizás la litigiosidad en relación con las cuestiones que van a ser expuestas a continuación se produzca en menor escala, resulta conveniente formular una serie de dudas en relación con la regulación de los derechos en la LPAC.

1.- Del derecho a relacionarse con la Administración por medios electrónicos al derecho a comunicarse con la Administración a través del Punto de Acceso General Electrónico

La LPAC ha dejado de lado la fuerte opción del Legislador de 2007 por el derecho a relacionarse con las Administraciones por medios electrónicos y, además, ha renunciado a introducir garantías del cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen jurídico de la Administración electrónica. Efectivamente, disgrega completamente el catálogo de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos al eliminar el reconocimiento del genérico derecho antes citado y al diferenciar entre derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas y derechos del interesado en el procedimiento administrativo.

¹⁶ COTINO sugiere la posibilidad de que la regulación específica por vía reglamentaria de cada procedimiento pueda contener una regulación más favorable para el administrado señalando expresamente que la solicitud se entiende presentada en el momento en el que se ha hecho materialmente, aun por medios presenciales, “El derecho y del deber de relacionarse...”, op. cit., págs. 520.

Entre los primeros, regulados en el art. 13, se contemplan dos de los derechos ya recogidos por la LAE: el derecho a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. Junto con ello, se añaden otros dos nuevos derechos. De un lado, el derecho “*a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración*”; de otro, el derecho a “*a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas*”.

Tal derecho a comunicarse con las Administraciones a través del Punto de Acceso General Electrónico resulta ciertamente vago en cuanto a su reconocimiento y contenidos y, desde luego, más limitado aún en cuanto a su alcance¹⁷, lo cual es ciertamente criticable por la centralidad que le atribuye la nueva regulación. Aunque el art. 14 mantiene el carácter voluntario del uso de los medios electrónicos al establecer que “*las personas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de los medios electrónicos o no*” y conserva la posibilidad de modificar la opción inicial al señalar que “*el medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento*”, resulta evidente que la ausencia del reconocimiento de un derecho general a relacionarse con la Administración por medios electrónicos con sustantividad propia y no meramente instrumental hace perder fuerza a la posición del ciudadano ante la Administración. De un lado, el nuevo derecho se está restringiendo únicamente a un género de relación, como es la comunicación; de otro, se determina un único instrumento a tales efectos, el punto de acceso electrónico, cuya configuración, además, depende de la propia Administración, puesto que ni la LPAC ni la LRJSP regulan condición alguna de creación ni requisitos mínimos que haya de respetar su funcionamiento.

A todo ello han de añadirse dos comentarios adicionales. La LPAC no define qué ha de entenderse por Punto de Acceso General Electrónico de la Administración, de modo tal que no resulta posible concretar con claridad en qué se traduce el derecho a comunicarse con las Administraciones a través del mismo. Al mismo tiempo, a pesar de que el art. 13

¹⁷ Vid. COTINO, L: “El derecho y del deber de relacionarse...”, op. cit., págs. 480 y ss.

reconoce el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos a todas las personas, en realidad, el art. 12 introduce un doble matiz que restringe su alcance: se refiere sólo a los interesados (*“asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados”* es su título) y, como ha sido expuesto, configura el deber de asistencia de las Administraciones Públicas sólo para los interesados que no estén obligados al uso de los medios electrónicos, excluyendo expresamente a quienes sí lo están que, paradójicamente, pueden estar más necesitados de asesoramiento y asistencia precisamente al no poder optar por el medio presencial y la tramitación en papel. Añade, además, un tercer matiz, puesto que señala que tal deber será exigible *“especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través de registro electrónico general y obtención de copias auténticas”*. Aunque la expresión “especialmente” permite entender que no se trata de un *numerus clausus*, puede llevar a las Administraciones a implementar sistemas de asistencia centrados exclusivamente en estos concretos extremos, descartando el resto.

La pregunta que puede plantearse, ante esta regulación, es qué ocurre en los casos en los que una Administración carece de un Punto de Acceso General Electrónico. La primera consecuencia es que no resultaría exigible el cumplimiento del deber de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. La segunda que, al tratarse de una obligación de prestación, concreta y especial, no sometida a ninguna condición, quedaría abierta la posibilidad de presentar recurso por inactividad en vía contencioso-administrativa con el fin de lograr la condena a su creación o a la adhesión a algunos de los existentes previa firma del correspondiente convenio.

A los derechos contemplados en el art. 13 han de añadirse los reconocidos en el art. 53 para quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento administrativo, que son los siguientes:

–conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos, así como obtener copia de los documentos incorporados al expediente, todo ello a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso. Se fortalece así el derecho tímidamente reconocido en la LAE, si bien no se apuran todas las posibilidades que ofrece la tecnología, puesto que, en coherencia con el hecho de que el procedimiento administrativo será gestionado por medios electrónicos a nivel interno, podría haberse establecido la obligatoriedad de informar de cada concreto trámite realizado y del concreto estado del mismo en tiempo real.

–cumplir con las obligaciones de pago por medios electrónicos. En este sentido, el art. 98.2 establece la preferencia, salvo imposibilidad de hacerlo (que deberá ser debidamente justificada), del medio electrónico para satisfacer las deudas con la Hacienda Pública. Se enumeran expresamente como instrumentos posibles el uso de las tarjetas de crédito o débito, la transferencia bancaria y la domiciliación bancaria, sin perjuicio de otros que puedan ser autorizados (particularmente, aunque no se menciona, las pasarelas de pago). El hecho de que el precepto se ubique en el capítulo relativo a la ejecución de los actos administrativos y bajo el título de “*ejecutoriedad*” podría dar a entender que la posibilidad de pago electrónico sólo abarca aquellos supuestos de exacciones administrativas. Su conexión con el art. 53.1 h), sin embargo, que reconoce el derecho de los interesados a cumplir con las obligaciones de pago, sean cuales sean, a través de los medios citados, pone en evidencia que ampara igualmente la posibilidad de pagar por esta vía cualquier tipo de obligación pecuniaria frente a la Administración. Confirma esta idea el hecho de que el art. 16, que regula los registros, permite en su sexto apartado hacer efectivo mediante transferencia cualquier cantidad que haya que satisfacer en el momento de presentación de documentos a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de abono por otros medios.

–no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate que ya estén en poder de las Administraciones Públicas o hayan sido elaborados por ellas. Este derecho, parcialmente novedoso, supone una ampliación del hasta ahora vigente derecho a no presentar datos o documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas. Efectivamente, de un lado se vincula la no exigibilidad a la normativa reguladora del procedimiento administrativo, con lo que la correspondiente aplicación o formulario electrónicos no deberán solicitar del interesado documentos o datos que no estén expresamente contemplados en ella; de otro lado, deja claro que no sólo podrán no presentarse documentos y datos que obren en poder de las Administraciones por haber sido presentados con anterioridad, sino que incluye asimismo aquellos que ya posean por haber sido elaborados por ella misma o puedan poseer por ser obra de una Administración Pública. El ejercicio de este derecho requiere el consentimiento por parte del titular de los datos a que el órgano actuante los recabe o consulte, consentimiento que se presumirá otorgado salvo oposición expresa del interesado, tal y como establece el art. 28.1. Ello ha de ser valorado muy positivamente, puesto que, de lo contrario, la ausencia de consentimiento expreso impide el acceso a la

información y se desaprovechan las posibilidades que ofrecen las TIC. La contrapartida del mismo es la obligación de todas las Administraciones de dotarse de instrumentos adecuados para acceder por medios electrónicos a tal información. Uno de ellos es la denominada Plataforma de Intermediación, un servicio de verificación y consulta de datos que permite la comprobación automatizada de información obrante en los archivos de las Administraciones Públicas, previa identificación de quien solicita el acceso (que deberá estar convenientemente autorizado para ello) y acreditación de la finalidad del mismo, con constancia de la información consultada y garantías de protección de datos de carácter personal.

La presunción del consentimiento, si bien ha de ser acogida favorablemente, puede plantear problemas desde la perspectiva del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Tanto en su Considerando 32 como en su articulado señala que el consentimiento debe darse mediante acto afirmativo y claro (como ocurre en el caso en el que se marca una casilla en un formulario web), de tal modo que ni el silencio ni la inacción deben poder constituir consentimiento. Se da, pues, una contradicción entre este Reglamento europeo (una vez que entre en vigor) y la previsión del artículo 28, que llevaría en su caso a la inaplicación del precepto nacional en virtud del principio de primacía. Aun así, considero que cabría una interpretación conforme en el sentido de que si, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, el ciudadano ha llevado a cabo un acto afirmativo claro de consentir ese uso, es decir, si de su actuación consistente en la no presentación de documentos se puede deducir que está consintiendo inequívocamente que la Administración recabe la información, entender consentido el acceso ante tales circunstancias no vulneraría lo establecido en el Reglamento. En este caso no se estaría ante un simple silencio o inacción, sino ante una especie de omisión voluntaria indicadora del deseo de que sea el órgano actuante el que obtenga a la información requerida en la normativa aplicable.

2.- Las decisiones sobre los sistemas de identificación y firma electrónica

Una de las novedades más significativas de la LPAC, destacada por su propia Exposición de Motivos, es la relativa a la separación entre identificación y firma electrónica y a la simplificación de los sistemas para cumplir ambas funciones.

La LPAC, tras señalar la obligación de las Administraciones de verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, diferencia en sus arts. 9 y 10 entre sistemas de identificación y sistemas de firma.

Dentro de los primeros, después de incluir como exigencia general de carácter previo que todo sistema cuente con un registro previo como usuario que permita acreditar la identidad del titular –sin concretar, en cambio, cómo hacerlo–, señala entre los admisibles los sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica o de sello electrónico expedidos por prestadores autorizados y los sistemas de clave concertada o cualquier otro que se considere válido bajo las condiciones que se establezcan. Corresponde a cada Administración Pública determinar si admite todos o algunos de ellos, así como establecer la relación entre tipo de identificación y trámite o procedimiento. Como límite, se exige que la admisión de los sistemas de identificación “flexible”, no basados en certificados electrónicos, implique la posibilidad de usar todos los demás. Además, se señala que la aceptación por la Administración General del Estado de alguno de estos sistemas servirá por sí misma para acreditar la identidad frente al resto de Administraciones, salvo prueba en contrario. No prevé, sin embargo, la reciprocidad, lo cual es una muestra de la visión excesivamente centralista de la regulación. En todo caso, habrá de entenderse que la validez del sistema de identificación dependerá no tanto de la decisión de aceptación como del nivel práctico de seguridad del mismo.

Para los segundos se sigue la misma metodología expositiva. Una vez establecido que podrá firmarse por cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y del consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento firmado, se señalan una serie de instrumentos concretos que se consideran válidos: sistemas de firma reconocida o cualificada o de sello electrónico reconocido o cualificado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica o de sello electrónico, expedidos por prestadores autorizados, así como

cualquier otro que las Administraciones consideren válido en las condiciones que se establezcan¹⁸.

Desaparece así la opción por el DNI electrónico como identificador universal (aunque, obviamente, se trata de uno de los instrumentos que podrán ser utilizados para identificarse y firmar, pues está basado en certificado reconocido), y la suficiencia de la firma electrónica avanzada. Se busca con esta nueva regulación adaptar nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto respecta a la identificación y autenticación ante las Administraciones Públicas, a lo previsto en el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. Esta norma considera los sistemas de identificación como cuestión relativa a la soberanía de los Estados Miembros y los sistemas de autenticación como prestación de servicios de confianza, es decir, actividad de carácter mercantil, de competencia de la Unión por sus implicaciones directas para el mercado interior. De ahí se deriva la exigencia que contiene la LPAC, tanto para los sistemas de identificación como para los sistemas de firma, de que los certificados hayan sido expedidos por prestadores incluidos en la “*Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación*”. Además, ha de tenerse presente que el reglamento elimina los certificados de personas jurídicas; el papel de los apoderamientos será fundamental en el ámbito de las empresas.

La diferenciación entre identificación y firma tiene sentido si se parte de la siguiente premisa. La firma electrónica se define como 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. Firma electrónica, por tanto, puede ser desde el universalmente aceptado par de claves en el marco de una infraestructura de clave pública (PKI), hasta una simple clave de acceso al contenido de una web. El concreto tipo de firma exigible dependerá del nivel de seguridad que requiera el trámite o procedimiento. Con el término identificación se hace referencia a la comprobación de la identidad del firmante, mientras que el segundo se relaciona con el documento –en sentido amplio– firmado. Así, mientras que la identificación estaría relacionada con la vertiente subjetiva de la firma, esto es, la persona del firmante, la autenticación lo estaría con la vertiente

¹⁸ Para un estudio de estos sistemas puede verse I. ALAMILLO DOMINGO, “La identificación y la autenticación por medios electrónicos,” en ALMEIDA CERREDA y MÍGUEZ MACHO (Dirs.), *La actualización de la Administración Electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, págs. 107 a 173.

objetiva, es decir, el documento objeto de firma. Con la firma electrónica, entendida en sentido amplio, se cumplirían ambas exigencias: queda comprobado que el firmante electrónico es quien dice ser y se constata que su voluntad es la plasmada en el documento electrónico. De este modo, en función del concreto tipo de operación que desee realizarse por medios electrónicos, se necesitará mostrar la identidad o, además, autenticar la voluntad: siempre será necesario identificarse; no siempre lo será, en cambio, expresar la propia voluntad. Esta diferencia será necesariamente uno de los criterios que se tengan en cuenta a la hora de determinar el tipo de sistema de identificación y firma exigibles en cada concreto procedimiento. Desde la perspectiva del acceso a las Administraciones Públicas, no es lo mismo que para la sustanciación del trámite simplemente se necesite conocer la identidad de quien quiere realizarlo (por ejemplo, relaciones unidireccionales) a que sea preciso, además, manifestar la propia voluntad (transacciones electrónicas). La razón de la diferenciación radica en permitir a las Administraciones una mayor flexibilidad a la hora de determinar el nivel de seguridad que van a exigir para la sustanciación del trámite o del procedimiento, en función de la entidad del mismo y de las consecuencias que puedan derivarse, todo ello en aplicación del principio de proporcionalidad.

Esta es la lógica que utiliza la LPAC al diferenciar entre sistemas de identificación y sistemas de firma y al establecer, en su art. 11, que, con carácter general, para la sustanciación de las actuaciones previstas en el procedimiento administrativo bastará con acreditar la identidad, requiriéndose la firma sólo para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos.

Sin embargo, tal lógica se rompe al hacer posible el uso de los sistemas de identificación como sistema de firma. Efectivamente, el art. 10.3 establece que, cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir como sistema de firma los sistemas de identificación contemplados cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y el consentimiento de los interesados –lo cual es razonable en relación con los sistemas de firma que cumplen ambas funciones–; además, el cuarto apartado precisa que, cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los regulados por la Ley su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma. En definitiva, ambos planteamientos hacen perder virtualidad a la distinción. Basta una relectura de los trámites para los que se requiere

firma para comprobar la amplitud de los mismos y tener presente la posibilidad de hacer uso de estos sistemas para cumplir la función de identificación para concluir que su empleo en la práctica no será tan excepcional como parece.

La regulación se entiende mejor si se toma en consideración que está claramente pensando en el conjunto de modalidades de firma incorporadas al sistema cl@ve¹⁹, que es la propuesta de la AGE para dar cumplimiento al Reglamento eIDAS, optando por un sistema de nivel de seguridad sustancial.

Por su parte, los sistemas de identificación y los sistemas de firma de las Administraciones Públicas quedan regulados en la LRJSP, que distingue entre actuación administrativa automatizada (para la que mantiene tanto el sello electrónico, basado en certificado, como el código seguro de verificación de firma, asignación numérica única vinculada a un documento que depende de la Administración actuante); personal al servicio de las Administraciones Públicas (a través de firma del titular del órgano o de empleado público, con certificado de atributos, y eliminando la posibilidad de que los empleados hagan uso de su DNI personal a estos efectos); y sede electrónica (certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web, con posibilidad de optar por medios equivalentes, sin precisar en este último caso las condiciones que han de cumplir). En relación con este extremo no existen, por tanto, novedades significativas de contenido, pero sí de forma, dado que el precepto que regula la actuación administrativa automatizada (el art. 41 LRJSP) posee carácter básico, a diferencia de lo que ocurre con el art. 39 LAE, con lo que las previsiones relativas a la programación del sistema de información, cuyo conocimiento es necesario para el control de la legalidad de la actuación, resultarán de aplicación también a las Comunidades Autónomas y los entes locales.

En cualquier caso, teniendo en cuenta estas previsiones, está claro que la decisión de la Administración acerca de cuándo exigir identificación y cuándo firma, así como sobre el concreto tipo de sistema de identificación y autenticación de la voluntad exige en relación con trámites y procedimientos, no es enteramente libre. Efectivamente, tales decisiones deben respetar siempre tanto los requisitos exigidos para la presentación de solicitudes, como el principio de proporcionalidad. Puede ilustrar esta idea tener presente dos ejemplos.

¹⁹ Así lo mantiene E. GAMERO CASADO en “Panorámica de la Administración electrónica...”, op. cit, pág. 11.

El art. 9 es claro al exigir a las Administraciones Públicas “*verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente*” y que todo sistema de identificación por medios electrónicos ante las Administraciones Públicas “*cuenta con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad*”. Resulta contrario a tal exigencia la posibilidad de presentar una solicitud de acceso a información pública sin utilizar ningún tipo de sistema de identificación²⁰. También lo es la posibilidad de presentar una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a través del envío de un simple correo electrónico. Efectivamente, el propio órgano ha elaborado un sencillo formulario de reclamaciones que puede ser remitido por esta vía²¹. El mismo se encuentra disponible en su página web institucional²², a través de un enlace que lleva directamente al archivo –un pdf cumplimentable que puede descargarse y guardarse–, y exige identificación (únicamente nombre y apellidos; curiosamente el número de DNI no se requiere con carácter obligatorio), lugar y medio a efectos de notificaciones, así como indicación del acto frente al cual se presenta la reclamación y las razones de la misma. De este modo, se simplifica al máximo la posibilidad de reaccionar frente a las decisiones administrativas en materia de acceso que no satisfagan a sus destinatarios. Sin embargo, se hace a costa de varias de las garantías mínimas exigibles en las relaciones por medios electrónicos en función de lo previsto en la LPAC: las relativas a la constancia de la entrada de la reclamación en el registro del Consejo, momento en el que se inicia el cómputo del plazo para resolverla; y las que afectan a la identificación –electrónica– del reclamante y del órgano ante el que se presenta la reclamación y a la manifestación –por medios electrónicos– de la voluntad del

²⁰ Así ocurre, por ejemplo, en Castilla-La Mancha, donde el formulario a tales efectos puesto a disposición en el Portal de Transparencia autonómico exige identificación de la persona con nombre y apellidos y DNI, pero no un registro previo como usuario, puesto que se permite que la solicitud se presente directamente mediante la remisión del formulario cumplimentado conectado. http://pagina.jccm.es/administracion_electronica/formularios/SAIP.phtml?SER_ID=KK0&PROC=SAIP (Última fecha de consulta: 17/12/2017). Insisto en que, en mi opinión, ésta debería ser la opción general del Legislador en un ámbito con el de la transparencia, pero lo cierto es que el Legislador del procedimiento común exige tal registro previo y que la LTBG no ha establecido especificidad alguna al respecto.

²¹ Este es también el medio previsto en los Convenios entre el Consejo de Transparencia y las Comunidades Autónomas que han atribuido al mismo la competencia para resolver las reclamaciones en materia de acceso a los efectos de que el órgano autonómico que corresponda remita las reclamaciones y su documentación complementaria presentadas por los ciudadanos en los registros autonómicos frente a decisiones dictadas por la Administración autonómica o las entidades locales del territorio.

²² [http://www.consejodetransparencia.es/ct Home/te-ayudamos/Formularios.html](http://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/te-ayudamos/Formularios.html) (Última fecha de consulta: 15/12/2017).

primero de impugnar. La citada norma ha querido que la sede electrónica sea el marco de referencia para el ejercicio de las competencias administrativas y las relaciones entre Administración y ciudadano. En definitiva, la consecuencia de la procedimentalización del ejercicio del derecho de acceso por la que ha optado la LTBG es precisamente la exigencia de garantizar el cumplimiento de los requisitos de identificación o control de tiempos, entre otros. Más allá de que se pueda compartir materialmente la opción por flexibilizar los requisitos de identificación y autenticación electrónica en estos ámbitos, lo cierto es que las opciones citadas implican incumplimiento de las exigencias de la LPAC.

Junto con ello, en segundo lugar, el principio de proporcionalidad lleva a dudar de la legalidad –por desproporcionada– de la exigencia de los medios de identificación y firma incorporados en el sistema cl@ve para la presentación de una simple solicitud de acceso a información pública en ejercicio del derecho reconocido en la LTBG, sobre todo si se tiene en cuenta que en otros ámbitos resulta posible hacer uso de otros sistemas más flexibles además de los citados (por ejemplo, para confirmar el borrador de la renta).

V.- EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

1.- Una visión general de la nueva regulación de las notificaciones electrónicas

El principal problema que se plantea respecto del régimen jurídico de la Administración electrónica, por ser el más directamente relacionado con la eficacia de la actuación administrativa y con las garantías de los derechos de los interesados, tiene que ver con las notificaciones administrativas.

La LPAC introduce varias novedades significativas respecto de esta materia.

En primer lugar, el art. 41 señala que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos. En realidad, se trata en esencia de una simple declaración programática, puesto que en el caso de los sujetos obligados al uso de los medios electrónicos la práctica de las notificaciones siempre se realizará por esta vía (de hecho, se reitera en el quinto párrafo del primer apartado del mencionado precepto la posibilidad de establecer por vía reglamentaria la obligación de practicar notificaciones por medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas respecto de los que quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de medios

electrónicos), mientras que en el resto de supuestos constituirá una opción del ciudadano, vinculante para la Administración en el caso de que se opte por la misma. Por tanto, la preferencia no es tal desde esta perspectiva, porque no hay margen decisorio para la Administración actuante respecto del medio para la práctica de la notificación. Sí tiene, sin embargo, una doble manifestación importante. En primer lugar, todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración actuante para que pueda acceder a su contenido de manera voluntaria, en cuyo caso, además, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan practicar por medios electrónicos (art. 42, apartados 1º y 3º). En segundo lugar, y en línea con esta misma finalidad, se establece la posibilidad de que los interesados no obligados a recibir notificaciones electrónicas decidan en cualquier momento que las notificaciones sucesivas se practiquen por esta vía, para lo cual tendrán que comunicar esta opción a la Administración actuante a través de los modelos normalizados establecidos al efecto (art. 41.1). Nótese que se deja en manos de la Administración la concreción del medio para permitir el ejercicio de una facultad de los interesados.

Para dar a conocer a los interesados que están relacionándose con la Administración por medios convencionales la existencia de una notificación puesta a su disposición en sede electrónica, se determina la obligatoriedad de enviar un aviso al dispositivo electrónico y/o al correo electrónico por ellos indicados. Es una manera de fomentar el uso de los medios electrónicos por parte de los interesados no obligados que debe valorarse positivamente, siempre que no se utilice de forma desfavorable para el ciudadano y el concreto sistema de notificación evidencie que el acceso a su contenido posee efectos notificadores desde ese momento y no desde el momento en que recibe la notificación en papel. Aunque no queda claro si el acceso a la notificación por comparecencia en sede electrónica exime a la Administración de notificar en papel, debe entenderse que no es así, por dos razones: de un lado, porque resulta más garantista para el interesado que, aunque haya accedido al contenido de la notificación por medios electrónicos, tendrá la posibilidad de recibir la resolución administrativa también en papel; de otro, porque el tenor literal del art. 42.1 da a entender que ambos medios de notificación son acumulativos: las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en sede electrónica. En consecuencia, sólo en el supuesto de que el interesado manifieste expresamente su voluntad de que el resto de notificaciones

se puedan realizar por medios electrónicos la Administración actuante estará facultada para prescindir de la práctica de la notificación en papel.

La segunda de las novedades radica en el hecho de que se descarta el correo electrónico como medio para la práctica de las notificaciones administrativas, optando expresamente –y de manera limitativa–, por la dirección electrónica habilitada (a la que ahora se le añade como segundo apellido el de “única”) y por la notificación por comparecencia en sede electrónica (a la que se accederá a estos efectos a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración). Efectivamente, la normativa anterior permitía el empleo de correos electrónicos convencionales para la práctica de notificaciones administrativas por medios electrónicos siempre que existiera constancia del momento de entrega de la notificación en el buzón del destinatario y del momento de acceso a su contenido. Es más, nada impedía que la notificación electrónica se practicara por cualquier medio, incluso aunque no reuniera las condiciones exigidas para las comunicaciones electrónicas; la consecuencia de ello es que queda en manos del destinatario de la notificación la determinación del momento en el que ésta surte efectos, pudiendo optar entre darse por notificado o no. Sin embargo, esta posibilidad parece desaparecer, dado que la LPAC no ha regulado la práctica de las notificaciones de una manera generalista, estableciendo las condiciones y dejando cierta libertad en cuanto a los concretos medios, sino que, por el contrario, realiza una clara opción por dos sistemas de notificación, que serán los únicos posibles y, más aún, válidos.

Así se deduce del tenor literal del art. 43, según el cual las notificaciones por medios electrónicos *“se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas”*. También se deriva de lo previsto en el último inciso del art. 41.1, cuando precisa que la identificación por parte del interesado de un dispositivo electrónico y/o de una dirección de correo electrónico servirá a los efectos de recibir avisos complementarios, *“pero no para la práctica de las notificaciones”*.

Como consecuencia de lo anterior –para evitar al ciudadano, que resulta indirectamente obligado a recibir notificaciones a través de medios electrónicos que no maneja habitualmente, la carga de consultar periódicamente su DEHU o identificarse en la sede para comprobar si tiene alguna notificación–, la tercera de las novedades es precisamente la introducción de la obligación para la Administración de enviar un aviso complementario al dispositivo electrónico (móvil, normalmente) o a la dirección de

correo deseados por el interesado si este así lo indica. Así se deriva de lo dispuesto tanto en el art. 41.1 cuando prevé la posibilidad del interesado de identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico a los efectos de recibir en ellos un aviso complementario de notificación, como en el art. 41.6, de conformidad con el cual se establece el correlativo deber de las Administraciones Públicas de enviar ese aviso complementario –exigible también en el caso de práctica de notificaciones en papel–. Sin embargo, el teórico derecho a recibir tal aviso y la supuesta obligatoriedad de practicarlo quedan desarticulados y pueden resultar más aparentes que reales si se tiene en cuenta que el propio art. 41.6 precisa en su inciso final que la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida, algo ya anticipado en la Exposición de Motivos mediante el empleo de la cláusula “*siempre que esto sea posible*”. Nuevamente, queda en manos de la Administración actuante el cumplimiento de una obligación, sin que el incumplimiento tenga consecuencias jurídicas.

A todo ello ha de añadirse un importante matiz final: el incumplimiento de algunos de los requisitos que debe reunir la práctica de una notificación administrativa afecta a su validez y, en consecuencia, a la eficacia del acto administrativo. Efectivamente, el art. 41.1 señala en su tercer inciso que “*las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna de remitente y destinatario de la misma*”. Nótese que se aplica con carácter general a todas las notificaciones, tanto las practicadas por medios electrónicos como las practicadas en papel. Además, se refiere específicamente a las notificaciones, y no a las comunicaciones en general. Por tanto, cuando el sistema empleado no cumpla estas condiciones deberá entenderse que la notificación es inválida y el acto administrativo ineficaz. En el plano teórico, no resultaría posible aplicar lo previsto en el art. 40.3, en el sentido de que las notificaciones que omitan alguno de los requisitos surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la misma porque expresamente se remite a los contemplados en el precepto anterior: indicación de si la resolución pone o no fin a la vía administrativa, expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que han de presentarse e indicación del plazo para interponerlos. Sin embargo, en la práctica, muy difícilmente podrá atacarse la falta de eficacia de un acto administrativo

notificado deficientemente por medios electrónicos cuando haya sido conocido por el interesado y éste haya actuado en consecuencia, como se expondrá a continuación.

En cuanto al régimen jurídico de la práctica de las notificaciones administrativas por medios electrónicos, sólo podrán válidamente realizarse a través de los sistemas contemplados: DEHU o sede electrónica. La opción por uno u otro –o por ambos– no corresponde al interesado, sino a cada Administración Pública. Respecto del primero de ellos, aunque la Ley no aclara si el adjetivo de única se refiere a todas las Administraciones o a cada nivel territorial, resulta evidente que no puede imponerse por Ley estatal esta opción a las Comunidades Autónomas, pues afectaría a su ámbito competencial constitucionalmente reservado; por tanto, cada Administración, en el caso de que decida implantar el sistema, deberá garantizar que la dirección electrónica atribuida al interesado es válida a efectos de recepción de todas las notificaciones por parte de los órganos integrados en su nivel territorial. Todo ello, sin perjuicio de que el resto de Administraciones Públicas se adhieran voluntariamente al sistema de dirección electrónica habilitada desarrollado por el Estado. Respecto de la notificación en sede electrónica, a pesar de que se haga mención al Punto de Acceso General Electrónico, deberá entenderse que el mismo sólo opera como puerta de acceso a la sede, pues es ésta y no aquél la que está debidamente configurada para cumplir con todos los elementos que hacen válida la misma. Por tanto, la notificación será practicada en la sede –y no en cualquiera, sino en aquélla de la que sea titular la Administración actuante– y el interesado, tras identificarse convenientemente en el contexto de la misma, accederá en ella al contenido de la notificación.

El art. 43 señala expresamente que las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en el que se produzca el acceso a su contenido. De este modo, la notificación en sede produce efectos desde el acceso por el interesado o su representante, debidamente identificado, al enlace que conduce a la resolución administrativa objeto de notificación; la notificación a través de dirección electrónica única habilitada también producirá efectos a partir del momento de acceso al mensaje ubicado en el buzón.

Una vez depositada la notificación en la DEHU o puesta a disposición en la sede electrónica, si transcurrieran diez días –naturales– sin que el interesado acceda a su contenido, ésta se entenderá rechazada, como ocurría con la normativa anterior. La consecuencia de esta presunción de rechazo es que el trámite se entenderá efectuado y el

procedimiento continuará su curso. Sin embargo, nuevamente, se incorporan dos particularidades que pueden pasar desapercibidas pero que tienen importantes efectos. De un lado, se omite la exigencia de que exista constancia de la puesta a disposición; de otro, se elimina la facultad de romper la presunción de rechazo si el interesado puede demostrar la imposibilidad técnica o material del acceso. Además, no se establece expresamente el deber de que, incluso aunque se haya producido el rechazo por transcurso del tiempo, el mensaje o la disposición continúen disponibles durante un tiempo –al menos, el equivalente a los plazos para impugnar el acto objeto de notificación– con el fin de que su destinatario pueda conocerlo. De este modo, se perjudica gravemente la posición del interesado.

Efectivamente, se señala que se entenderá cumplida la obligación de resolver en plazo con la simple puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única (lo cual es razonable), pero se evita blindar la obligación de comunicar tal hecho al destinatario de la notificación al establecer, como ha sido mencionado, que la omisión –voluntaria o involuntaria– del aviso complementario no tendrá efectos sobre la validez de la notificación y al no regular qué ocurre en los supuestos en los que falla la sede o el sistema de gestión de la DEHU. Se establece pues, de manera encubierta, la obligación del interesado de acceder a las sedes electrónicas o a su dirección electrónica habilitada única en muy cortos espacios de tiempo para comprobar si tiene alguna notificación, lo cual es poco realista. Quedaría en manos de la Administración la implementación de sistemas garantistas que, de manera automatizada, envíen aviso complementario de notificación en el mismo instante de la puesta a disposición de ésta en uno de los mencionados sistemas.

Por último, se ha añadido en el art. 41.7 una indicación para los supuestos en los que el interesado es notificado por distintos cauces, en cuyo caso se tomará como referencia la fecha de notificación que hubiera sido practicada en primer lugar.

La exposición general de los mismos permite poner de manifiesto que la nueva regulación plantea no pocas dudas que deben ser resueltas para una correcta lectura del nuevo régimen jurídico de las notificaciones administrativas en la que predomine el equilibrio entre la eficacia de la acción administrativa y el derecho de defensa del interesado.

Son varios los problemas que se plantean. En primer lugar, el artículo 41 LPAC señala que para que las notificaciones se puedan practicar válidamente por medios electrónicos deben cumplirse dos requisitos: constancia y consentimiento u opción por parte del sujeto

no obligado por este medio. Más allá de que, en el caso de los sujetos no obligados, es necesaria la expresión del consentimiento o la manifestación de voluntad del uso de los medios electrónicos para la práctica de las notificaciones, el concreto sistema de notificación empleado ha de permitir acreditar los extremos antes mencionados; de lo contrario, estaríamos ante el incumplimiento de un requisito de validez de la notificación. En segundo lugar, el art. 43 sólo contempla dos instrumentos de notificación como válidos y permitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas, con lo que surge la duda de qué ocurre cuando se hace uso de otros sistemas alternativos. En tercer lugar, la LPAC prevé que si transcurrieran 10 días naturales desde la puesta a disposición sin que el interesado haya accedido a su contenido, la notificación se presumirá rechazada y el procedimiento seguirá su curso; no queda claro, sin embargo, si se puede aplicar esta misma afirmación en los casos en los que ha existido imposibilidad técnica o material de acceso demostrable por parte del interesado. Por último, conviene plantearse con mayor profundidad de la que emplea la LPAC qué ocurre ante la ausencia de aviso complementario de notificación.

2.- Algunas pautas jurisprudenciales sobre la práctica de las notificaciones electrónicas

A diferencia de lo que ocurre con relación a las cuestiones problemáticas expuestas en los epígrafes anteriores, sí existe una incipiente jurisprudencia sobre las notificaciones electrónicas que permite dar respuesta a algunas de las dudas planteadas.

Los Jueces y Tribunales son constantes al exigir la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso y al considerar excepcional la nulidad de pleno derecho de las actuaciones administrativas cuando no se cumplan algunos de los requisitos para la práctica de las notificaciones administrativas, en general, y de las electrónicas, en particular. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18/01/2016 (Rec. 17/2015) contiene un buen resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que se reproduce por su claridad: “Como señala, de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ad exemplum sentencia de 21 de junio de 2006), el procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: servir de garantía a los derechos individuales y, con respecto a la Administración, contribuir al acierto de las resoluciones administrativas. De aquí que el ordenamiento jurídico atribuya diversas consecuencias a los defectos de procedimiento

en función de la gravedad de los mismos (...). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto a la apreciación de la nulidad radical, señalando que la consistencia de los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad, deben ser de tal magnitud que “es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000). (...) la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo (...) llega a la conclusión que los defectos de notificación (...) producen la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues ante la falta del conocimiento del acto administrativo, no puede ejercer los recursos o acciones pertinentes, cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso” (FJ 3º).

En este sentido, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011, continúa afirmando que “en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en los términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución” (...). El rigor procedimental en materia de notificaciones no tiene su razón de ser en exagerado formulismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución. (...) las exigencias formales sólo se justifican en el sentido y en la medida en que cumplen una finalidad; todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano y las partes no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido; el objeto de toda notificación administrativa y de las formalidades de que ha de estar revestida, para tener validez, es el de garantizar que el contenido del acto (...) llegue al conocimiento del obligado; los requisitos formales de las notificaciones, que las diferentes normas invocadas establecen, tienen por finalidad garantizar que el contenido

del acto administrativo llegue cabalmente a conocimiento del interesado y que incluya los medios y plazos de impugnación, de forma que, cuando ese fin está cumplido, pierden las referidas formalidades su razón de ser y cualesquiera que sean otras consecuencias que pudieran producir su inobservancia, lo que no puede causar es la anulación de la notificación misma pues sería absurdo convertir el medio (el requisito garante de que la notificación se produce) en el fin de sí mismo; en fin, lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas, de manera que cuando se discute acerca del cumplimiento de las formalidades legales, sobre el cómo han de hacerse las notificaciones, lo decisivo no es que se cumplan estas previsiones legales, sino que efectivamente el sujeto tenga o haya podido tener conocimiento efectivo del acto notificado. En otros términos, y como viene señalando el Tribunal Constitucional, ni toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE ni, al contrario, una notificación correctamente practicada en el plano formal supone que se alcance la finalidad que le es propia, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece (...). Por la misma razón, no cabe alegar indefensión material cuando el interesado colaboró en su producción ni, desde luego, cuando ha rehusado personalmente las notificaciones”.

En definitiva, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13/05/2015 (Rec. 3529/2014), “el incumplimiento de los requisitos formales de las notificaciones no les priva de efectos cuando el órgano jurisdiccional, en virtud de las circunstancias concurrentes, llega a la convicción de que el obligado tributario (léase interesado en general) ha recibido la comunicación objeto de notificación. Contrariamente, y por idéntica razón y pese a cumplirse los requisitos legales, el Tribunal llega a la convicción de que la notificación no ha llegado al conocimiento del interesado, lo que permitiría privar de efectos a la notificación efectuada” (FJ 3º).

Entre tales circunstancias, en coherencia con la jurisprudencia constitucional, predominan las tres siguientes: el grado de diligencia demostrado tanto por el interesado como por la Administración; el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y el comportamiento de los terceros que puedan aceptar la notificación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña de 8/08/2015, Rec. 1399/2015, FJ 3º; o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25/09/2014, Rec. 751/2012, FJ 5º) .

En relación con el primero de los extremos, ha de tenerse presente que, como indica el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia de 31/03/2015 (Rec. 307/2014), “la gestión electrónica e informática de procedimientos masivos de gestión (...) son incompatibles con actuaciones como la que pretende hoy la recurrente (empresa obligada a relacionarse con la Administración tributaria por medios electrónicos que ni había obtenido certificado electrónico ni había otorgado apoderamiento a un tercero y que se limitó a poner ambas circunstancias en conocimiento de aquélla), que exigiría la intervención constante del personal funcionario para visar y controlar las posibles incidencias que pueden surgir en la riqueza casuística de la vida diaria, lo que perjudicaría notablemente el fin de la eficacia y eficiencia que se pretende. Y por ello, la normativa se preocupa de garantizar que el sujeto sometido al régimen de notificación obligatoria en dirección de correo electrónica habilitada, tenga un efectivo y real conocimiento de su inclusión en el sistema (...). Cumplido escrupulosamente el trámite, el propio sistema de gestión masivo por medios electrónicos hace que no pueda exigirse a la Administración un “conocimiento personal” de los avatares o incidencias que puedan ocurrir en cada caso” (FJ 3º). De este modo, “no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13/11/2015, Rec. 805/2013, FJ 3º).

Finalmente, la carga de la prueba del cumplimiento de todos los extremos corresponde a la Administración. En general, tal y como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 7/01/2016 (Rec. 158/2013), “una de las formas de notificación que está ganando terreno en nuestra vida jurídica es la “notificación electrónica” que, aunque suele tener carácter voluntario, nada impide que pueda imponerse a determinados colectivos de forma obligatoria. En todo caso, (...) estamos ante una garantía esencial y la Administración debe ser especialmente diligente a la hora de garantizar la efectividad de la notificación (...). Nadie discute la legalidad de la “notificación electrónica”, pero precisamente por su carácter de garantía esencial, la Administración tiene la carga de probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez y, acreditados dichos extremos, es la (sic) recurrente al que le corresponde probar la existencia de hechos

impeditivos que haya, materialmente, imposibilitado la notificación. (...) acreditada (sic), por la Administración, el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de la notificación, hay una presunción iuris tantum de realización válida de la notificación que, en su caso, debe ser desvirtuada por el administrado”. En el concreto caso de la notificación mediante DEH, “para poder determinar si es o no válida la notificación efectuada por medio del buzón electrónico asociado a su dirección habilitada en el Servicio de Notificaciones Electrónicas, es preciso acreditar por la Administración que la destinataria de la notificación tuvo conocimiento de la inclusión obligatoria en el Sistema de Dirección Electrónica Habilitada y la Asignación de la misma para la práctica de notificaciones y comunicaciones. Pues bien, en el expediente administrativo no consta ni el acuerdo de inclusión obligatoria (...) ni su notificación a la recurrente (...) correspondiéndole a la Administración la carga de la prueba” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19/01/2015, Rec. 1684/2012, FJ 3º).

A modo de resumen, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13/07/2017 (Rec. 50/2015, F.J. 5º) de conformidad con la cual “lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para –si lo deseaba– poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo. (...) los elementos que, con carácter general, deben ponderarse, son dos. En primer lugar, el grado de cumplimiento de la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c), el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación”.

Esta doctrina jurisprudencial, expuesta telegráficamente, nos lleva a la siguiente conclusión: ni la cumplimentación de todos los trámites equivale absolutamente a dar por notificado el acto administrativo, ni la ausencia de algunos de ellos o el uso de sistemas

de notificación no permitidos implican necesariamente indefensión y, por tanto, invalidez del mismo. Dependerá de si, en el caso concreto y en atención a las circunstancias, ha existido o no conocimiento material del acto y se ha actuado con diligencia por parte de ambos interlocutores.

Precisamente por ello, conviene insistir en el especial deber de diligencia exigible tanto a la Administración para la práctica de las notificaciones, como al interesado para la recepción de las mismas. Efectivamente, la regulación de las notificaciones administrativas está basada en el cumplimiento de una serie de “ritos” formales cuya finalidad última es dar a conocer un acto o resolución administrativa a su destinatario. Ello implica la exigencia de que la Administración cumpla escrupulosamente con los mismos y que el administrado también deba coadyuvar a la hora de recibir una notificación electrónica. El límite, en ambos casos, está en la diligencia de la Administración y en la prohibición indirecta de resistencia por parte del administrado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3/03/2016 (Rec. 2745/2014) señala expresamente que “la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación”. En línea con esta premisa, añade que “uno de los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa es el servicio objetivo a los intereses generales prestado con eficacia. De ahí que en el régimen de notificación de tan importante significado en el logro de una adecuada defensa de los administrados, se establezcan también ciertas exigencias para los destinatarios, de manera que el rechazo de la notificación realizada por el interesado o su representante implique que se tenga por efectuada la misma. Dicho en otros términos, no se puede exagerar el deber de diligencia de la Administración en la práctica de la notificación cuando la conducta del destinatario evidencia una resistencia tal a la recepción que hace muy improbable, cuando no seguro, el fracaso del intento administrativo. De no establecer estos límites, por una parte se estarían propiciando actuaciones inútiles, casi formales, con merma de la eficacia, dilapidación de recursos públicos, y de otra, podrían favorecerse, en los destinatarios de actos administrativos, conductas contrarias a las exigencias de buena fe” (FJ 5º). Por ello, resulta predicable respecto del administrado un deber de colaboración que lleva a mantener que su actuación obstaculizadora no puede enervar la eficacia de los actos administrativos .

En conclusión, estamos ante una cuestión de prueba. Se presumirá, *iuris tantum*, que, respetadas las formalidades, el acto ha llegado a conocimiento de su destinatario; pero éste podrá acreditar que no fue así y, en cualquier caso, la premisa de la presunción es el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades previstas en la norma. También debería ser así en el ámbito de la contratación pública.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19/07/2016 (Rec. 573/2013, F.J. 3º), es claro que “la eficacia externa del acto depende de su notificación. Se trata de una garantía esencial que cumple con dos funciones: por una parte, asegurar que el interesado tenga conocimiento del acto y, por lo tanto, pueda cumplirlo; y, por otra, garantizar que pueda impugnarse si se considera contrario a Derecho. No cabe decir por ello que la notificación del acto tenga una finalidad exclusiva de garantía, también la tiene de eficacia”. Aunque la notificación electrónica sea una opción del Legislador, “resulta legítima siempre que se garantice, de forma razonable y proporcionada, que el destinatario de la notificación ha tenido acceso a la misma”.

3.- En particular, el rechazo de la notificación y la ausencia de práctica de aviso complementario

El art. 43.2, como ha sido señalado, mantiene la previsión de que el transcurso de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que el interesado acceda a su contenido permite entenderla rechazada y, en consecuencia, se aplicará la doble exigencia de hacer constar el rechazo y las circunstancias del mismo, dándose por efectuado el trámite desde ese momento y surtiendo efectos el acto objeto de notificación.

El plazo de diez días comenzará a computarse desde el día siguiente al que se produzca materialmente la puesta de la notificación a disposición del interesado; y el acto surtirá efectos desde el día siguiente a la finalización de esos diez días, puesto que se considera que el interesado dispone de los mismos para acceder al contenido de la notificación.

La razón de esta diferencia con respecto a las notificaciones convencionales está nuevamente en la distancia en el tiempo que puede existir entre la entrega de la notificación y el acceso al contenido de la misma, que es cuando se produce el conocimiento. De no entenderlo así, la continuidad de la actividad administrativa quedaría en manos del administrado, al que le bastaría con no acceder a su buzón asociado

a la DEHU o no acudir a la sede electrónica para evitar voluntariamente conocer el contenido de una notificación y así paralizar los efectos del acto o resolución administrativa en cuestión.

Se trata de una presunción en toda regla, que consiste en convertir la pasividad del administrado –intencionada o no– en manifestación tácita de su voluntad de rechazo de la notificación. El Legislador, además, parece haber querido convertirla en una presunción *iuris et de iure*, puesto que el citado precepto no ha reproducido dos importantes salvaguardas que sí contenía el anterior art. 28 LAE: de un lado, una premisa para poder aplicar la presunción –“*existiendo constancia de la puesta a disposición*”–; de otro lado, una cautela que permitiría desvirtuar la misma “*salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso*”.

Ello implica una clara indefensión para el interesado y conduce a mantener que, en coherencia con el funcionamiento práctico del régimen de las notificaciones y con la jurisprudencia sobre la materia, ambas exigencias resultan igualmente aplicables en la práctica, aunque no se hayan establecido plenamente.

Efectivamente, el precepto no establece que, transcurridos diez días, la notificación se entienda practicada, sino que se entienda –se presume– rechazada. Presumir el rechazo exige demostración por parte de la Administración de haber cumplido con las condiciones legales para la práctica de la notificación y de haber respetado las garantías previstas por el ordenamiento jurídico lo cual, en todo caso, será susceptible de prueba en contrario. Además, es la interpretación acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Efectivamente, en la Sentencia de 26/05/2011 (Rec. 5423/2008) se afirma que “[e]n aquellos supuestos en los que se respetan en la notificación todas las formalidades establecidas en las normas, y teniendo dichas finalidades como única finalidad la de garantizar que el acto o resolución ha llegado a conocimiento del interesado, debe partirse en todo caso de la presunción *iuris tantum* de que el acto de que se trate ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado. Esta presunción, sin embargo, puede enervarse en todos aquellos casos en los que, no obstante el escrupuloso cumplimiento de las formalidades legales, el interesado acredite suficientemente, bien que, pese a su diligencia, el acto no llegó a su conocimiento o lo hizo en una fecha en la que ya no cabía reaccionar contra el mismo; o bien que, pese a no haber actuado con la diligencia debida (naturalmente, se excluyen los casos en que se aprecie mala fe), la Administración

tributaria tampoco ha procedido con la diligencia y buena fe que le resultan reclamables” (FJ 6°).

Las razones que pueden explicar esa ausencia de acceso son de tres tipos: problemas técnicos o prácticos; intención del administrado (para evitar que el acto surta efectos); y pura pasividad. Sólo el primer caso impediría entender rechazada la notificación; no ocurrirá así en los otros dos supuestos: ni, como resulta evidente, cuando el propio interesado deja de acceder al mensaje puesto a su disposición para evitar que la notificación –y, con ella, el acto notificado– surta efectos; ni cuando la falta de acceso se debe a su pasividad, pues le es exigible un mínimo deber de diligencia, justificado sobre la base de que él mismo ha elegido el medio de notificación o su uso ha sido impuesto por el ordenamiento jurídico.

Volviendo al primer supuesto, la prueba de la concurrencia de una causa de imposibilidad técnica o material de acceso corresponderá al interesado, si bien la Administración, que es la titular tanto de la sede electrónica como de la DEHU, dado que será concedora de la situación cuando se deba al propio sistema, debería aplicar de oficio la no presunción de rechazo y bien buscar otra vía de notificación, asegurándose de que el interesado recibe la misma o bien ampliar consecuentemente el plazo para dar al mismo la posibilidad de acceder. Así se deriva de lo previsto en el art. 32.4 LPAC, de conformidad con el cual, cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido.

Sea de oficio, sea a instancia del interesado, es claro que la concurrencia de esa causa no debe tener su origen en un comportamiento activo u omisivo del administrado, pues, de lo contrario, se perjudicaría la eficacia de la actividad administrativa. Por ello, el criterio delimitador será la diligencia del mismo.

De esta manera, cuando transcurran diez días sin que el interesado acceda al contenido del mensaje la notificación se presume rechazada; sólo en el supuesto en que concurran causas de imposibilidad técnica o material de acceso, el presunto rechazo admitirá prueba en contrario, de oficio o a instancia del interesado, convirtiendo así la presunción *iuris et de iure* en presunción *iuris tantum*. Y es *iuris tantum* porque si el administrado no presenta prueba en contrario o la Administración no aprecia de oficio la concurrencia de

esa causa de imposibilidad de acceso, la presunción seguirá vigente y el trámite de la notificación se tendrá por realizado al darse por rechazada la misma.

Resulta fundamental atender la necesidad de introducir en la práctica de las notificaciones electrónicas una garantía adicional: la permanencia del mensaje en el buzón asociado a la DEHU o en la sede electrónica en tanto que sigan abiertos los plazos para impugnar el acto objeto de la notificación que se ha presumido rechazada, algo que debería contemplar la normativa reguladora de cada concreto procedimiento. Por ello es totalmente contrario el derecho de defensa –y, por tanto, ilegal– lo previsto en el art. 10 de la citada Orden PRE/878/2010, que encomienda al órgano, organismo o entidad al que corresponda la prestación del sistema de DEH la función de “*impedir el acceso al contenido de las notificaciones que se entienden rechazadas por el transcurso de 10 días desde su puesta a disposición*”.

Junto con el rechazo, también plantea problemas la regulación de la práctica del aviso complementario de notificación. No hay duda de que la LPAC reconoce al interesado un auténtico derecho que se ejerce mediante la indicación expresa de un dispositivo electrónico y/o de una dirección de correo electrónico, cuya contrapartida es la obligación de la Administración encargada de dirigirle una notificación de informarle de la puesta a disposición de la misma. Efectivamente, la obligatoriedad del envío de aviso complementario tiene como premisa la expresa indicación de un medio a tales efectos por parte del interesado. La importancia que posee este aviso de notificación conduce a la necesidad de exigir que en los formularios empleados para la presentación de solicitudes (ya sea en formato electrónico, ya en papel) se incluya claramente un apartado en el que se solicite la referencia de un dispositivo o de un correo electrónicos a estos efectos, con precisa indicación de su finalidad. Sólo así podrá visibilizarse convenientemente que es un derecho del ciudadano. Se trata, en cualquier caso, simplemente de un complemento que en ningún caso sustituye a la notificación formal ni contendrá el texto del acto objeto de notificación. En consecuencia, como claramente señala el art. 41.1 *in fine*, ni el dispositivo electrónico ni el correo electrónico “*servirán (...) para la práctica de notificaciones*”.

A pesar de que una primera lectura del apartado pudiera dar a entender que estamos ante una obligación cuyo incumplimiento posee consecuencias sobre los efectos del acto objeto de notificación, el último inciso del mismo deja meridianamente claro que no es así. Efectivamente, el aviso complementario no constituye requisito de validez de las

notificaciones. En consecuencia, como expresamente se establece, “*la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida*”. Con ello, la obligación jurídica claramente establecida por el precepto queda desactivada desde la perspectiva de su exigibilidad por parte de los interesados, quienes no podrán invocar defecto de notificación generador de indefensión ante la ausencia del mismo, dado que la notificación, puesta a su disposición, surtirá efectos a los diez días en todo caso, con independencia de que no se acceda a su contenido.

Resulta inaceptable, en mi opinión, que la ausencia de aviso complementario no posea consecuencias; mas aún en el caso de los sujetos obligados a recibir notificaciones por medios electrónicos, que no tienen la posibilidad de optar por las notificaciones en papel. La garantía fundamental que permite justificar el desplazamiento de la carga de la Administración al interesado²³ (se pasa de ser aquélla la que acude al domicilio de éste a pedir a éste que acuda a la “oficina virtual” de aquélla o a un buzón de titularidad pública) es precisamente la confianza en que el destinatario de una notificación electrónica recibirá en los dispositivos electrónicos o en su buzón de correo electrónico ordinario que utiliza habitualmente un aviso complementario de notificación. Suprimir los efectos invalidantes de la notificación en ausencia de este aviso –ni siquiera se exige excepcionalidad en la omisión– es, sencillamente, poner en situación de indefensión al interesado cuando esto ocurra, sobre todo si se tiene en cuenta que no hay motivos técnicos ni jurídicos para no practicarlo. Efectivamente, el uso de los medios electrónicos en la gestión interna del procedimiento administrativo es obligatorio; las Administraciones disponen de medios –gestores de expedientes– que permiten tal posibilidad; el ciudadano confía en su práctica; no hacerlo produce indefensión e implica imponer sobre el interesado una carga desproporcionada.

Lo que está diciendo el precepto es, literalmente, que la falta de diligencia de la Administración en la práctica de la notificación –no debe olvidarse que el aviso complementario es una obligación de aquélla que se corresponde con un derecho del interesado– no tiene efectos sobre la validez de la misma, aunque ello afecte

²³ En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ mantiene que la LPAC ha cambiado radicalmente la naturaleza de la notificación, que pasa de ser garantía a ser carga. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 198, 2015, pág. 365.

negativamente al derecho de defensa éste. Es decir, que la indefensión no es causa de invalidez. Y eso es contrario al art. 24 CE.

La jurisprudencia, tal y como ha sido expuesto, es clara a la hora de relacionar actos de comunicación con derecho de defensa y de vincular la falta de notificación práctica defectuosa de la misma con indefensión. Este precepto, por obra del Legislador, rompe esa conexión, con lo que bien podría ser considerado inconstitucional.

En cualquier caso, en última instancia, como han sostenido algunos autores, por razones de seguridad jurídica y para evitar indefensión, la ausencia de aviso de notificación debería tener como consecuencia que no se entienda rechazada la misma aun transcurridos los diez días desde la puesta a disposición y, por tanto, que la eficacia del acto administrativo quede retenida hasta que el acceso se produzca²⁴.

V.- BREVES REFLEXIONES ACERCA DE TRES PROBLEMAS ADICIONALES

Antes de concluir el análisis realizado en estas páginas, conviene hacer mención, siquiera breve, a tres cuestiones adicionales.

En primer lugar, la LPAC, en su artículo 26, exige que las Administraciones Públicas emitan los documentos por escrito, a través de medios electrónicos –con la excepción de los casos en los que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia– y establece la necesidad de cumplir toda una serie de requisitos a tales efectos que constituyen condiciones de validez: contener información almacenada en un soporte electrónico, disponer de los datos de identificación que permitan su individualización e incorporar tanto una referencia temporal como las firmas electrónicas que correspondan. Además, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70, el expediente administrativo –conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa– será electrónico. Junto con ello, se establece la obligación de impulsar de oficio el procedimiento a través de medios electrónicos y de realizar por estos medios todos los actos de instrucción, así como la de adoptar electrónicamente la resolución del procedimiento, garantizando en relación con todos estos extremos el control de tiempos y plazos, la identificación y la tramitación ordenada de los expedientes.

²⁴ GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 568 y 569.

Adicionalmente, la opción preferente por los medios electrónicos en este ámbito se pone de manifiesto también en el doble hecho de que, al regular la forma de los actos, se señala en el art. 36 que los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija otra forma, y en el art. 88.4 que la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente, garantizando la identidad del órgano competente y la autenticidad e integridad del documento, incluso en los casos en los que la notificación haya de hacerse en papel²⁵.

La pregunta que puede plantearse es qué ocurre en los casos en los que un documento electrónico incurre en algún defecto de forma o en los supuestos en los que la Administración no actúa por medios electrónicos, sino que lo hace en papel. En mi opinión, no resulta posible sostener que nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, puesto que el procedimiento se ha seguido, aún por medios presenciales y con constancia en papel. Tampoco puede sostenerse que estemos en todo caso ante una mera irregularidad no invalidante. Considero que los defectos en el uso de los medios electrónicos constituyen un vicio de forma que implica una clara infracción del ordenamiento jurídico por incumplimiento de un deber legalmente establecido; cuando la misma cause indefensión o impida el acto administrativo final por ser los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, en ese caso el acto administrativo sería anulable²⁶.

En segundo lugar, la Disposición Adicional Segunda LPAC –que ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional– es claramente conflictiva al imponer el uso obligado de algunas plataformas y herramientas tecnológicas estatales bajo determinadas circunstancias. Este precepto establece que “[p]ara cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse

²⁵ Para un estudio exhaustivo análisis sobre la proyección del uso de los medios electrónicos en la gestión documental puede verse VALERO TORRIJOS, “La tramitación del procedimiento administrativo por medios electrónicos”, en ALMEIDA CERREDA y MÍGUEZ MACHO (Dir.), *La actualización de la Administración Electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, págs. 199 y ss.

²⁶ De la misma opinión, si bien con el matiz de que el efecto invalidante derivado de los incumplimientos formales será más bien excepcional, URIOS APARISI, X.: “Consideraciones generales sobre la reforma de la Administración electrónica”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP-Investiga, Madrid, 2017, págs., 212 y ss.

voluntariamente y a través de medios electrónicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado. Su no adhesión, deberá justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local justifique ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede prestar el servicio de un modo más eficiente, de acuerdo con los criterios previstos en el párrafo anterior, y opte por mantener su propio registro o plataforma, las citadas Administraciones deberán garantizar que éste cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas”²⁷. Establecer como único criterio el de eficiencia económica, sin tener en cuenta que algunas Comunidades Autónomas han desarrollado sus propias soluciones tecnológicas –en algunos casos, de mayor calidad que las estatales– es más que

²⁷ A través de una resolución administrativa (Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 31 de marzo de 2016, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2016) se ha obligado a las Comunidades Autónomas y a los entes locales suscritos al mismo, antes de la entrada en vigor de la LPAC (y, por tanto, de su Disposición Adicional 2ª) a suscribir las plataformas y aplicaciones desarrolladas por la Administración General del Estado para cumplir con las obligaciones en materia de Administración electrónica. Entre las obligaciones del Acuerdo está la relativa a la suscripción de un convenio para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica para ganar eficiencia, evitar gasto duplicado y reducir costes de funcionamiento. Así pues, las Comunidades Autónomas deberán suscribir con la Administración General del Estado el Convenio para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica, lo que les permitirá usar los sistemas ya disponibles por parte de la Administración General del Estado. Asimismo, la Comunidad Autónoma asume el compromiso de trabajar de forma activa con el fin de mejorar la eficiencia de los procedimientos administrativos y reducir costes de funcionamiento a través de los siguientes instrumentos: adherirse al uso de las plataformas y registros para la gestión electrónica de los procedimientos facilitados por la Administración General del Estado (particularmente, en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración); facilitar la integración de las Entidades Locales del territorio de esa Comunidad Autónoma en las plataformas, sistemas y soluciones tecnológicas estatales; integrar los registros de la Comunidad Autónoma en el Sistema de Intercambio de Registros, de manera que los intercambios se hagan sólo por medios telemáticos, sin movimiento de papel; utilizar los medios telemáticos para la obtención de datos, información y certificados que obren en poder de la Administración, para evitar que los tengan que presentar los ciudadanos (en especial, la Plataforma de intermediación).

discutible²⁸. Sobre todo cuando la LRJSP prevé vías alternativas para compartir tecnologías y reutilizar sistemas y aplicaciones en sus arts. 156 y 157²⁹.

En tercer último lugar, se plantean dudas acerca de qué contenidos de la LPAC se encuentran ya en vigor respecto del uso de los medios electrónicos. La Disposición Final Séptima señala que la presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el BOE, si bien determina que las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, Punto de Acceso General Electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley. En algunos casos se ha interpretado el precepto en el sentido de que, dado que algunos de estos extremos son imprescindibles para el cumplimiento de otras obligaciones o la satisfacción de algunos de los derechos de ciudadanos e interesados, en realidad, nada será exigible hasta el 2 de octubre de 2018. Efectivamente, dado que el registro electrónico es la puerta que da acceso a un procedimiento administrativo, si no se dispone de un registro electrónico –cuya regulación no es aún exigible–, no resulta posible tramitar electrónicamente un procedimiento administrativo. Interpretaciones de esta naturaleza contradicen claramente el espíritu y el tenor literal de la LPAC. La Disposición Final Séptima no puede leerse sin tener en cuenta el contenido de la Disposición Transitoria Cuarta, en virtud de la cual se establece que mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro general, registro de apoderamientos, archivo electrónico, Punto de Acceso General y plataforma de intermediación, seguirán operando las soluciones tecnológicas implantadas por las administraciones públicas. Dicho de otra manera: las exigencias de la LAE reviven cuando una Administración no ha dado cumplimiento aún a las previstas en la LPAC. Junto con ello, la Disposición Final no puede ser interpretada extensivamente y, por tanto, la postergación de los efectos de la LPAC sólo quedará referida a aquéllos concretos extremos específicamente recogidos en ellas, y no a otros.

²⁸ Para un profundo análisis sobre los problemas que plantea la citada Disposición, puede verse FONDEVILA ANTOLÍN, J.: “Estado de derecho o el *imperium* de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP-Investiga, Madrid, 2017, págs. 527 a 546.

²⁹ Sobre la cuestión relativa a la reutilización y transferencia de tecnologías puede verse MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R: “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en GAMERO CASADO, E: *Tratado de Procedimiento Común y de Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 2910 y ss.

VI.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, considero conveniente exponer dos ideas finales. La primera es la necesidad de mirar siempre al conjunto del ordenamiento jurídico y no dejarse influir por el autismo del Legislador, que le lleva a considerar exclusivamente cada norma concreta sin tener en cuenta aquellas otras con ella relacionadas. La segunda parte de la necesidad de tomarse la Administración electrónica no sólo como un conjunto de exigencias normativas, sino además como una posibilidad para innovar la Administración Pública.

En realidad, una y otra están conectadas entre sí. Los operadores jurídicos hemos de ser capaces de tomar en consideración con carácter global la normativa reguladora del uso de los medios electrónicos, así como de aprovechar todas las potencialidades de la misma para conseguir una mayor eficacia y eficiencia en la actuación de las Administraciones Públicas, desde el debido respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos.

En este trabajo se ha intentado evidenciar algunos de los problemas que plantea la nueva regulación del uso de los medios electrónicos en la organización y el procedimiento administrativo, así como ofrecer posibles soluciones sobre la base de estas premisas. Habrá que estar atentos a ulteriores regulaciones –particularmente, el desarrollo reglamentario de la LPAC– y a la interpretación jurisprudencial de sus preceptos.