

---

# Comunicaciones y notificaciones electrónicas

Eduardo Gamero Casado

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

## 1. Introducción

1.1. La necesidad de un adecuado sistema de notificaciones electrónicas en la Era de la Información

1.2. Acervo previo en la materia: el fracaso del Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras

## 2. Las notificaciones administrativas: requisitos derivados del Derecho común general y contenidos de la Ley 11/2007

### 3. La determinación del medio de comunicación y notificación

3.1. Régimen general de las comunicaciones electrónicas

3.1.1. Comunicación y notificación no son nociones equivalentes. 3.1.2. Requisitos generales de las comunicaciones electrónicas. 3.1.3. Las comunicaciones interadministrativas

3.2. La imposición obligatoria del medio electrónico

3.2.1. La multicanalidad y la libre elección del medio por el ciudadano. 3.2.2. La potestad de imponer el uso obligatorio de los medios electrónicos en las comunicaciones. 3.2.3. El derecho a cambiar de canal (intermodalidad de la comunicación), y su necesaria matización

3.3. La elección del medio de notificación

3.3.1. El derecho a la elección del medio y la manifestación del consentimiento. 3.3.2. La suscripción de procedimientos. 3.3.3. El derecho a cambiar de medio de notificación: remisión

### 4. La práctica de las notificaciones electrónicas y sus incidencias

4.1. Las formas de notificación

4.1.1. La dirección de correo electrónico habilitada. 4.1.2. Sistemas de correo electrónico con acuse de recibo. 4.1.3. Comparecencia electrónica. 4.1.4. La publicación sustitutoria en tablones de edictos electrónicos. 4.1.5. Otros medios de notificación electrónica. En particular, la mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial. 4.1.6. Un ejemplo sectorial: la Dirección Electrónica Vial

4.2. Reglas específicas en cuanto al acceso

4.2.1. Momento en que debe entenderse practicada la notificación. 4.2.2. Rechazo tácito y permanencia de la notificación a disposición del destinatario. 4.2.3. Supresión del segundo intento. 4.2.4. Juicio crítico sobre la asimetría de los regímenes jurídicos en función del medio de notificación. 4.2.5. Imposibilidad técnica o material de acceso al contenido. 4.2.6. Intento documentado de notificación y silencio administrativo

## 1. Introducción

### 1.1. La necesidad de un adecuado sistema de notificaciones electrónicas en la Era de la Información

Está fuera de discusión la transformación social que ha supuesto la generalización de las tecnologías de la información y la comunicación. Cada vez es más cierto

que esos cambios también se han experimentado en las relaciones jurídico-administrativas: las administraciones públicas emplean, con intensidad creciente, estas tecnologías para la gestión interna y para su relación con los ciudadanos. Las principales dificultades que se presentaban inicialmente a la generalización de la Administración electrónica (elevado coste de inversión, formación de los empleados, recelos de la ciudadanía, inseguridad jurídica por falta de regulación de la materia...) se van

disipando poco a poco, y en la actualidad no constituyen un obstáculo verosímil a la digitalización de los procedimientos y a la prestación de servicios electrónicos por parte de las administraciones públicas. La ciudadanía está utilizando ya masivamente algunos servicios de Administración electrónica que han sido diseñados con parámetros adecuados de accesibilidad, usabilidad y seguridad. Esto demuestra que una adecuada configuración de los servicios de Administración electrónica se está viendo correspondida con una respuesta positiva por parte de la ciudadanía. Tales servicios de Administración electrónica no solo mejoran la situación de los ciudadanos, que ven facilitado el ejercicio de sus derechos: también permiten una gestión administrativa interna más ágil, redundando en una optimización de los recursos humanos y materiales. Por consiguiente, la implantación de servicios de Administración electrónica, adecuadamente diseñados desde el punto de vista técnico y que permitan salvaguardar las garantías jurídicas, constituye en la actualidad un verdadero imperativo, derivado del artículo 103 CE –principio de eficacia–, y del artículo 3.2 LRJPAC –criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos–, además de constituir las más relevantes finalidades de la propia Ley 11/2007 –artículo 3–. En lo que nos ocupa, estas mismas reflexiones deben proyectarse hacia el régimen jurídico de las notificaciones administrativas, reforzadas con algunos elementos adicionales.

En efecto, la notificación es un trámite esencial para la gestión administrativa: la eficacia de todos los actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos depende de su adecuada realización. Tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, su trascendencia es aún mayor, por cuanto la notificación debe practicarse antes del *dies ad quem* para la producción del silencio administrativo, de tal manera que una notificación defectuosa, o la ausencia total de este trámite, supondría la generación de un acto presunto estimatorio o la desestimación presunta de lo pedido. Todo

ello determina la necesidad de apoderar a la Administración con instrumentos eficaces de notificación administrativa.

Pero además, la sociedad actual ha transformado radicalmente sus hábitos domésticos, dificultándose de manera extraordinaria la entrega de notificaciones postales, al encontrarse los domicilios desocupados la mayor parte del tiempo. La implantación de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y el conocimiento, y su acceso cada vez más generalizado al común de la población, hacen especialmente deseable la articulación de un régimen jurídico específico que contemple la posibilidad de recibir notificaciones administrativas por medios electrónicos, adaptando las determinaciones comunes, relativas a la notificación, a las particularidades específicas que entraña el empleo de este medio.

Todo ello sitúa a la notificación electrónica en el centro mismo del escenario, invitando a articular un servicio susceptible de conciliar los dos bienes jurídicos que pueden entrar en colisión con ocasión de su práctica: la garantía de los derechos de los ciudadanos, y la eficacia de la actuación administrativa.<sup>1</sup> Aquí me ocupo de exponer la cuestión analizando el régimen básico previsto en la Ley 11/2007, y el desarrollo de que ha sido objeto para la Administración del Estado, sin abordar los sistemas de notificación previstos en otros ámbitos, como en el Derecho autonómico<sup>2</sup> o en la Administración tributaria.<sup>3</sup>

## 1.2. Acervo previo en la materia: el fracaso del Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras

La Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, o Ley de Administración electrónica (como la denominaremos convencionalmente en lo sucesivo, también usando el acrónimo LAE), es una magnífica disposición, repleta de aciertos, que ha situado a España en la vanguardia mundial de la ordenación jurídico-positiva de la materia. Es preciso resaltarlo por hacer justicia a este incuestionable

1. Un binomio especialmente destacado por de DIEGO DIEZ, L. A.: *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 23 y ss.

2. Para cuyo estudio puede acudir a MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 132 y ss.

3. En esta materia, véase especialmente DELGADO GARCÍA, A. M.: “Manifestaciones de la Administración electrónica tributaria”, en la obra coordinada por ella misma y por OLIVER CUELLO, R.: *Administración electrónica tributaria*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 159 y ss.

esfuerzo normativo. Sin embargo, en materia de comunicaciones y notificaciones telemáticas, el texto de la Ley de Administración electrónica no resuelve adecuadamente diferentes aspectos concernidos por la práctica de la notificación. Ya existía en esta cuestión un importante acervo normativo, práctico y académico, que podría haber servido como referente para superar las serias limitaciones de que adolecía el régimen jurídico de la materia. Algunas de estas experiencias sí han sido incorporadas a la nueva Ley, pero otros muchos aspectos finalmente no han sido enmendados y se han incorporado a la nueva Ley sin apenas novedad.

En efecto, las notificaciones telemáticas fueron uno de los primeros aspectos de la Administración electrónica que recibieron atención por parte del legislador estatal básico: mediante la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas, y del orden social, que modificó el artículo 59 de la Ley 30/1992 a fin de regular las notificaciones electrónicas.<sup>4</sup> En desarrollo de sus previsiones, se dictó el Real decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos; si bien su ámbito de aplicación se contrae a la Administración del Estado. Y, mediante un desarrollo normativo de segundo grado, se reguló a su vez la materia en la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la disposición final primera del Real decreto 209/2003.

El producto final de todo ello, desde el punto de vista práctico, fue la puesta en marcha de un Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras (SNTS) por parte del Ministerio de Administraciones Públicas, confiándose su prestación material a Correos y Telégrafos, mediante un convenio suscrito por ambas partes el 22 de octubre de 2003. El servicio arrancó de manera efectiva en 2004, y según los indicadores, hechos públicos por el Ministerio en noviembre de 2008, sus principales magnitudes (globales para los cuatro años de funcionamiento) son las siguientes: 50.000 direcciones electrónicas creadas,

14 organismos emisores integrados en el servicio, y 1.000.000 de notificaciones practicadas. Tales estadísticas de uso son francamente decepcionantes, y no resisten la menor comparación con otros servicios de Administración electrónica articulados por la Administración del Estado: por ejemplo, la presentación telemática del IRPF ha sido realizada en 2009 por 6.913.368 contribuyentes, un 22,9% más que en 2008; sobre el total de declaraciones, las presentadas por Internet suponen un 35%. Ya no vale decir, por otra parte, que la Administración tributaria no puede ofrecerse como parámetro de contraste debido a su ya larga tradición en la materia: otros ámbitos sectoriales, como la afiliación de trabajadores a la Seguridad Social, o la solicitud de cita médica por Internet, ofrecen cifras igualmente satisfactorias. El SNTS constituye un rotundo fracaso, lo cual no solo es reprochable por el gasto que ha supuesto su entrada en funcionamiento, sino que además supone una clara frustración de las expectativas de los ciudadanos, pues a la vista queda que, cuando los servicios de Administración electrónica se encuentran debidamente configurados, desde el punto de vista técnico y jurídico, los utilizan masivamente, dado que les facilitan mucho las cosas.

Hemos de preguntarnos necesariamente qué ha podido ocurrir para alcanzar estos pobres resultados, y adoptar las determinaciones oportunas para reconducir la situación, por todas las razones expuestas: por la centralidad que representa el trámite de la notificación en las relaciones jurídico-administrativas, por las exigencias que demanda la ciudadanía en cuanto al deber de buena Administración, y por las indudables ventajas para la gestión interna que se derivan del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación en el procedimiento administrativo. Conviene anticipar cuáles son los puntos negros del sistema, para contrastar después de qué manera se aborda la cuestión por la Ley 11/2007. A mi juicio, son fundamentalmente los siguientes motivos los que han conducido a esta decepcionante situación:

4. Sobre el régimen de las notificaciones electrónicas previo a la Ley 11/2007, deben verse especialmente mis trabajos: GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común*, Bosch, Barcelona, 2005; y "La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre", *REDA*, núm. 116, 2002; así como VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2004 (la 2.ª edición de esta obra, que será la citada en lo sucesivo, es de 2007); MARTÍN DELGADO, I.: "Las notificaciones administrativas telemáticas", en PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 171 y ss.; BAUZA MARTORELL, F. J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002, p. 176 y ss.; y DÁVILA MUÑOZ, J.: "La notificación digital hacia los ciudadanos: características y posibles modelos", *Seguridad en Informática y Comunicaciones*, núm. 45, 2001, p. 48 y ss.

–La complejidad que entraña la elección del medio por parte del ciudadano, que exige dos trámites sucesivos para manifestar su consentimiento a la notificación electrónica: la indicación del medio electrónico como preferente, y la suscripción a concretos procedimientos.

–El hecho de que tal elección debe hacerse con cada Administración pública, obligando al ciudadano a realizar el trámite ininidad de veces y con interlocutores diferentes (con cada Administración que se relacione, y en cada concreto procedimiento al que se suscriba). Es muy llamativo que no exista un servicio centralizado de notificaciones electrónicas, compartido por todas las administraciones públicas.

–La deficiente regulación de la posibilidad de remitir directamente notificaciones electrónicas a los ciudadanos, en procedimientos iniciados de oficio.

–Las limitaciones de los propios servicios de notificación, que ofrecen utilidades muy reducidas.

–El escaso período de permanencia de la notificación (10 días) en el buzón electrónico del ciudadano, que le puede llevar a desconfiar del sistema, pues le obliga a estar continuamente alerta, revisando si le han llegado notificaciones a los diferentes sistemas de notificación a los que esté suscrito.

–El hecho de que, cuando el destinatario no descargue la notificación una vez transcurrido ese plazo, se entenderá rechazada (no infructuosa), colocándole en una posición muy desfavorable frente a los ciudadanos que son notificados por el medio postal tradicional.

## 2. Las notificaciones administrativas: requisitos derivados del Derecho común general y contenidos de la Ley 11/2007

La Ley 11/2007 y la Ley 30/1992 entablan una relación de especialidad-generalidad.<sup>5</sup> En relación con las notificaciones electrónicas, al igual que en el resto de materias, la Ley 11/2007 no aborda la totalidad de la regulación, sino exclusivamente las especialidades derivadas de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en ese concreto trámite. Los contenidos de la Ley 11/2007 deben integrarse necesariamente con el régimen general de las notificaciones administrativas previsto por la Ley 30/1992. Aunque no abordemos el estudio detallado de la cuestión, conviene sintetizar aquí alguno de estos aspectos generales de las notificaciones administrativas, para encuadrar adecuadamente las especialidades que plantean las notificaciones electrónicas.

En cuanto al bien jurídico que se atiende con este trámite, según el Tribunal Supremo, “la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, y en una fecha indubitada susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho”;<sup>6</sup> con ello se trata, en definitiva, de evitar que el destinatario de un acto administrativo sufra indefensión, como recuerdan el propio Tribunal Supremo<sup>7</sup> y la más autorizada doctrina.<sup>8</sup> Es bajo este

5. Me he ocupado detenidamente de exponer esta cuestión en GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009 (1ª ed. en 2007), p. 97 y ss., trabajo al que me remito para las consideraciones generales derivadas de ello.

6. Cfr., entre otras, SSTS 14/7/99, Ar. 6068; 2/7/96, Ar. 6128; 14/10/92, Ar. 8467; y ATS 29/9/93, Ar. 6521.

7. Como se afirma con toda claridad en la STS 10/11/00, Ar. 10061: “Debe entender el recurrente que las garantías, tanto constitucionales, del artículo 24, como las derivadas de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 y de la Ley 30/1992 del régimen jurídico de las administraciones públicas, referidas a las notificaciones, tienen como finalidad, ante todo, el evitar la indefensión material de los administrados ante los actos de las administraciones públicas”; en análogo sentido, STS 25/2/98, Ar. 1408. Por ello, el incumplimiento de tales garantías genera indefensión a los interesados, como sostienen las SSTS 11/2/03, Ar. 2490, y 13/3/00, Ar. 3826, entre otras.

8. Y en estos términos nos lo recuerda T. R. FERNÁNDEZ: “Este extraordinario detalle y rigor formal (que procede en último término de la benemérita Ley Azcárate de Procedimiento de 1889), del que no participan las notificaciones judiciales, se justifica por dos razones: por una parte, porque la intervención en un procedimiento administrativo no requiere asistencia de letrado; por otra, porque en el tráfico administrativo los plazos de impugnación son extraordinariamente fugaces. Todo ello exige un especial cuidado, a fin de evitar que se pierdan derechos materiales por razones puramente adjetivas”; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2006, p. 586. En análogos términos se pronuncia el común de la doctrina: vid. especialmente GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 2007, p. 1673 y ss.; DE DIEGO DIEZ, L. A.: *Garantías...*, op. cit., p. 21 y ss.; NÚÑEZ RUIZ, M. J.: *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento*

concreto prisma que debe, pues, analizarse todo el régimen jurídico de las notificaciones administrativas: como un trámite formal, de carácter instrumental, con el que se presta soporte al derecho material de no padecer indefensión.

En cuanto a los medios de notificación, según el artículo 59.1 LRJPAC, “las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”. Este apartado establece las condiciones que debe satisfacer todo medio de notificación, sea postal, electrónico, o de cualquier otro tipo. Como se observa, la idoneidad de un determinado medio de notificación depende fundamentalmente del recto cumplimiento de formalidades de constancia, pues en el fondo de todo este asunto lo que subyace verdaderamente es un problema de prueba:<sup>9</sup> la Administración debe emplear un medio de notificación que permita probar posteriormente que esta se practicó y se recibió, la fecha en que esto se hizo, la identidad y contenido del acto notificado, etc. Y esto significa que conviene a la Administración preconstituir documentalmente, a lo largo del procedimiento administrativo, la prueba de que se practicó la notificación, su doble intento infructuoso o su rechazo, de acuerdo con los requisitos de constancia anteriormente citados. En otra perspectiva, pero con idéntico significado, se notará que resulta completamente superfluo demostrar que el destinatario conoce el contenido del acto, pues cuando se reúnen los requisitos formales que rodean al trámite, y puede demostrarse que se hizo llegar la notificación a su destinatario, emerge la ficción –la presunción– de que este conoce su contenido,<sup>10</sup> siendo irrelevante que no haya llegado a hacerlo.

Estos son los aspectos nucleares del régimen de notificaciones administrativas previsto en la Ley

30/1992, si bien existen otras reglas de carácter específico, aplicables al lugar donde practicar las notificaciones, a las notificaciones infructuosas, al rechazo de la notificación, etc., que se comentarán en el momento oportuno.

Sobre tales determinaciones, y con carácter prevalente a ellas como resulta de su condición de norma especial, se aplican los artículos 27 y 28 LAE cuando el medio de notificación es electrónico. El artículo 59.3 LRJPAC, antes de ser derogado por la Ley 11/2007, establecía una remisión al desarrollo reglamentario de este medio de notificación. El nuevo régimen legal es más extenso que el anterior, y no articula *expressis verbis* remisión reglamentaria alguna. Pero sus contenidos materiales no resultan suficientes para despejar una serie de interrogantes que suscita la práctica de la notificación por medios telemáticos. En este sentido, la ordenación estatal básica no agota el título competencial del que dispone el Estado en virtud del artículo 149.1.18ª CE, y hará inevitable que surjan desarrollos reglamentarios y plataformas de notificación claramente disímiles en las diferentes administraciones públicas. En línea de principio, la variedad en los sistemas de notificación es coherente con la flexibilidad que admite el propio artículo 59.1 LRJPAC, por lo que no resulta en sí misma reprochable. Sin embargo, sí es discutible que algunos aspectos nucleares de la práctica de las notificaciones administrativas queden entregados a la discrecionalidad de cada Administración pública. Basta una lectura superficial del RD 209/2003 y de la Orden PRE/1551/2003 –ambos citados–, en los que se regulan las especialidades de las notificaciones electrónicas en la Administración del Estado, para comprender hasta qué punto la ordenación propia de cada Administración puede ser determinante del régimen jurídico de la notificación.

---

común, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 25 y ss.; LÓPEZ MERINO, F.: *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1989, p. 77 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: “Disposiciones administrativas y actos administrativos”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 176; y BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 217 y ss.

9. En ello conviene igualmente MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones electrónicas...*, *op. cit.*, p. 54 y ss.

10. Como sostiene VELASCO CABALLERO, F.: “Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones”, *Justicia Administrativa*, núm. 16, 2002, p. 47. En esta misma idea incide GONZÁLEZ ORBANEJA, del siguiente modo: “las notificaciones se rigen por el principio de la recepción, no del conocimiento. Desde esta perspectiva, la eficacia del acto de comunicación queda supeditada a que se haya observado toda la normativa legal que regula su práctica, con independencia de que el destinatario haya podido tener un efectivo conocimiento del mismo, supuesto este que, como máximo, posibilita la subsanación del acto inicialmente viciado, siempre que el destinatario se dé por enterado”; citado por MARES ROGER, F.: “Los actos de comunicación judicial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil (perspectivas de práctica forense)”, *La Ley*, núm. 5281, 2001, p. 5.

Ya en su día lamenté que esto suponía una centrifugación del régimen jurídico de las notificaciones electrónicas.<sup>11</sup> Los primeros posicionamientos doctrinales, tras la Ley de acceso electrónico, no coinciden en sus juicios acerca de si la nueva regulación resuelve o no los problemas que ya entonces yo apuntaba.<sup>12</sup> Es llamativo notar, además, que la situación se ha agravado a raíz de la Ley 11/2007, debido a que no establece una remisión reglamentaria expresa para regular estas materias.<sup>13</sup> Durante la vigencia del artículo 59.3 LRJPAC, al menos, cada Administración pública debía aprobar una norma reglamentaria que estableciera los rasgos determinantes de la notificación electrónica. Con la Ley 11/2007 esa exigencia ha desaparecido, lo que no supone que se erradique la diversidad de regímenes jurídicos, sino que ahora es posible que tal variedad derive simplemente de la aplicación informática que se implante para dar soporte al servicio de notificaciones electrónicas, puesto que sus características no se establecen con carácter general (o común). Parece, en cualquier caso, que la progresiva cesión de espacio normativo y ejecutivo a las comunidades autónomas y al resto de administraciones públicas, constituye una tónica inherente a todos los productos legislativos de las últimas legislaturas, por lo que no resulta exponente de un descuido puntual, sino expresión de una tendencia generalizada. Por lo demás, debe reconocerse que el propio artículo 59.1 LRJPAC admite una gran flexibilidad en la elección del medio de notificación, por lo que tampoco es un rasgo patológico, contrario a la Ley 30/1992, que cada Administración pública disponga de un servicio propio de notificaciones telemáticas. Pero insisto en que no parece la mejor solución para organizar este asunto con arreglo a un patrón de garantías comunes para todos los ciudadanos (como pretende el artículo 149.1.18ª CE), y sobre todo, con economía de costes (artículo 103 CE).

### 3. La determinación del medio de comunicación y notificación

#### 3.1. Régimen general de las comunicaciones electrónicas

##### 3.1.1. Comunicación y notificación no son nociones equivalentes

La sección 2ª del capítulo III del título II de la Ley 11/2007 regula conjuntamente las comunicaciones (artículo 27) y las notificaciones electrónicas (artículo 28). La primera precisión a hacer es, pues, de carácter semántico, pues no se trata de una misma cosa. Comunicación y notificación son conceptos vinculados por una relación de género-especie: la primera incluye en su carga semántica a la segunda, que constituye, por tanto, una expresión singular o específica de comunicación. Además de la notificación, una comunicación electrónica puede ser un acceso al expediente administrativo para conocer su estado de tramitación. O también, la presentación por el ciudadano de un documento en un registro. De otro lado, como acertadamente apunta Rego, las comunicaciones administrativas internas, y las interadministrativas, se encuadran igualmente en esta acepción genérica, y puede tratarse de una gama muy variada de relaciones (obligatorias o facultativas, vinculantes o no, formalizadas o no, etc.), pero todas han de tener, como característica común, una relación jurídico-pública subyacente, en la medida que el artículo 2.2 LAE determina que la Ley no será de aplicación a las actividades que presten las administraciones públicas en régimen de Derecho privado.<sup>14</sup> Existen, pues, tres contenidos ínsitos en el término "comunicaciones": las notificaciones, los registros, y las restantes relaciones de comunicación distintas de las anteriores, pero mantenidas, en todo caso, en relaciones de carácter jurídico-público. Estas coordinadas legales son susceptibles de dos interpretaciones: por un lado, cabe pensar que el legislador establece tres grupos distintos

11. En GAMERO CASADO, E.: "La notificación por correo electrónico...", *op. cit.*, p. 519 y ss.; y en *Notificaciones telemáticas...*, *op. cit.*, p. 187 y ss.

12. Así, REGO BLANCO, M. D.: "Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de Administración electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 424, estima que la situación no ha mejorado, sino que ha empeorado. En cambio, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 138, nota 7, considera que gran parte de las críticas han sido atendidas por el legislador.

13. Sin embargo, el nuevo régimen de las notificaciones telemáticas en la Ley 11/2007 parece suscitar una valoración contraria a PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa desarrollada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 158, quien estima que la Ley aborda esta materia con mayor extensión para solventar precisamente los vacíos que dejaba abiertos el régimen anterior.

14. *Vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", p. 418.

de ordenación, uno para cada materia, articulándose, pues, unas reglas específicas para las notificaciones, otras para los registros y otras para las comunicaciones en general distintas de las anteriores.<sup>15</sup> La segunda interpretación, a la que me adhiero, es que el artículo 27 LAE constituye realmente un régimen general, de aplicación supletoria a los regímenes específicos articulados expresamente para manifestaciones concretas de la comunicación, esto es, para las notificaciones y los registros.<sup>16</sup> El principal argumento para defenderlo es que la imposición de la presentación de documentos en un registro electrónico puede beneficiarse del régimen general de remisión reglamentaria, previsto en el artículo 27.6 LAE, cuyo contenido no encuentra homólogo en los artículos 24 a 26, dedicados a los registros. Y también que, como veremos en su lugar, para que se pueda proceder a las comunicaciones electrónicas se exige que el ciudadano haya manifestado su consentimiento expresamente, en tanto que para las notificaciones electrónicas no se aplica este adverbio.

Una segunda precisión de carácter terminológico deriva de comparar el régimen anterior con el vigente. El ahora derogado artículo 59.3 LRJPAC hacía referencia a “medios telemáticos” de notificación, en tanto que el artículo 28 LAE habla de “notificaciones electrónicas”. En sus acepciones generales de la ciencia Informática, parece más adecuada la primera expresión, por cuanto que electrónico es el soporte en el que se encuentra la información, en tanto que telemático es un término que expresa la conexión e intercambio de información (electrónica) entre dos equipos diferentes.

### 3.1.2. Requisitos generales de las comunicaciones electrónicas

Los requisitos generales de las comunicaciones electrónicas aparecen determinados en los apartados 3 y 5 del artículo 27 LAE. El primero de ellos dispone que “Las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas.” Se trata de

exigencias propias de cualquier intercambio telemático, quizá con la única excepción del adverbio “fidedignamente”: este término introduce un elemento cualificado que, en línea de principio, descarta la admisibilidad de medios o tecnologías de telecomunicación que no permitan la identificación fidedigna de las partes, circunstancia que en el Derecho privado podría tratarse con mayor flexibilidad, pero que en el Derecho público es objeto de mayores restricciones.

Esta restricción determina, por ejemplo, que el servicio de telecomunicación de facsímil o fax, sin garantías o servicios adicionales de valor añadido, no pueda considerarse un mecanismo apto para las notificaciones administrativas, dadas las limitaciones de estos equipos a efectos de constituir una prueba suficientemente robusta de los extremos requeridos de constancia por la Ley 30/1992.<sup>17</sup> Así, a pesar de que el aparato emita un reporte del envío que contiene información relevante a efectos probatorios (la fecha y la de la transmisión, el número emisor, y el receptor), este documento es fácilmente manipulable, tanto en lo relativo al hecho de haberse realizado la telecomunicación, como a la fecha en que tuvo lugar; además, no le es dado acreditar: a) que el texto llegó íntegramente a destino (pudo haber, por ejemplo, una impresión defectuosa que lo hiciera ilegible); y b) quién recibió el envío, pues quizá no fue el destinatario, sino otra persona, quien tuviera acceso al documento, sin que quede constancia de quién lo recogió. La jurisprudencia contencioso-administrativa viene rechazando la aptitud del fax convencional para la práctica de notificaciones administrativas; por ejemplo, la STSJ Extremadura 7/11/02, rec. 297/2000, que dice:

“La utilización del fax como medio de comunicación es idónea para garantizar la celeridad imprescindible en el procedimiento administrativo, en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actuación administrativa –artículo 103.1 CE–, lo que hace perfectamente viable que las notificaciones administrativas puedan realizarse mediante el empleo de técnicas y métodos electrónicos, informáticos y telemáticos, pero el principio de eficacia no puede implicar mengua de las garantías del administrado rigurosamente exigidas por

15. Es la posición de REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*, p. 418.

16. Precisamente por esto último, la ordenación sistemática de la Ley es perfectible: debía haberse estructurado el capítulo III en tres secciones, emplazando como primera el contenido del artículo 27, referente a las comunicaciones en general, que es de aplicación tanto a los registros (artículos 24 a 26), como a las notificaciones (artículo 28).

17. En la misma opinión, BAUZA MARTORELL, J. F.: “Notificaciones en soporte magnético”, *RAP*, núm. 161, 2003, p. 194.

una doctrina jurisprudencial reiterada que excusa de cita concreta, mas, si se trata de un supuesto sancionador, teniendo que exigirse el cumplimiento de las formalidades previstas legalmente, en el presente caso, que el medio de notificación usado permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante (artículo 59.1). Y no pudiendo acreditarse suficientemente que el requerimiento fue efectivamente conocido por el empresario en el momento de su transmisión a la terminal telefónica en una fecha en que el centro de trabajo estaba cerrado, no es posible tener por eficaz dicho requerimiento. Así, dado que la Administración pretende sancionar (...) es claro que es ella la que soporta la carga de la prueba de la realidad y efectividad del requerimiento y por tanto es ella también la que ha de sufrir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, lo que nos conduce a estimar el presente recurso, dejando sin efecto la sanción impuesta.”

Otras sentencias judiciales coinciden en esa misma doctrina.<sup>18</sup> No obstante, el fax opera como medio de comunicación entre organismos públicos;<sup>19</sup> y también constituye un medio frecuentísimo de notificación

entre particulares, cuya validez pondera el juez en el caso de que se discuta su efectiva realización, dándola por practicada cuando existan indicios de que realmente tuvo lugar.<sup>20</sup> Quizá por ello, en el ámbito jurídico-administrativo el fax es admitido tácitamente como medio de notificación en algunos ámbitos sectoriales, como el sector deportivo (a modo de ejemplo, es el cauce habitual de notificaciones que emplean los órganos disciplinarios deportivos, inclusive el Comité Español de Disciplina Deportiva, que ejercen funciones públicas delegadas y se encuentran, pues, sometidos a la legislación del procedimiento administrativo común)<sup>21</sup>. Y también lo admite la Ley 17/2001, de marcas, en el caso de que lo solicite el interesado en el procedimiento,<sup>22</sup> aunque en este último caso la Administración vendría resguardada por el principio *non venire contra factum proprium* ante eventuales recursos del destinatario que cuestionen el medio de notificación empleado. En estos términos, y recordando que en materia de notificaciones el problema de fondo es la prueba documental de que se produjo la notificación, parece que las notificaciones por fax presentan escasa

18. Asimismo, la STS 27/12/00, rec. 10927/1998, considera ineficaz una notificación judicial remitida por fax, en los siguientes términos: “El envío de la referida diligencia a un número de fax que figura en una relación proporcionada con carácter previo por el Colegio de Abogados sin constancia alguna de lo que se envió mediante dicho medio de comunicación ni de lo que, en su caso, se recibió mediante el mismo es claramente insuficiente para entender notificada dicha diligencia de ordenación en los términos del artículo 271 LOPJ. Las consecuencias fatales para el derecho a la tutela judicial efectiva que se derivan de la falta de presentación de la demanda dentro del plazo preclusivo establecido por la Ley obligan en todo caso a extremar el celo en la notificación de resoluciones a las que se conecta la caducidad o decadencia automática de un derecho.” Por su parte, la STS Madrid 9/5/02, rec. 514/2000, anula un procedimiento de apremio en razón de que el requerimiento de pago en período voluntario fue remitido por fax, cuya recepción niega el sujeto pasivo, sin que la Administración haya aportado prueba de su entrega ni copia del original. Estos antecedentes nos impiden compartir la opinión de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. J. y CASTILLO VÁZQUEZ, I. C.: *Manual de las notificaciones administrativas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 429 y ss., quienes sostienen que la jurisprudencia contencioso-administrativa admite de manera generalizada la práctica de notificaciones por fax, por cuanto manipulan el sentido de las sentencias que citan, extrayendo los pasajes que convienen a su posición.

19. Llegándose en algún caso a positivizar esta práctica, como sucede con la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de febrero de 1993, que regula la comunicación a través de telefax entre oficinas notariales y registros de la propiedad.

20. Sirvan de ejemplo las SSTS (Sala 1ª) de 1/12/03, rec. 569/1998; 1/4/03, rec. 2009/2001; 29/4/03, rec. 240/2003; 28/4/99, Ar. 3422; y 30/7/96, LaLey-AA C1.

21. El fax tiene reconocimiento generalizado a efectos de notificaciones en las reglamentaciones federativas: a título de ejemplo, el artículo 61 de los Estatutos de la FHE dispone: “Artículo 61. 1. Los acuerdos que adopten los órganos disciplinarios federativos deberán notificarse a los interesados en el plazo más breve posible, con el límite máximo de diez días hábiles, mediante oficio, carta, telegrama, télex, fax, o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción, dirigiéndose al domicilio personal o social de aquellos o al que, a estos efectos, hubieren señalado.” Ello no obstante, el Comité Español de Disciplina Deportiva revisa cuidadosamente las circunstancias que rodearon cada notificación practicada mediante fax, al objeto de discernir si se puede presumir su efectiva recepción por el destinatario; así, en su Resolución CEDD 36/1995, de 23 de marzo (JD 123), en la que se discute la legalidad de una notificación por fax, este órgano razona que es el medio habitual de comunicación seguido en esa Federación, constando, además, su remisión al número receptor en que se venía haciendo habitualmente, y conservándose el reporte del envío, por todo lo cual entiende satisfechos los requisitos de constancia y admite la validez de la notificación. En análogo sentido, *vid.* Resols. CEDD 55/2001, de 18 de mayo (JD 59); y 72/1995, de 8 de mayo (JD 29). Sobre todo ello, *vid.* GAMERO CASADO, E.: *Las sanciones deportivas. Régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje*, Bosch-Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Barcelona, 2003, p. 329 y ss.

22. El artículo 29.3 de la Ley dispone: “Cuando el interesado así lo solicite, las notificaciones se realizarán mediante publicación en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, mediante telefax, mediante correo electrónico, o por cualquier otro medio técnico del que disponga la Oficina Española de Patentes y Marcas.”

fuerza probatoria, que, no obstante, pueden reforzar mediante elementos adicionales: por ejemplo, que el equipo utilizado para el envío emita el reporte incluyendo una imagen escaneada del documento enviado, que ofrezca también un reporte de entrega, que el destinatario haya señalado el fax como medio de notificación, que ese medio sea práctica frecuente entre las partes y nunca se haya puesto en discusión... Son todos ellos elementos que pueden contribuir a formar en el juzgador la convicción de que el acto administrativo efectivamente se notificó, pero, en cualquier caso, no evitan el riesgo de que considere que no se encuentra probado que la notificación satisfizo todos los requisitos exigidos en el artículo 58 LRJPAC.

Parece, en cualquier caso, que no se puede ser igualmente riguroso cuando el emisor de la comunicación es la Administración que cuando lo es el ciudadano. No solo por aplicación de la ya referida doctrina del acto propio, sino por una simple lógica en el ejercicio de los derechos. Por ejemplo, la Administración tributaria viene admitiendo la confirmación del borrador de la declaración del IRPF mediante el envío de un sms por parte del interesado: aquí la identificación del mismo no es fidedigna, pero cabe un juego de presunciones que, reforzado por la conveniencia de facilitar la realización del trámite, juega a favor de admitir este tipo de comunicación electrónica. Lo propio cabe decir en otros casos de ejercicios de derechos por la ciudadanía, como la concertación de citas previas en sistemas sanitarios públicos por medio de llamadas telefónicas o conexión convencional a Internet. Ahora bien, el rigor interpretativo debe aplicarse inflexiblemente cuando la comunicación parte de la Administración hacia el ciudadano, pues en este caso puede ser contrario a sus intereses que se considere válida una actuación administrativa, restrictiva de derechos, en la que no quede constancia fidedigna de la identidad del destinatario.

En cuanto al artículo 27.5 LAE, dispone que "Los requisitos de seguridad e integridad de las comunicaciones se establecerán en cada caso de forma apropiada al carácter de los datos objeto de aquellas, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de

protección de datos de carácter personal." Se articula así un reenvío a la legislación de protección de datos, tal y como sucede en otros lugares del texto legal, sin que tal previsión merezca mayor comentario, salvo el recordatorio de la plena aplicación a este ámbito de la Ley orgánica 15/1999 y de su Reglamento de desarrollo (aprobado mediante Real decreto 1720/2007).

### 3.1.3. Las comunicaciones interadministrativas

Un aspecto poco comentado<sup>23</sup> del régimen de las comunicaciones electrónicas es la regla general que establece el artículo 27.7 LAE, que dispone: "Las administraciones públicas utilizarán preferentemente medios electrónicos en sus comunicaciones con otras administraciones públicas. Las condiciones que regirán estas comunicaciones se determinarán entre las administraciones públicas participantes." El precepto estimula que las comunicaciones entre administraciones públicas se realicen por medios electrónicos, previsión que encuentra estrecha conexión con el deber que establece el artículo 9.1 LAE, de facilitar a las restantes administraciones públicas los datos relativos a los interesados que obren en su poder. Sin embargo, como sostiene Rego,<sup>24</sup> la apuesta que efectúa la Ley por fomentar el intercambio electrónico de comunicaciones es muy débil, y se encuentra supeditada a la firma de convenios de colaboración. Este instrumento es, en efecto, imprescindible para determinar las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios. Todo ello, a su vez, evoca problemas de interoperabilidad que deben resolverse mediante instrumentos de cooperación administrativa y desarrollos normativos específicos.<sup>25</sup>

## 3.2. La imposición obligatoria del medio electrónico

### 3.2.1. La multicanalidad y la libre elección del medio por el ciudadano

El artículo 27.1 LAE establece en primer término un derecho del ciudadano a la elección del canal de comunicación con las administraciones públicas, permitiéndole elegir la manera de comunicarse, sea o no

23. Con la excepción de REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 422 y ss.

24. *Op. loc. ult. cit.*

25. Sobre este importantísimo problema puede verse mi trabajo: GAMERO CASADO, E.: "Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor", *RAP*, núm. 179, 2009, p. 291 y ss.; así como las aportaciones de CERRILLO MARTÍNEZ, A.: "Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la Administración electrónica", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley...*, *op. cit.*, p. 540 y ss.

por medios electrónicos. Resulta imposible negar la conexión que presenta esta previsión con el artículo 8.1 LAE, que impone a las administraciones públicas el deber de habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando el acceso a los mismos de todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, y en la forma que estimen adecuada. Pero también es preciso vincular el artículo 27.1 LAE con el artículo 6.2 a) LAE, que reconoce al ciudadano el derecho a elegir, entre los que se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las administraciones públicas.

El derecho a elegir el canal no es omnímodo, se encuentra condicionado a los canales que se encuentren disponibles en cada momento<sup>26</sup> (la exposición de las posibles alternativas se realiza más tarde, en el epígrafe 4 dedicado a los sistemas de notificación admisibles). Sobre esta afirmación han de hacerse dos puntualizaciones. La primera es que la Administración del Estado, a partir del 31 de diciembre de 2009, tiene el deber legal de articular al menos un canal electrónico para todas las relaciones y comunicaciones que entable con la ciudadanía, en tanto que el resto de las administraciones públicas solo se encuentran vinculadas por tal deber en la medida que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias (disposición final 3ª LAE); por consiguiente, el ciudadano tendrá el derecho a elegir entre el canal presencial y, al menos, uno electrónico en la Administración del Estado, y, en el resto de las administraciones públicas, su derecho se verá condicionado por el grado de implantación de la Administración electrónica que haya mostrado la Administración con quien se relacione.<sup>27</sup> La segunda puntualización es que, cuando se hayan articulado no uno, sino varios canales electrónicos, los ciudadanos también tienen derecho a elegir el concreto canal con el que desean comunicarse, dentro de los disponibles: sms, TDT, Internet, etc.

El artículo 27.4 LAE establece un instrumento imprescindible para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la elección del canal: la publicación de los medios disponibles en el correspondiente diario oficial y en la sede

electrónica de la Administración actuante. La primera de estas previsiones es bastante ingenua, sobre todo cuando recordamos el escaso grado de cumplimiento que tiene el deber que hace recaer sobre las administraciones públicas el artículo 42.4 LRJPAC, de mantener publicada una relación de los procedimientos administrativos, con su plazo de resolución y el efecto del silencio. En cambio, el hecho de que las sedes electrónicas informen sobre estos extremos resulta bastante sencillo, siendo suficiente con proceder a una práctica cada vez más extendida: la de incorporar a la sede electrónica un enlace a una oficina virtual, donde figura una relación de procedimientos administrativos, y, al lado de cada uno de ellos, aparece un icono según los canales que estén habilitados para realizar el trámite.

Por otra parte, la libre elección del canal plantea un problema de gestión en procedimientos triangulares, o en aquellos en los que exista una pluralidad de los interesados, cada uno de los cuales elija un canal distinto de comunicación. Esto puede obligar a mantener la documentación del expediente administrativo simultáneamente en dos o más soportes, al menos mientras dure su tramitación. En efecto, si unos interesados eligen el canal electrónico y otros el soporte papel, siempre deberá procederse a emitir una copia en papel de todas las actuaciones, para articular el derecho de consulta de los documentos obrantes en el expediente, o para conservar los resguardos en papel que acrediten las comunicaciones. Una nueva complicación en la gestión administrativa ordinaria. Ahora bien, una vez concluida la tramitación del procedimiento, podrá procederse a la digitalización de los documentos que existan en soporte papel (artículo 30 LAE), y a la destrucción de los mismos, unificando toda la documentación en un único soporte (el electrónico).

### 3.2.2. La potestad de imponer el uso obligatorio de los medios electrónicos en las comunicaciones

La libre elección del medio de comunicación encuentra su excepción en aquellos procedimientos que hayan establecido, como obligatorio, el canal electrónico. Ello

26. Esta afirmación es unánime en la doctrina; *vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 421; MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 76.

27. Dada la extensión que ocuparía su análisis, no es este el lugar para exponer esa disposición final y las consecuencias que deriva sobre el régimen de las comunicaciones y notificaciones. Para ampliar en este asunto, puede verse la excelente exposición de COTINO HUESO, L.: "Derechos del ciudadano", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica*, *op. cit.*, p. 152 y ss.; y, además, las de VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 20 y ss., y MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 62 y ss.

puede suceder de dos maneras: mediante normas con rango de ley (artículo 27.1 LAE) o por disposiciones reglamentarias (artículo 27.6 LAE). El primer caso no supone innovación alguna, y es completamente armónico con nuestro sistema constitucional, en el que se reserva a la ley cualquier restricción sustantiva de la libertad “respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos.”<sup>28</sup> En materia de Administración electrónica se había postulado la aplicación de esta misma regla, antes incluso de la Ley 11/2007.<sup>29</sup> Un notable ejemplo de aplicación de la regla viene representado por la reciente Ley por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora, una disposición que comentaré más adelante, y que impone a las personas físicas, titulares de vehículos a motor, la disposición de una Dirección Electrónica Vial donde les serán comunicados todos los actos referentes a procedimientos sancionadores en materia de tráfico.

En cuanto al artículo 27.6 LAE, su texto es el siguiente: “Reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los

medios tecnológicos precisos.”<sup>30</sup> Este precepto articula una remisión normativa en toda regla, habilitando a la potestad reglamentaria a intervenir en materias reservadas a la ley, suscitando una gran cantidad de interesantes cuestiones.

En primer lugar, la relativa al ámbito material de aplicación del precepto: como ya indiqué más arriba, debe postularse el empleo del término “comunicaciones” en su acepción general, inclusiva también de las notificaciones y los registros. Lo que establece el precepto es, pues, la posibilidad de que las administraciones públicas (cada una de ellas) imponga el medio electrónico como el único subsistente en sus relaciones con la ciudadanía, haciendo desaparecer el papel en todas las fases del procedimiento o, cuando menos, en todas las que supongan relación con los ciudadanos. Pero solo en el caso de que paralelamente se suprima la tramitación en papel, pues, cuando se mantenga esta última, no es precisa la aprobación de norma alguna para implantar un canal electrónico.

En segundo lugar, merece algún comentario el presupuesto material de carácter determinante que establece este precepto: las disposiciones reglamentarias podrán imponer, como obligatorio, el canal electrónico cuando los sujetos pasivos de la decisión tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos. ¿Cómo puede valorarse esta exigencia? Creo que los datos estadísticos disponibles en cada momento pueden ser un útil referente.<sup>31</sup> De ellos se deduce, por ejemplo, que todas las empresas españolas se encuentran informatizadas a día de hoy,

28. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1988, p. 781. La aportación del autor sintetiza brillantemente la situación existente en España acerca del principio de reserva de ley, materia en la que pueden consultarse igualmente BAÑO LEÓN, J. M.: *Límites constitucionales a la potestad reglamentaria*, Civitas, 1991, p. 199 y ss.; REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1993, p. 97 y ss.; y BELADÍEZ ROJO, M.: “La vinculación de la Administración al Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, p. 333 y ss.

29. Véanse VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 66 y ss.; GÓMEZ PUENTE, M.: “La Administración electrónica”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 123 y ss.; y COTINO HUESO, L.: “Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica”, *RVAP*, núm. 68, 2004, p. 141 y ss.

30. Esta proposición normativa proviene de la disposición adicional 18ª de la Ley 30/1992, en la que fue incorporada mediante la Ley 4/1999, pero que circunscribía su ámbito de aplicación a la Administración del Estado, por lo que las comunidades autónomas y las entidades locales no podían beneficiarse de esta habilitación a la potestad reglamentaria. La Ley 11/2007 ha derogado la disposición adicional indicada, que se ve ahora sucedida por el régimen general dispuesto en el artículo 27.6 LAE que comentamos.

31. Como los que publica el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, accesibles en <http://www.ontsi.red.es>; los que facilita el Observatorio de la Administración Electrónica, accesibles en <http://www.obsae.map.es>; o los que ofrecen empresas privadas, como la Fundación Telefónica, que elabora un informe anual sobre la sociedad de la información en España (accesible en [http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion\\_sie.html](http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion_sie.html)); y la Fundación Orange, que asimismo lleva a cabo un estudio anual sobre esta misma materia, cuya última edición, correspondiente a 2009, se encuentra accesible en [http://www.fundacionorange.es/areas/25\\_publicaciones/e2009.pdf](http://www.fundacionorange.es/areas/25_publicaciones/e2009.pdf).

por lo que puede parecer natural que se imponga a las empresas ese canal de comunicación. Más dudoso es que pueda hacerse lo propio con las personas físicas. Parece que, en este ámbito, debe descenderse al caso concreto para enjuiciar la concurrencia del presupuesto de hecho, operación que debe articularse necesariamente mediante un juicio de proporcionalidad, como anticipara oportunamente Cotino.<sup>32</sup> Con arreglo a las SSTC 207/1996 y concordantes, el "juicio de proporcionalidad" ha de superar tres condiciones: 1) juicio de idoneidad: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto; 2) juicio de necesidad: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; y 3) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.<sup>33</sup> Este último componente lleva, además, a la necesidad de ponderar la proporcionalidad de la medida con otros principios en escena, como es el de eficacia de la Administración (artículo 103 CE), en la medida en que la imposición del canal electrónico viene respaldada, en la mayoría de los casos, por la implantación de herramientas más eficaces de gestión administrativa.<sup>34</sup> Todo ello hace difuso el escenario e impide aventurar soluciones apriorísticas, si bien, como advierte el propio Cotino,<sup>35</sup> cabe intuir que la imposición obligatoria del canal electrónico será más fácilmente defendible en colectivos reducidos de ciudadanos, cuyo manejo de las TICs sea obvio (por ejemplo, incentivos a la investigación, becas de estudios universitarios...), en tanto que se encontrará menos justificada la imposición del canal electrónico a medida que ampliamos el universo de sujetos pasivos, y sobre todo, si pretendemos aplicarlo a relaciones de sujeción general.

En tercer lugar, cada Administración pública puede hacer una interpretación diferente del presupuesto de hecho, o incluso decidir discrecionalmente si lo aplica o no. Por ejemplo, puede ocurrir que una comunidad autónoma, o un municipio, impongan obligatoriamente el canal electrónico en relaciones que otras comunidades autónomas u otros municipios no someten a esta restricción. Esto no debe reprocharse en sí mismo como una infracción del derecho de igualdad, pues responde a la propia discrecionalidad que se concede a cada Administración pública para enjuiciar la oportunidad de imponer el cauce electrónico en función de las circunstancias que concurren en cada caso, y siendo diferentes las circunstancias (no solo de los ciudadanos, sujetos pasivos de la decisión, sino también de la propia Administración), también pueden diferir las soluciones que se implanten. Pero puede dar lugar, obviamente, a grandes diferencias de ordenación, según cuál sea la Administración pública actuante.

Por último, merece también algún comentario el instrumento normativo requerido para articular la obligación: ¿habrán de ser reglamentos de primer grado, dictados por los máximos órganos de Gobierno de cada Administración pública? En tal caso, solo podría imponerse el medio electrónico mediante Real decreto (del Consejo de Ministros), decretos del Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas, y ordenanzas o reglamentos de los plenos de las entidades locales. Esta interpretación restrictiva no casaría bien con la generalidad del redactado del artículo 27.6 LAE, que parece admitir sin violencia desarrollos reglamentarios subordinados de segundo o tercer grado, como órdenes ministeriales o de las consejerías autonómicas, resoluciones de secretarios de Estado, etc. En cualquier caso, el Real decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos

32. Aunque sus reflexiones son anteriores a la Ley 11/2007, resultan plenamente oportunas en relación con el precepto en comentario; *vid.* COTINO HUESO, L.: "Derechos...", *op. cit.*, p. 143 y ss. En la misma órbita se sitúan las reflexiones de BERNARDÍ GIL, X.: "Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica", *Nuevas Políticas Públicas*, núm. 1, 2005, p. 230.

33. Sobre el principio de proporcionalidad y sus cláusulas, deben verse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988; el número monográfico sobre este principio, editado por la revista *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998 [en particular, las aportaciones del propio LÓPEZ GONZÁLEZ (p. 143 y ss.) y BARNÉS VÁZQUEZ (p. 15 y ss.)]; y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en el Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 458 y ss.

34. Por esta razón, no es ajena al asunto en examen la técnica de la ponderación de intereses, sobre la que son esenciales las contribuciones contenidas en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA, S. (coords.): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009; así como la excelente monografía de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

35. *Vid.* COTINO HUESO, L.: "Derechos...", *op. loc. ult. cit.*

a los servicios públicos (en lo sucesivo, RDLAE), habilita este desarrollo subordinado únicamente mediante Orden ministerial (artículo 32), sin referirse a otras disposiciones inferiores en rango, y condiciona su contenido,<sup>36</sup> así como regula el proceder que debe seguirse en el caso de que el ciudadano desatienda su deber.<sup>37</sup> Lo que sí debe descartarse contundentemente es que, sin una habilitación normativa expresa, sea legal o reglamentaria, se proceda a la imposición obligatoria del canal electrónico mediante simples actos administrativos generales, como son calificadas de manera unánime las convocatorias de todo tipo: de subvenciones o incentivos, de contratos administrativos, de ofertas de empleo público, etc.; estos actos administrativos generales, precisamente porque son actos y no reglamentos, carecen de fuerza normativa para imponer que los interesados en acudir a los procedimientos que dichos actos inician tengan la obligación de participar en ellos únicamente por medios electrónicos.

Debe notarse que, como contrapunto al deber de comunicarse por medios electrónicos, el artículo 22 LAE establece la posibilidad de que los ciudadanos que no dispongan de los medios necesarios realicen los trámites mediante la intervención, en su nombre, de un funcionario público.

### **3.2.3. El derecho a cambiar de canal (intermodalidad de la comunicación), y su necesaria matización**

El artículo 27.1 LAE proclama el derecho del ciudadano a elegir el canal mediante el que comunicarse con la Administración (dentro de los que se encuentren disponibles, como ya hemos visto), y a no ser cautivo de su decisión, pudiendo optar, en cualquier momento, por un medio distinto del inicialmente elegido. Se presenta así un derecho omnímodo del ciudadano.

Una manifestación específica de la intermodalidad de la comunicación aparece proclamada en el artículo 28.4 LAE, en materia de notificaciones: “Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir al órgano correspondiente que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos,

utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico [de las administraciones públicas] y del procedimiento administrativo común.” En aplicación de este régimen, un ciudadano que ostente la condición de interesado en un procedimiento ya iniciado, en el que el medio de notificación predispuesto fuera electrónico, puede solicitar a la Administración la modificación del canal para que, en adelante, le sean notificados los actos sucesivos del procedimiento por otros medios distintos: hemos de suponer, por entrega domiciliaria en soporte papel.

Según expresa el propio artículo 27.1 LAE, el derecho a cambiar de canal no es aplicable a los supuestos en que se haya impuesto el deber de comunicarse con la Administración por medios electrónicos, mediante norma de rango legal. Surge la duda de si esa misma excepción es aplicable a los supuestos en que la imposición del canal electrónico haya tenido lugar por medio de normas reglamentarias, en aplicación del artículo 27.6 LAE. Dos argumentos abonan la respuesta afirmativa. El primero, de carácter puramente formal, pues el artículo 27.6 LAE es una norma con rango legal que habilita la imposición del canal obligatorio en ciertos casos, y presta cobertura a la reserva de ley aplicable en la materia, como ya he razonado anteriormente. El segundo argumento es de carácter sistemático, y deriva del artículo 28.4 LAE, que, como ya hemos visto, constituye una manifestación específica de la intermodalidad: este último precepto excepciona el derecho a cambiar de canal de notificación “en los casos previstos en el artículo 27.6 de la presente Ley.” Se da así la circunstancia de que el artículo 27.1 LAE no menciona al 27.6 como excepción a la intermodalidad, pero tampoco el artículo 28.4 LAE cita al 27.1 como excepción en el caso de las notificaciones. Parece claro que en ambos casos se ha incurrido en una omisión inconsciente, y que en realidad la voluntad del legislador era negar el derecho a cambiar el canal, tanto en las comunicaciones en general, como en las notificaciones administrativas, cuando por imposición de una norma tanto legal como reglamentaria, sea obligatorio el uso del medio electrónico.

36. El artículo 32.2 RDLAE: “En la norma que establezca dicha obligación se especificarán las comunicaciones a las que se aplique, el medio electrónico de que se trate y los sujetos obligados. Dicha orden deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en la sede electrónica del órgano u organismo público de que se trate.”

37. El artículo 32.3 RDLAE dispone en este sentido que: “Si existe la obligación de comunicación a través de medios electrónicos y no se utilizan dichos medios, el órgano administrativo competente requerirá la correspondiente subsanación, advirtiendo que, de no ser atendido el requerimiento, la presentación carecerá de validez o eficacia.”

La generosidad del legislador en este punto resulta sorprendente, y no parece encontrar justificación bastante.<sup>38</sup> Parece ser una cláusula de prudencia, que promueve la confianza de los ciudadanos para que se animen a señalar como preferente el medio electrónico, sabiéndose salvaguardados con la posibilidad de renunciar a él, si su empleo se revela insatisfactorio. Hasta aquí la explicación puede ser razonable. Pero no lo es que se proclame el derecho con la generosidad que se hace, sin reparar en las consecuencias que puede derivar sobre la gestión administrativa ordinaria. En efecto, la norma parece proclamar el derecho con carácter absoluto, aun cuando pueda llegar a convertirse en un importante instrumento dilatorio en poder del ciudadano. Creo que la ponderación de intereses no ha sido adecuadamente aplicada por el legislador en este caso, y debía poderse condicionar por la Administración el cambio de canal cuando se deduzca un abuso del derecho. Pero, dado que la Ley no establece límites ni modulaciones a este derecho del ciudadano, no parece que la Administración pueda negarle el cambio de canal, incluso cuando sea patente el uso instrumental del derecho como táctica dilatoria.<sup>39</sup>

Como requisito para la elección del canal, el ejercicio de este derecho se encuentra sometido a petición expresa del interesado. El régimen previsto contiene una sola restricción: el cambio de canal es aplicable a actos sucesivos, no a los trámites ya celebrados; en materia de notificaciones lo establece expresamente la Ley, y en las comunicaciones en general debe postularse esa misma conclusión por simple lógica de la mecánica procedimental.<sup>40</sup>

Otra complicación que resulta de este orden de cosas es la eventual convivencia de dos soportes en el expediente administrativo, uno para cada fase de la tramitación, anterior y posterior al ejercicio del derecho a cambiar de medio. Un poco más arriba comenté la

posibilidad de que existan asimismo dos soportes diferentes si concurren en el procedimiento diferentes interesados, cada uno de los cuales haya optado por un soporte diferente. Cabe ahora hacer el mismo comentario de entonces: una vez terminado el procedimiento, se podría suprimir uno de los soportes (normalmente, el papel), digitalizando los documentos, con arreglo al artículo 30 LAE.

### 3.3. La elección del medio de notificación

Vistas las reglas generales en cuanto a la elección del medio, pasamos a analizar las que rigen específicamente en materia de notificaciones electrónicas.

#### 3.3.1. El derecho a la elección del medio y la manifestación del consentimiento

En materia de notificaciones electrónicas, el artículo 28.1 LAE dispone: "Para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.6." La primera evidencia que nos transmite este precepto es que, cuando sea obligatorio el uso de medios electrónicos, ya sea por establecerlo una disposición reglamentaria (artículo 27.6 LAE) o una norma con rango de Ley (artículo 27.1 LAE), las notificaciones se practicarán por tal medio, pudiendo elegir el ciudadano tan solo el concreto sistema electrónico de notificación dentro de los que se hayan habilitado. Conforme reza el propio artículo 28.1 LAE, "Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos", previsión un

38. Habiendo recibido severas críticas: *vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 400; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La Administración...*, *op. cit.*, p. 542.

39. De hecho, alguna de las versiones del Proyecto de Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 establecía que "El órgano u organismo actuante podrá limitar sucesivos cambios en el medio elegido en la tramitación de un mismo procedimiento, en el caso de que se aprecie un uso abusivo del derecho", previsión que había sido acertadamente declarada "de legalidad cuestionable" por REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 420, y que ha desaparecido de la versión finalmente aprobada.

40. Para mayor claridad, el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 lo establece expresamente así en relación con la Administración del Estado, disponiendo su artículo 33 que: "Salvo las excepciones previstas en el artículo anterior, los ciudadanos podrán modificar la manera de comunicarse con los órganos u organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, optando por un medio distinto del inicialmente elegido, que comenzará a producir efectos respecto de las comunicaciones que se produzcan a partir del día siguiente a su recepción en el registro del órgano competente." Será oportuno que las restantes administraciones públicas establezcan esta misma aclaración en sus propios desarrollos reglamentarios de la materia.

tanto superflua, pero que probablemente el legislador ha querido consignar expresamente para disipar toda duda al respecto.

El segundo aspecto sobre el que detenerse, es la clara diferenciación que establece el artículo entre la elección del medio preferente, y la prestación del consentimiento por parte del ciudadano. A mi modo de ver, la indicación del medio preferente juega en procedimientos iniciados a instancia de parte, como las solicitudes de autorizaciones o licencias; y, asimismo, en procedimientos a los que, a la iniciación de oficio, le sigue un escrito de solicitud del ciudadano (por ejemplo, un acto de convocatoria de incentivos, o de contratos, seguido de una solicitud o de una presentación de ofertas). En tales procedimientos, el ciudadano podrá consignar su medio preferente de notificación, dentro de los disponibles,<sup>41</sup> y que sean válidos para la práctica de las notificaciones,<sup>42</sup> de tal manera que la Administración debe avenirse a ese medio en las notificaciones que practique en lo sucesivo.

Puede suceder que el escrito de iniciación o de incorporación a un procedimiento carezca de un impreso o formulario-tipo, en papel o electrónico. En tal caso, el propio interesado deberá incluir claramente cuál es su medio preferente de notificación, y caso de no indicar alguno, se supondrá que será el domicilio postal que obre en poder de la Administración actuante. Por el contrario, si la Administración configura un formulario-tipo, en papel o electrónico (mediante el relleno en línea de diferentes campos, por ejemplo), dicho formulario, que puede permitir al interesado incorporar una gran cantidad de datos de contacto, debe precisar con suficiente claridad cuál es el medio preferente de notificación (y advertir que es el único dato obligatorio, en cumplimiento de la legislación de protección de datos), y qué otros datos se solicitan al ciudadano con carácter adicional, para ser utilizados llegado el caso.<sup>43</sup>

En cuanto a la prestación del consentimiento, el artículo 28.1 LAE establece que cabe proceder a la notificación electrónica cuando el ciudadano haya consentido la utilización del medio electrónico. No estimo necesario que el consentimiento deba recabarse de manera individualizada, sustanciando un trámite específico de confirmación del consentimiento previo a la práctica de las notificaciones electrónicas.<sup>44</sup> Conviene reparar en que, como ya advertí anteriormente, en esta fórmula legal no aparece el adverbio expresamente, lo que hace ver la posibilidad de consentimientos tácitos o implícitos,<sup>45</sup> en los términos que veremos a continuación. Como premisa del análisis, cabe recordar una práctica cada vez más extendida en las diferentes administraciones públicas, de prestar un servicio de Administración electrónica calificado como “carpeta ciudadana” o similar. Además de otras utilidades (como la de conocer las cesiones de datos que la Administración en cuestión haya realizado a otras administraciones públicas), estas carpetas pueden contener una relación de datos personales de la ciudadanía, puestos a disposición de la Administración para el ejercicio de sus competencias. Entre ellos, puede figurar un medio electrónico apto para la práctica de notificaciones administrativas. A mi juicio, la fórmula del consentimiento, sin previa elección preferente del medio, puede operar en los siguientes casos:

1. En los procedimientos iniciados de oficio, en los que la Administración conozca la disponibilidad por parte del destinatario de un medio electrónico apto para practicar la notificación (porque le conste de un procedimiento anterior, o porque figure en su “carpeta ciudadana”), y decida enviarla por ese medio. Este es el supuesto más significativo de todos. La notificación sería infructuosa si el ciudadano no llega a admitir su práctica, bien porque no procede a realizar comunicación electrónica alguna para acceder a la notificación, bien porque, iniciando la

41. El artículo 36.4 RDLAE puntualiza a este respecto que “Cuando la notificación deba admitirse obligatoriamente por medios electrónicos, el interesado podrá elegir entre las distintas formas disponibles salvo que la normativa que establece la notificación electrónica obligatoria señale una forma específica.”

42. En este sentido, el artículo 36.2 RDLAE dispone: “La solicitud deberá manifestar la voluntad de recibir las notificaciones por alguna de las formas electrónicas reconocidas, e indicar un medio de notificación electrónica válido conforme a lo establecido en el presente Real decreto.”

43. La exigencia de distinguir claramente en los formularios entre el carácter de unos y otros medios (el preferente y otros adicionales) es especialmente puesta de relieve por REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*

44. En sentido contrario, MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 77. El autor considera que, una vez iniciado el procedimiento, la Administración debe requerir al ciudadano para que consienta el empleo de medios electrónicos de notificación.

45. En contra de esta posibilidad, REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*, p. 427, quien considera que el consentimiento debe ser expreso en todo caso. En la misma posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas, Madrid, 2009, p. 543.

comunicación, no accede finalmente al contenido de la notificación o rechaza su práctica. Importa notar que, en este caso, el rechazo de la notificación, y la notificación infructuosa, no tendrían los efectos previstos en el artículo 28.3 LAE (y que después se verán), sino que debería procederse a practicar la notificación postal, puesto que no se habrá prestado consentimiento al uso del medio electrónico (artículo 28.1 LAE). Pero si el ciudadano accede al contenido de la notificación, debe reconocerse la perfecta validez de su práctica, toda vez que ha sido “consentida” por el mismo.

2. En el supuesto contemplado por el artículo 59.2 LRJPAC: procedimientos iniciados a solicitud del interesado en los que no haya resultado posible la notificación en el lugar que este haya señalado, toda vez que el artículo citado permite que, en este caso, se practique la notificación “en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio.” De darse estas circunstancias, la Administración puede intentar la notificación electrónica si conoce la disponibilidad de un medio electrónico por parte del destinatario, según he apuntado en el punto anterior.<sup>46</sup> Si el interesado acepta la notificación, puede entenderse que consiente su práctica. Caso de resultar infructuoso el intento, sería de aplicación el artículo 59.5 LRJPAC, debiendo procederse a la publicación sustitutoria de la notificación. No debe reprocharse que la Administración intente a toda costa notificar el acto por un medio no expresamente elegido por el ciudadano, porque este queda mejor resguardado si, en efecto, es notificado personalmente (y conoce el contenido del acto, sus vías de impugnación, etc.), que si se procede directamente a la publicación sustitutoria, pues difícilmente llegará a conocer de manera efectiva la notificación por esta vía.

A mi modo de ver, si nos detenemos en la literalidad de los textos nos desviamos del problema principal en todo este asunto. La pregunta clave es: una vez notificado por correo electrónico, ¿puede el ciudadano alegar que eligió otro medio preferente de notificación, y lograr con ello su calificación como defectuosa, bloqueando la eficacia del acto administrativo? O por el contrario, tomando en consideración el carácter instrumental del

trámite formal en examen, ¿no debemos entender que el acto ha llegado efectivamente a conocimiento del interesado, con todos los requisitos sustanciales y formales, y, por tanto, que nada hay que reprochar al empleo de este medio? En otras palabras: la elección de un medio preferente de notificación no supone un requisito de validez de la notificación, sino que presupone un mayor grado de efectividad del medio, por ser, teóricamente, el que el ciudadano considera más operativo. Ahora bien, esta preferencia suya no puede concebirse como un derecho o un privilegio del destinatario –tanto más, cuanto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo le exige una actitud diligente para recibir las notificaciones administrativas–,<sup>47</sup> pues lo que está en juego es la eficacia del acto, que solo decae cuando se produce indefensión. Antes bien, esta opción o preferencia ha de interpretarse como una manera de facilitar la realización del trámite, que beneficia tanto a él mismo como a la Administración notificadora. Una vez notificado el interesado fehacientemente, lo de menos es el medio que se empleó: lo verdaderamente importante es que conoce el contenido íntegro del acto, en una fecha cierta e indubitada, susceptible de efectuar sin problemas el cómputo del plazo de recurso. En ambos supuestos (iniciación de oficio, e iniciación a instancia de parte con otro medio preferente de notificación), de no suscribirse esta hipótesis, quedaría a criterio del interesado elegir un medio de notificación que dificulte su práctica y le favorezca de hecho, en perjuicio del interés general, pudiendo provocar la caducidad del expediente o la producción de un acto presunto estimatorio –según haya sido la forma de iniciación del procedimiento–, o retardando la eficacia del acto administrativo.

El mismo argumento puede aducirse en el caso contrario: si el ciudadano señala el medio electrónico como preferente, y la Administración opta por enviarle la notificación por otro medio. No creo que esta hipótesis vaya a darse en la práctica, salvo en el caso de que, intentada la notificación electrónica, resulte inviable su práctica por algún motivo técnico. En tal caso, es perfectamente lógico que se intente la notificación por otros medios.<sup>48</sup>

46. Es opinión mayoritaria en la doctrina: *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 72; BAUZÁ MARTORELL, J. F.: *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 194. En la posición contraria, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 142 y ss.

47. STS 12/12/97, Ar. 2264/98.

48. El principal argumento que se ofrece para rechazar este planteamiento es que la elección del medio como preferente hace que el interesado pueda esperar razonablemente que la notificación se practicará utilizando precisamente el medio electrónico y no otro, en cuyo caso, si la Administración altera esta prelación, podría generar indefensión al interesado: *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 73.

Ahora bien, cuando el ciudadano no ha designado como preferente este medio de notificación, y la Administración acude a él, el trámite debe desarrollarse conforme al régimen general, y en particular: 1) El mero depósito de la notificación en el buzón electrónico del destinatario no interrumpirá el plazo de resolución y notificación; y 2) No podrá entenderse rechazada la notificación si permanece diez días en el buzón electrónico del destinatario sin que este acceda a su contenido.

De otro lado, no creo que en ninguno de los casos anteriores sea requisito determinante para la validez de la notificación que se advierta al ciudadano que el trámite que se está practicando sea precisamente una notificación, como defienden algunos autores, dado que ninguna disposición obliga a que las notificaciones adviertan expresamente al destinatario de su naturaleza de tales, bastando con que incluyan los contenidos que relaciona el artículo 58.2 LRJPAC.

A mi juicio, basta que la notificación se practique en los términos anteriormente expuestos para que pueda reputarse válida, sin necesidad de ningún requisito adicional. Ni siquiera que, como dispone el artículo 36.6 RD LAE: "Se entenderá consentida la práctica de la notificación por medios electrónicos respecto de una determinada actuación administrativa cuando, tras haber sido realizada por una de las formas válidamente reconocidas para ello, el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación. La notificación surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado realice dichas actuaciones." Esta previsión reglamentaria parte de la idea (desde mi punto de vista equivocada) de que, en el caso de que el ciudadano no haya señalado como preferente el medio electrónico, las notificaciones practicadas por ese medio son inválidas, y se subsanan cuando el ciudadano hace ver que ha sido notificado, por analogía con lo dispuesto en el artículo 58.3 LRJPAC. Pero a mi modo de ver, se incurre de este modo en un grave error de apreciación: la notificación no incurre en ningún vicio y, por consiguiente, no puede considerarse inválida. Si se puede demostrar (por medios meramente elec-

trónicos) que el interesado recibió la notificación, la fecha en que lo hizo, y con todos sus requisitos de contenido (acto íntegro, pie de recursos), en modo alguno puede decirse que la notificación sea defectuosa, y queda, además, constancia de que ha llegado felizmente a su destinatario. No hay, por tanto, nada que subsanar. Sencillamente, se ha practicado la notificación por un medio válido, debido a que no existe constancia del preferente o que, intentado este último, no se pudo culminar el trámite. Afirmar lo contrario supone erigir un obstáculo completamente infundado a la eficacia del acto administrativo, y digo infundado recordando el sentido que adquiere la notificación en nuestro Derecho: como se advirtió desde un comienzo, constituye un trámite meramente formal que presta soporte a un derecho material, el de no padecer indefensión. Si llega a manos del destinatario un documento, sea con el soporte que sea, que permite entender satisfecho ese derecho material, no existe fundamento alguno para trabar la actuación administrativa reputándola ineficaz. Ahora bien, si el medio de notificación electrónica empleado no permite a la Administración conocer si el interesado llegó a acceder a la notificación,<sup>49</sup> entonces sí adquiere pleno sentido la previsión del artículo 36 RD LAE, pues, en tal caso, la notificación devendrá eficaz cuando el destinatario realice actuaciones de las que se deduzca que conoce el contenido.

### 3.3.2. La suscripción de procedimientos

En la ordenación legal de esta materia, contenida en el artículo 59.3 LRJPAC, solo se exigía que los ciudadanos señalasen el medio electrónico como preferente, lo que no exigía necesariamente que lo hicieran en cada procedimiento en el que ostentasen la condición de interesados, y tampoco en clases o categorías de procedimientos en los que declarasen su preferencia por el medio electrónico. Sin embargo, el desarrollo de que fue objeto esta cuestión por la Administración del Estado, emulada después por otras administraciones públicas, supuso la irrupción en escena de un nuevo e inesperado trámite: la "suscripción de

49. Es oportuno articular en este punto la diferenciación que propone VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 148: si el servicio de notificaciones es de titularidad de la Administración (como sucede con el que presta Correos y Telégrafos), será extremadamente fácil probar si el interesado accedió al contenido de la notificación. Por el contrario, esto será más complicado cuando la notificación es entregada mediante servidores de titularidad privada.

procedimientos". En resumen, los sistemas de notificaciones telemáticas articulados por las administraciones públicas exigían (y exigen todavía) al ciudadano superar dos etapas sucesivas: primera, el alta en el servicio, procedimiento mediante el que se procedía a la creación de una "dirección electrónica" en la que recibirá las notificaciones que se le practiquen; segunda, la suscripción de procedimientos, es decir, la indicación de los concretos procedimientos administrativos en que desean ser notificados por medios electrónicos. Esto último se articula mediante la publicación de un panel o relación de procedimientos en los que la Administración actuante ofrece la posibilidad de ser notificado por medios telemáticos, de forma que el ciudadano elige (normalmente, activando una casilla contigua a cada procedimiento), en qué concretos casos se "suscribe" al servicio y desea que se le practiquen las notificaciones telemáticas.

A mi juicio, este sistema de suscripción es uno de los motivos del fracaso del sistema de notificaciones electrónicas seguras. Exige que cada ciudadano revise continuamente el panel de procedimientos disponibles, para seleccionar aquellos en los que activa el servicio de notificaciones telemáticas. Salvo que se trate de profesionales que se relacionen frecuentemente con la Administración, y estén interesados vivamente en darse de alta en nuevos procedimientos, es bastante remota la posibilidad de que los ciudadanos accedan pacientemente, una y otra vez, al portal del servicio de notificaciones, para activar el servicio en los nuevos procedimientos que la Administración haya ido añadiendo a la lista. A esto se le debe añadir la multiplicidad de focos de relación, pues esta misma y repetitiva operación de suscripción de procedimientos debía llevarse a cabo, por cada ciudadano, en cada una de las administraciones públicas con que se relacione.

Como solución a este orden de cosas, cabe que las administraciones públicas articulen servicios de Administración electrónica que permitan a los ciudadanos predefinir, con carácter general, su preferencia por el medio electrónico. Un buen ejemplo son las carpetas ciudadanas antes aludidas. Como sostuve en el epígrafe anterior, creo que esta operación constituye una expresión general de consentimiento, que permite la posterior práctica de notificaciones telemáticas en procedimientos iniciados de oficio.

### 3.3.3. El derecho a cambiar de medio de notificación: remisión

El artículo 28.4 LAE dispone: "Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir al órgano correspondiente que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos, utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992." Esta previsión fue comentada en el epígrafe 3.2.3, al que remito.

## 4. La práctica de las notificaciones electrónicas y sus incidencias

### 4.1. Las formas de notificación

Resulta posible articular diferentes sistemas de notificación administrativa, lo que el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 califica como "formas" de notificación (artículo 35.2). Regula una serie heterogénea de herramientas, plataformas y aplicaciones con las que proceder a la práctica de la notificación. Todas ellas deben reunir los requisitos generales que establece el artículo 28.2 LAE, a saber: "El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido." Huelga decir que el sistema de notificación debe reunir asimismo los requisitos generales de las comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 27.2 LAE: "que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas." Parece claro que estas cláusulas generales permiten articular sistemas diferentes de notificación administrativa, encontrando un amplio juego los conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, se exige que quede constancia de la transmisión, pero no que sea fehaciente, por lo que la prestación de servicios de notificación no queda reservada al sector público ni a operadores cualificados. Por lo demás, ya hemos comentado anteriormente otros aspectos, como la identificación fidedigna de las partes. Aquí parece oportuno centrarse en los sistemas directamente previstos por el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007.

En otro orden de consideraciones, hemos de recordar el escaso favor que se hace al ciudadano cuando se articulan diferentes formas de notificación y, además,

cuando cada Administración pública puede regular y establecer las propias, sin que exista un punto único de acceso en el que acceder a todas las notificaciones que se le practiquen.<sup>50</sup> Dada la diligencia que debe mostrar el interesado para ser notificado, debido a la fugacidad del plazo en que tiene la notificación disponible antes de que se suponga que la ha rechazado (cuestión en la que insiste especialmente Martín Delgado),<sup>51</sup> la existencia de múltiples fuentes notificantes, que le obligan a revisar periódicamente servidores, servicios o plataformas diferentes de notificación, no parece que constituya una situación muy tranquilizadora. Estas carencias solo podrían solventarse si tales formas de notificación tuviesen asociada una utilidad adicional de aviso de notificación por sms o por correo electrónico convencional, como ya sucede en muchos casos.<sup>52</sup> La inexistencia de esta utilidad ha podido ser una causa determinante del escaso éxito de los servicios de notificaciones electrónicas implantados hasta hoy.

#### 4.1.1. La dirección de correo electrónico habilitada

Esta noción viene a reemplazar a la dirección electrónica única que regulaba el RD 209/2003. El artículo 38 RDLAE la configura del siguiente modo:

“Artículo 38. Notificación mediante la puesta a disposición del documento electrónico a través de dirección electrónica habilitada.

“1. Serán válidos los sistemas de notificación electrónica a través de dirección electrónica habilitada siempre que cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

“a) Acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación.

“b) Posibilitar el acceso permanente de los interesados a la dirección electrónica correspondiente, a través de una sede electrónica o de cualquier otro modo.

“c) Acreditar la fecha y hora de acceso a su contenido.

“d) Poseer mecanismos de autenticación para garantizar la exclusividad de su uso y la identidad del usuario.

“2. Bajo responsabilidad del Ministerio de la Presidencia existirá un sistema de dirección electrónica habilitada para la práctica de estas notificaciones que quedará a disposición de todos los órganos y organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado que no establezcan sistemas de notificación propios. Los ciudadanos podrán solicitar la apertura de esta dirección electrónica, que tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos en que se solicite su revocación por el titular, por fallecimiento de la persona física o extinción de la personalidad jurídica, que una resolución administrativa o judicial así lo ordene o por el transcurso de tres años sin que se utilice para la práctica de notificaciones, supuesto en el cual se inhabilitará ésta dirección electrónica, comunicándose así al interesado.

“3. Cuando se establezca la práctica de notificaciones electrónicas con carácter obligatorio, la dirección electrónica habilitada a que se refiere el apartado anterior será asignada de oficio y podrá tener vigencia indefinida, conforme al régimen que se establezca por la Orden del Ministro de la Presidencia a la que se refiere la disposición final primera.”

La primera consideración que merece el texto es que renuncia al carácter unitario del sistema de notificación,<sup>53</sup> reconociendo la posibilidad de que cada órgano u organismo público configure y mantenga su propio servicio de notificaciones electrónicas. El nuevo régimen suscita un comentario positivo en la medida en que acaba con el monopolio de facto que, meras normas reglamentarias y un convenio administrativo, habían constituido en beneficio de Correos y Telégrafos para prestar un servicio que, en ningún momento, había sido objeto de reserva al sector público mediante una norma con rango de ley.<sup>54</sup> Pero obliga a realizar un reproche, en la medida en que no solo consagra, sino que potencia, la situación actual, en la que existe una

50. Aspecto en el que ya insistí en GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, op. cit., p. 196 y ss.; y en el que también insisten VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 157 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 549 y ss.

51. Así, en MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 113.

52. Es una propuesta de MARTÍN DELGADO, I.: “Las notificaciones...”, op. cit., p. 206, que también comparte MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 555.

53. Me refiero a la dirección electrónica única, regulada por el RD 209/2003 y por la Orden PRE/1551/2003, en la que el ciudadano venía recibiendo todas las notificaciones emitidas por la Administración del Estado.

54. Sobre todo ello, vid. GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas...*, op. cit., p. 195 y ss.

gran cantidad y diversidad de servicios de notificación mantenidos por diferentes administraciones públicas, que, por lo común, obligan a los ciudadanos a darse de alta individualizadamente en cada uno de ellos, y a suscribir los concretos procedimientos en que deseen ser notificados por medios telemáticos. En este sentido, resulta paradójico que Correos y Telégrafos ostente un derecho exclusivo a la realización de notificaciones administrativas con constancia fehaciente de su entrega (en este caso, constituido mediante la norma de suficiente rango legal), al que, necesariamente, deben acudir todas las administraciones públicas que deseen enviar notificaciones postales; y que, en cambio, para las notificaciones telemáticas no exista una estafeta única, o un servicio centralizado de notificaciones telemáticas. Creo que esta situación también es determinante para explicar la baja implantación que tiene entre la ciudadanía la notificación electrónica.

En cuanto a los requisitos que establece el apartado 1 del artículo, no se comprende bien su sentido. Por una parte, suponen una reiteración de los que directamente derivan de los artículos 27.3 y 28.2 LAE; pero, por otra parte, se omiten algunos de ellos, como la necesidad de que quede constancia del contenido íntegro de las comunicaciones. A mi juicio, ello no puede suponer una renuncia a la exigencia de este requisito.

La dirección electrónica habilitada se configura como un servicio, prestado por el Ministerio de la Presidencia,<sup>55</sup> que ostenta carácter subsidiario frente a los sistemas de notificación electrónica que desarrollen otros órganos u organismos. Esta dirección electrónica será la que opere en supuestos de imposición obligatoria del medio electrónico, procediéndose de oficio a su creación y asignación. A salvo, naturalmente, de que el instrumento, mediante el que se imponga el canal obligatorio, establezca otra dirección diferente. Cabe pensar, por lo demás, que, en su aplicación práctica, este servicio de notificación electrónica será precisamente el que viene prestando Correos y Telégrafos, al amparo del antiguo artículo 59.3 LRJPAC y sus disposiciones de desarrollo.<sup>56</sup> Personalmente pienso que la articulación

de otros sistemas de notificación idénticos a este sería un auténtico despilfarro. Podría entenderse la puesta en marcha de otros sistemas diferentes de notificación como los que se indican más abajo, pero no de uno análogo a este mantenido por otros órganos u organismos.<sup>57</sup>

#### 4.1.2. Sistemas de correo electrónico con acuse de recibo

El artículo 39 RDLAE regula esta cuestión bajo la rúbrica “notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico” –distinta del calificativo que esta forma de notificación recibe en el artículo 38.1 b) RDLAE–, disponiendo que: “Se podrá acordar la práctica de notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que se genere automáticamente y con independencia de la voluntad del destinatario un acuse de recibo que deje constancia de su recepción y que se origine en el momento del acceso al contenido de la notificación.”

Esta previsión contempla la posibilidad de que la ciudadanía designe como forma de notificación un servicio de mensajería electrónica prestado por operadores privados, rompiendo el monopolio que venía representando hasta ahora la dirección electrónica única de Correos y Telégrafos, coherentemente con la libre prestación de tales servicios, que en ningún momento han sido reservados al sector público mediante disposiciones legales.

El precepto exige que el servicio de mensajería electrónica disponga de una concreta utilidad: un acuse de recibo, generado por el sistema de manera automática (con independencia de la voluntad del destinatario), en el momento del acceso al contenido de la notificación. Se trata, ciertamente, de una utilidad escasamente extendida en los servicios actuales de mensajería electrónica, pero que puede articularse perfectamente con las debidas adaptaciones informáticas. Por ejemplo, programas de correo electrónico, como Outlook®, permiten activar dos avisos diferentes: de entrega, y de lectu-

55. Debido a que, tras el último ajuste ministerial, la competencia en materia de Administración electrónica se ha transferido del tradicional Ministerio de Administraciones Públicas (ahora de Política Territorial) al Ministerio de la Presidencia.

56. Para conocer sus pormenores, *vid.* GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas...*, *op. cit.*, p. 227 y ss.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, *op. cit.*, p. 544 y ss.

57. Por ejemplo, la reciente modificación de la Ley de tráfico crea la llamada “Dirección Electrónica Vial”. Todavía es poco lo que se sabe acerca de su configuración, pero parece responder a los mismos rasgos que la dirección electrónica habilitada de la que habla el artículo 38 RDLAE. Sería absurdo que se tratase de dos sistemas de notificación idénticos, desarrollados y mantenidos por organismos públicos diferentes.

ra; el primero se genera automáticamente, el segundo depende normalmente de la voluntad del destinatario. El prestador del servicio de mensajería electrónica en examen, debería prestar la utilidad de que ese aviso de lectura se genere automáticamente, sin quedar al criterio del receptor. La previsión, con ser muy positiva, suscita una serie de comentarios.

En primer lugar, de índole jurídica. Se notará, en este sentido, que el artículo 39 RDLAE no reconoce un derecho subjetivo de la ciudadanía a recibir notificaciones en este tipo de direcciones electrónicas. Dado que “se podrá acordar la práctica”, esto significa que queda a criterio del órgano o entidad actuante habilitar esta forma de notificación.

Siguiendo aún con consideraciones de tipo jurídico, el artículo 39 RDLAE establece que el acuse de recibo debe generarse al acceder al contenido de la notificación. Llama poderosamente la atención que no se prevea un acuse de recibo de la entrega en el buzón, pues ese momento es determinante del inicio del plazo de depósito de la notificación, y como veremos más tarde, el transcurso de diez días desde ese momento da lugar a una presunción *iuris et de iure* de rechazo tácito de la notificación; debemos entender que la Administración deberá remitir el mensaje, en todo caso, con acuse de recibo de entrega, utilidad añadida que actualmente prestan sin problemas los servicios de mensajería electrónica.<sup>58</sup>

La exigencia del acuse de recibo de acceso al contenido de la notificación, tiene necesariamente que ver con lo previsto en el artículo 28.2 LAE, que declara que en ese momento se entenderá practicada la notificación a todos los efectos legales.<sup>59</sup> Es muy frecuente que la notificación se articule en la práctica mediante un fichero adjunto al mensaje de correo, que contiene el documento a notificar, normalmente en formato pdf. Es relativamente sencillo que los servidores de mensajería electrónica puedan ser programados para generar el acuse de recibo cuando el ciudadano acceda al contenido del mensaje mediante el que se le adjunta el fichero, pero no parece fácil que se pueda articular un acuse de recibo para cuando el ciudadano acceda al contenido del fichero adjunto. Si nos atenemos a la

literalidad de la Ley, no podrían enviarse notificaciones electrónicas a direcciones electrónicas convencionales. Cuando el órgano notificador tenga como práctica esta fórmula de envío, no podrá acordar este medio de notificación con el interesado.

Por otra parte, si la notificación se realiza incorporando el contenido del acto directamente al mensaje de correo electrónico, tendremos el problema de probar la recepción íntegra del contenido. Esto solo puede hacerse (al menos, por ahora) con firmas electrónicas asociadas al envío y recepción del mensaje. Pero, por una parte, el precepto en examen no las exige, y por otra, los servicios de mensajería electrónica convencional no suelen soportar sistemas de firma electrónica. Tendremos, por consiguiente, un problema de constancia del contenido del mensaje. Cabe formular aquí las mismas reflexiones que hice más arriba acerca de las notificaciones por fax: si el ciudadano declara su voluntad de ser notificado por ese medio, la Administración vendrá resguardada por el principio *non venire contra factum proprium* ante eventuales recursos del destinatario que cuestionen el medio de notificación empleado.

Otra cuestión, que no debemos pasar por alto, es que la configuración de la utilidad de generación automática del acuse de lectura del mensaje debería articularse, por el prestador del servicio de mensajería, asociada únicamente a los mensajes que se entreguen con solicitud de generación automática de dicho aviso, pues muchos usuarios no desean que se genere el aviso automático de lectura de todos los mensajes que se descarguen, aunque pueden hacer excepción puntual con los mensajes que contengan notificaciones administrativas; el problema será articular técnicamente esta diferenciación.

Por último, se plantea el problema práctico de cómo recabar la indicación del ciudadano de que se practiquen notificaciones por este medio. Estimo que, de plantearse en un formulario la opción de indicar esta forma como medio preferente de notificación, se le debe advertir expresamente que el servicio de mensajería electrónica ha de generar un acuse de recibo del acceso al contenido del mensaje, para evitar complica-

58. También MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 103, ha destacado la omisión del legislador en este punto, poniendo asimismo de relieve la necesidad de que la Administración pueda acreditar el momento del envío del mensaje. Por mi parte, como indico en el texto, creo que debe poder documentar el momento de su entrega en el servidor del destinatario.

59. Dejamos para después los comentarios sobre el artículo 28.2 LAE y nos centramos ahora en las consecuencias que entraña sobre la forma de notificación.

ciones sobre todo a la propia Administración, que permitiría mensajes sin llegar a recibir después los acuses de recibo, y no tanto al ciudadano, que normalmente recibirá el mensaje sin problema.

#### 4.1.3. Comparecencia electrónica

En este punto, existe un régimen básico contenido directamente en el artículo 28.5 LAE, que dispone: “Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dicho acceso.” Supone la puesta a disposición de la información en un punto de acceso electrónico (a mi modo de ver, dicho punto debería reunir los requisitos de la sede electrónica establecidos en el artículo 10 LAE), a fin de que el destinatario acceda al contenido de la actuación mediante conexión telemática.

El artículo 40 RDLAE añade tres requisitos a esta forma de notificación: que el interesado quede debidamente identificado (lo cual puede hacerse mediante los diferentes sistemas previstos en los artículos 14 a 16 LAE), y además (artículo 40.2 RDLAE):

“a) Con carácter previo al acceso a su contenido, el interesado deberá visualizar un aviso del carácter de notificación de la actuación administrativa que tendrá dicho acceso.

“b) El sistema de información correspondiente dejará constancia de dicho acceso con indicación de fecha y hora.”

No se acaba de ver la necesidad del primero de los requisitos establecidos en el artículo 40.2 RDLAE, que considero un elemento superfluo. A mi juicio, lo que debería haberse salvado expresamente es que el acceso electrónico permita satisfacer todos los requisitos del contenido de la notificación que establece el artículo 58.2 RDLAE, y en particular, la indicación de si el acto es o no definitivo, los recursos que procedan contra el mismo, su plazo de interposición y el órgano ante el cual presentarlos.

Esta forma de notificación puede resultar especialmente útil cuando los ficheros electrónicos que contienen actos a notificar sean de gran tamaño, y ello complique su envío telemático a direcciones electrónicas habilitadas o a servicios de mensajería electrónica, susceptibles de dar fallos en tales circunstancias.

#### 4.1.4. La publicación sustitutoria en tablones de edictos electrónicos

No se puede olvidar que el artículo 12 LAE establece que “La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria, deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente.” Los casos en que opera la publicación sustitutoria de la notificación, aparecen contemplados en los apartados 5 (párrafo 2º) y 6 del artículo 58 LRJPAC. No presentan ninguna particularidad en la materia que nos corresponde tratar, más allá del recordatorio de que la publicación en tablón de anuncios electrónico también puede ser una forma de notificación.

#### 4.1.5. Otros medios de notificación electrónica. En particular, la mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial

El artículo 35.2 d) RDLAE admite que se puedan articular “Otros medios de notificación electrónica (...), siempre que quede constancia de la recepción por el interesado en el plazo y en las condiciones que se establezcan en su regulación específica.” Poco comentario cabe hacer de esta previsión, más allá de recordar que, si bien se corresponde con la generalidad de los medios de notificación que establece el artículo 59.1 LRJPAC, admite unos desarrollos muy diversos en las diferentes administraciones públicas (en este caso, en los diferentes órganos y entidades del sector público estatal), lo que no siempre será deseable.

Por otra parte, cabe plantearse algunas formas de notificación que, en la práctica, pueden articular las administraciones públicas, especialmente en el caso de que dispongan de redes intranet, y en las relaciones de sujeción especial.

En efecto, existe una gran cantidad de redes intranet dependientes de las administraciones públicas, por las que los mensajes electrónicos circulan de manera fiable, y bajo la supervisión de un administrador del sistema generalmente dotado de la condición de funcionario público, quien puede certificar los intercambios electrónicos habidos en el dominio gracias a los mecanismos de traza de que se encuentran provistos los servidores de mensajería electrónica, que permiten incluso señalar desde

qué localización IP se ha enviado o descargado un mensaje en un equipo terminal. A mi modo de ver, en estas circunstancias se cumplen todos los requisitos para que el documento que certifica esas transacciones (ya sea electrónico, o posteriormente impreso en soporte papel) adquiera la condición de documento público administrativo, dando fe de que ese intercambio electrónico tuvo lugar. Esta certificación puede completarse con el archivo en el expediente de la copia electrónica o impresa del mensaje enviado. El envío debería configurarse con un acuse de recibo automático de acceso al contenido del mensaje.

A estas garantías de seguridad se les asocia el poder de sujeción especial que la Administración ejerce sobre su personal,<sup>60</sup> que le permite implantar un sistema de mensajería electrónica para todo tipo de comunicaciones, facilitando a cada efectivo un buzón personal dotado de clave secreta de acceso, y responsabilizándole de su custodia,<sup>61</sup> estableciendo expresamente mediante una norma reglamentaria (reglamento organizativo) el citado servicio de mensajería electrónica como medio de notificación interno.

Dándose todas estas circunstancias,<sup>62</sup> nada impide conceder pleno valor a la notificación realizada mediante un sistema de mensajería electrónica convencional. Quizá convenga puntualizar que, en el caso de acontecer alguna incidencia, el interesado siempre podrá ofrecer prueba *a contrario* de que no recibió el mensaje, destruyendo la presunción que beneficia a la Administración.

#### 4.1.6. Un ejemplo sectorial: la Dirección Electrónica Vial

Por último, conviene destacar una novedad que se produce justamente cuando este trabajo se envía a imprenta: la articulación de un sistema específico de notificaciones administrativas en materia de tráfico, mediante la Ley que modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora. No es posible detenerse con detalle en el análisis de esta regulación, que merece, en cualquier caso, una síntesis de sus contenidos. El más relevante es, sin duda, el siguiente artículo, de nueva redacción, que se incorpora al texto de la Ley de tráfico:

“Artículo 59 bis. Domicilio y Dirección Electrónica Vial (DEV) de los titulares de una autorización administrativa.

“1. El titular o titulares de las autorizaciones administrativas de circulación o de circulación de vehículo comunicará a los Registros de la Dirección General de Tráfico su domicilio. Este domicilio se utilizará para efectuar las notificaciones respecto de todas las autorizaciones de que disponga.

“2. En el historial de cada vehículo podrá hacerse constar, además, un domicilio a los únicos efectos de gestión de los diferentes tributos relacionados con el vehículo.

“3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero, la Dirección General de Tráfico asignará además a todo titular de una autorización administrativa de conducción o de circulación de vehículo, y con carácter

60. Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994, p. 358 y ss., y p. 383 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP-Civitas, Madrid, 1994, p. 233 y ss.; GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 169; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit., tomo 2, Civitas, Madrid, 1999, p. 2510 y ss.; MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 71 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: “Relación especial de sujeción”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo 4, Civitas, Madrid, 1995, p. 5756 y ss.; CASTILLO BLANCO, F. A.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 87 y ss.; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, p. 867 y ss.

61. Para BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, op. cit., p. 51, las claves personales garantizan la identidad en la operación telemática, de modo que su cesión por su titular a un tercero le hace personalmente responsable de las consecuencias que de ello pudieran derivarse, por negligencia en su custodia y secreto; el autor considera que la cesión de estas claves equivale a la cesión de la identidad, y que cuando no es posible garantizar su secreto el sistema no es válido.

62. En mi monografía: *Los medios de notificación...*, op. cit., p. 112, resumí en cuatro los requisitos que debe reunir un sistema de mensajería electrónica como el descrito: 1º) La dotación de direcciones electrónicas a todos los sujetos a que se aplique la medida, con asignación de clave personal y secreta de acceso, y del hardware necesario para acceder al servidor; 2º) La responsabilización a los usuarios del uso y custodia de su clave; 3º) La configuración automática de todos los envíos con acuse de recibo, archivando este en el expediente (recordemos en este sentido que el propio expediente puede ser electrónico en su integridad, no siendo preciso su archivo en soporte papel); y 4º) La designación del administrador del sistema que pueda certificar, en su caso, la circulación del mensaje por la red intranet mediante la documentación de las trazas correspondientes.

previo a su obtención, una Dirección Electrónica Vial (DEV). Esta dirección se asignará automáticamente a todas las autorizaciones de que disponga su titular en los Registros de Vehículos y de Conductores.

“4. La asignación de la Dirección Electrónica Vial se realizará también al arrendatario a largo plazo que conste en el Registro de Vehículos, con carácter previo a su inclusión.

“5. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, si el titular de la autorización es una persona física solo se le asignará una Dirección Electrónica Vial cuando lo solicite voluntariamente. En este caso, todas las notificaciones se practicarán en esa Dirección Electrónica Vial conforme se establece en el artículo 77, sin perjuicio del derecho que al interesado le reconoce el artículo 28.4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

“6. En la Dirección Electrónica Vial además se practicarán los avisos e incidencias relacionados con las autorizaciones administrativas recogidas en esta Ley.”

Como se observa, la Dirección Electrónica Vial (DEV) es obligatoria para las personas jurídicas, y voluntaria para las físicas. En el caso de las primeras, se procederá a su creación de oficio con carácter previo a la expedición de la autorización de conducción (personas físicas) o de circulación de vehículos (personas físicas o jurídicas). Cada persona dispondrá de una sola DEV para recibir todas las notificaciones que se le dirijan, caso de que sea titular de diferentes vehículos.

El artículo 74.3 f) de la Ley de tráfico recibe también una nueva redacción, en cuya virtud, el domicilio (postal) que se indique del interesado en las denuncias de tráfico, no será tenido en consideración si tuviese asignada una DEV, previsión que hemos de entender restringida a las asignaciones obligatorias de la DEV, o a las voluntarias expresamente admitidas. El artículo 77.1 de la Ley, con arreglo a su nueva redacción, dispone que las notificaciones integradas en los procedimientos sancionadores de tráfico se practicarán en la DEV; y el apartado 2 del mismo artículo establece las reglas operantes en la práctica de la notificación, que se corresponden con las establecidas en el artículo 28 LAE. Ahora bien, el apartado 3 de dicho artículo, y el artículo 78, establecen previsiones novedosas que también conviene consignar, a saber:

“Artículo 77. (...)

“3. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el

momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

“Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se anotará esta circunstancia en el expediente sancionador, junto con el día y la hora en que se intentó, y se practicará de nuevo dentro de los tres días siguientes. Si tampoco fuera posible la entrega, se dará por cumplido el trámite, procediéndose a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“Si estando el interesado en el domicilio rechazase la notificación, se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, teniéndose por efectuado el trámite y continuándose el procedimiento.

“Si el resultado de la notificación es que el interesado es desconocido en el domicilio al cual se dirigió la misma, la Administración procederá a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“Artículo 78. Notificaciones en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“1. Las notificaciones que no puedan efectuarse en la Dirección Electrónica Vial o en el domicilio indicado, se practicarán en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA). Transcurrido el período de veinte días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el TESTRA se entenderá que ésta ha sido practicada, dándose por cumplido dicho trámite y continuándose con el procedimiento.

“2. El Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico será gestionado por la Dirección General de Tráfico. La práctica de la notificación en el mismo se efectuará en los términos que se determinen por Orden del Ministro del Interior.”

Otras disposiciones hacen puntual mención a la DEV, como el artículo 85.3, que establece que la retirada de vehículos se notificará en la Dirección Electrónica Vial cuando el titular disponga de ella (hemos de añadir: y deba usarla obligatoriamente, o haya aceptado su utilización); o la disposición adicional 5ª, que permite a las comunidades autónomas, con competencias ejecutivas en materia de tráfico, sustituir las notificaciones en la Dirección Electrónica Vial por notificaciones a través de sus propias plataformas informáticas, para aquellos ciudadanos que opten por las mismas.

Todo este nuevo orden de cosas resultará indudablemente polémico. Los datos estadísticos formales apuntan a la informatización de todas las empresas españolas, pero no está tan claro que se encuentren

informatizadas todas las personas jurídicas, concepto que abraza un ámbito subjetivo mucho mayor. Por otra parte, no todas las empresas están informatizadas con el mismo nivel: es patente que las pequeñas explotaciones agrícolas, o sociedades limitadas de pequeñas dimensiones, apenas disponen, en muchos casos, de un simple ordenador personal. Cabe suponer, no obstante, que si la persona jurídica en cuestión dispone de medios para adquirir un vehículo, también debe tenerlos para disponer de equipos informáticos, conexión a Internet, y un servicio de mensajería electrónica. Por más que la decisión de obligar a recibir las notificaciones por este medio suscite dudas de justicia material, no puede olvidarse que se impone mediante una norma con rango de Ley que, además, ha recibido un amplio respaldo parlamentario. La cláusula de cierre que podemos apuntar en este régimen es que, cuando una persona jurídica adquiera un vehículo y no disponga de los medios para acceder a las notificaciones en la Dirección Electrónica Vial, habrá de designar un representante (por ejemplo, contratando los servicios de un asesor o gestor) que reciba las notificaciones en su nombre.

#### 4.2. Reglas específicas en cuanto al acceso

Los apartados 2 y 3 del artículo 28 LAE construyen una serie de reglas específicas en relación con las incidencias que pueden presentarse en la práctica de las notificaciones electrónicas. Se trata, por tanto, de determinaciones relativas a la eficacia del acto administrativo notificado. Las estudiamos seguidamente. Como presupuesto del análisis, es preciso recordar que en la mayoría de formas de notificación se articulan momentos sucesivos claramente diferenciados, cuya secuencia conviene recordar antes de analizar el régimen jurídico de esta materia. Son los siguientes:

1. La entrega al destinatario de un mensaje electrónico, depositado en un servidor (o buzón), que puede consistir en una dirección electrónica habilitada, o en una dirección electrónica con acuse de recibo de lectura. Es una práctica muy extendida que el mensaje remitido a ese buzón no contenga directamente el acto notificado, sino que este se remita en un fichero ligado al mensaje de correo electrónico, generalmente en formato pdf.

2. La conexión del destinatario al servicio de mensajería electrónica o plataforma de notificación. En este

momento puede visualizar una lista de mensajes pendientes de leer, pero todavía no ha accedido al contenido de ninguno de ellos.

3. La recepción por el destinatario de la notificación, mediante la descarga del mensaje en su equipo terminal, junto con el fichero ligado en el que se contiene verdaderamente el acto notificado.

4. La lectura por parte del destinatario del fichero adjunto, ejecutando el archivo con su programa informático correspondiente.

##### 4.2.1. Momento en que debe entenderse practicada la notificación

El artículo 28.2 LAE dispone: “El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.” Este párrafo determina el *dies a quo* de la notificación, que se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso del interesado a su contenido. No es sencillo determinar el sentido de este precepto.

Si interpretamos la expresión en sentido literal, la notificación solo sería válida cuando quede probado que el interesado ha llegado a acceder materialmente al contenido de la notificación misma. Si atendemos a la secuencia anteriormente descrita, cuando la notificación se contiene en un fichero adjunto a un mensaje electrónico, esto supone que debemos disponer de algún medio probatorio del momento en el que el destinatario abrió ese fichero adjunto al mensaje electrónico. Esta consecuencia resulta sencillamente absurda, y supondría una inexplicable diferencia respecto del régimen de las notificaciones postales, en las que basta la entrega al destinatario o persona habilitada para que se entienda practicado el trámite, sin necesidad de que el cartero deje constancia de que el destinatario abrió el sobre para conocer el contenido de la notificación.

Por esta razón entiendo que, cuando la notificación se articula en los términos expuestos, debe entenderse practicada cuando el destinatario se descargue en un equipo terminal el mensaje electrónico con el que se procede a la notificación (es decir, el “tercer momento” de la relación anterior), ya sea incorporándose directamente a dicho mensaje los

contenidos propios de las notificaciones administrativas, ya sirviendo tan solo para adjuntar un fichero en el que se contiene realmente la notificación.<sup>63</sup> Esta no es la opinión doctrinal mayoritaria: en general, se entiende que es preciso que el destinatario acceda verdaderamente al contenido de la notificación, aunque existen diferentes variantes de esta postura.<sup>64</sup>

#### 4.2.2. Rechazo tácito y permanencia de la notificación a disposición del destinatario

Como prudentemente advierte Valero, el orden de cosas dispuesto por el artículo 28.2 LAE dejaría en manos del interesado el momento en que se perfecciona la notificación, de tal manera que le bastaría con no consultar el contenido de los mensajes para evitar que se produzca la notificación; por ello, resulta preciso definir una regla supletoria temporal, cuya aplicación venga determinada por circunstancias objetivas, al margen de la actitud del interesado.<sup>65</sup> Es lo que busca el artículo 28.3 LAE, con arreglo al cual, el rechazo –tácito– de la notificación electrónica se produce cuando el mensaje se encuentra disponible por espacio de diez días en el buzón del destinatario, sin que este acceda a su contenido. Este régimen constituye una destacable especialidad de este medio de notificación, que excepciona el protocolo aplicable al resto de medios admitidos por la legislación del procedimiento administrativo común, y que he criticado duramente con anterioridad en términos que reitero ahora.<sup>66</sup> Este cambio entraña una verdadera presunción *iuris et de iure*, que además supone una tergiversación de la realidad material, pues, evidentemente, no es lo mismo un rechazo (término que presupone la actitud deliberada de no ser notificado), que una

simple omisión de acceso (que puede ser involuntaria y deberse a una mera omisión, descuido o imposibilidad); por consiguiente, habría sido preferible que, en este caso, la Ley afirmara, sencillamente, que la notificación se entendería practicada a todos los efectos, produciéndose una notificación tácita mejor que un rechazo tácito de la notificación. Las críticas a este régimen legal son unánimes.<sup>67</sup>

En relación con el plazo de permanencia de la notificación en el buzón del destinatario, se plantea Valero la hipótesis de que la Administración pretenda retirarla una vez vencido dicho plazo perentorio, arguyendo razones técnicas, como por ejemplo la limitación del espacio disponible; en su opinión, que suscribo plenamente, el mensaje debería permanecer en el servidor un período prudencial, toda vez que la falta de consulta puede deberse a un mero descuido del usuario y no a su intención deliberada, por lo que sugiere la permanencia del mensaje en tanto se encuentren abiertos los plazos de recurso contra el acto notificado.<sup>68</sup>

#### 4.2.3. Supresión del segundo intento

En conexión con lo anterior, el propio precepto suprime el segundo intento de notificación, que, de acuerdo con las reglas generales, debería tener lugar en el espacio de tres días y a distinta hora. Ambas particularidades de la notificación por correo electrónico no dejan de tener su lógica: el segundo intento encuentra su razón de ser en los medios de notificación de carácter inmediato, que no permiten el depósito del mensaje en algún lugar de donde el destinatario o su representante puedan retirarlo con mayor disponibilidad horaria, dejando constancia del hecho.

63. En la misma posición, ÁLAMO GONZÁLEZ, N.: "La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos (en particular, registros telemáticos y notificaciones telemáticas)", *REDA*, núm. 133, 2007, p. 128; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 553.

64. Por ejemplo, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...* op. cit., p. 171 y ss., parece dar a entender que comparte la misma opinión que defiende en el texto, aunque prefiere que una reforma legal declare que se entenderá practicada la notificación en el momento en que el destinatario acceda al buzón o dirección electrónica (el momento 2 de la secuencia indicada), aunque no llegue siquiera a descargarse el mensaje. Por su parte, MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, p. 98 y ss., es categórico al sostener la exigencia de que se demuestre que el destinatario accede materialmente al contenido de la notificación, extendiéndose en pormenorizar sus razones. También REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", op. cit., p. 403, parece compartir esta última posición.

65. Vid. VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 173.

66. Vid. GAMERO CASADO, E.: "La notificación...", op. cit., p. 521 y ss.; y *Notificaciones telemáticas*, op. cit., p. 221 y ss.

67. Que son especialmente prolijas en MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 109 y ss.; vid. igualmente REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", op. cit., p. 433; BAUZÁ MARTORELL, F. J.: *Procedimiento...*, op. cit., p. 190 y ss.; y VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 153.

68. Vid. VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 134 y ss.

#### 4.2.4. Juicio crítico sobre la asimetría de los regímenes jurídicos en función del medio de notificación

Debo manifestar mi oposición respecto al agravio comparativo que todo ello representa sobre el destinatario cuando elige un medio electrónico de notificación y, sobre todo, cuando el mismo le resulte obligatorio por imposición legal o reglamentaria.<sup>69</sup> Así, en el régimen jurídico de la notificación postal derivado de la Ley del servicio postal y de su Reglamento ejecutivo, el ciudadano dispone de dos intentos sucesivos de notificación, ambos con depósito de aviso en su casillero domiciliario, y del pase a lista del envío en el caso de no encontrarse presente en el domicilio; cuando después de todo esto no se logra el objetivo, se procede a la publicación sustitutiva del acto, y no a proseguir los trámites del procedimiento, por entenderse tácitamente rechazada la notificación. Por el contrario, en la notificación por correo electrónico, basta con que se encuentre disponible en el buzón del destinatario durante diez días para que se entienda rechazada tácitamente, en lugar de procederse a su publicación sustitutiva.

En otros lugares he sostenido que la transición a la Administración electrónica no puede condicionarse a un principio de igualdad en sentido estricto (que el régimen jurídico sea el mismo cuando se utiliza soporte papel o electrónico), sino a un principio de integridad de garantías: se trata de que, analizado un procedimiento en su globalidad, el interesado disponga de garantías equivalentes (no necesariamente idénticas) cualquiera que sea el soporte o el medio empleado.<sup>70</sup> En materia de notificaciones electrónicas es acorde con ese principio que se suprima el segundo intento de notificación, porque resulta superfluo; en cambio, sí se debe garantizar la permanencia de la notificación en el punto de acceso electrónico durante un espacio suficiente de tiempo

(pues no parece que diez días naturales sean mucho tiempo), o bien, alternativamente, mantener la notificación a disposición del destinatario, incluso vencido el plazo legal máximo para entender realizado el trámite, y al menos por el tiempo en que sea susceptible de recurso, así como evitar el juicio peyorativo de que el no acceso al contenido de la notificación constituye un supuesto de rechazo (esto último debería ser así en todos los medios de notificación, o no serlo en ninguno).

#### 4.2.5. Imposibilidad técnica o material de acceso al contenido

Otro aspecto nada pacífico del régimen de las notificaciones electrónicas es el inciso final del artículo 28.3, según el cual “Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido (...) salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.”

Ante todo, es preciso acotar el alcance de la imposibilidad, que debe ser exclusivamente la que resulte imputable al proveedor del servicio de mensajería electrónica, y nunca a otro tipo de causas (enfermedad del destinatario, avería de su equipo terminal, o cualquier otra) que permitan al destinatario condicionar por sí mismo la validez de la notificación con gran facilidad: siendo requisito *sine qua non* para el empleo de este medio de notificación el previo consentimiento del destinatario, parece justo que recaiga sobre él toda incidencia relativa a su esfera personal y no al mal funcionamiento del servidor, porque de otro modo la eficacia del acto queda excesivamente condicionada por avatares que no son imputables a la Administración en modo alguno.<sup>71</sup> Entiendo, por tanto, que la expresión

69. La diferencia de regímenes que presenta la notificación electrónica respecto de la postal ha llegado a calificarse como una posible infracción del principio de no discriminación proclamado en el artículo 4 b) LAE; *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 104 y ss. Compartiendo los reproches del autor, debemos puntualizar que los principios de proclamación legal son aptos para interpretar las normas, pero no para determinar la invalidez de preceptos de rango legal.

70. *Vid.* GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito...”, *op. cit.*, p. 104 y ss.

71. Por el contrario, para VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 177 y ss., cuando la causa que impide el acceso se sitúa en el ámbito del destinatario, sería preciso distinguir entre impedimentos objetivos y subjetivos. A juicio del autor, los primeros, relativos a circunstancias técnicas, no podrían bloquear la eficacia del acto cuando resulten imputables a un tercero (por ejemplo, fallos en el servidor, que impiden acceder al buzón); y, por el contrario, sí podrían determinar el carácter infructuoso de la notificación (sin conducir a su rechazo tácito) cuando la imposibilidad en el acceso viniera referida a los medios que permanecen bajo el control del interesado y este hubiera demostrado la diligencia debida; en este caso podría considerarse la existencia de una justificación suficiente. Y en cuanto a las circunstancias subjetivas, esto es, atinentes a circunstancias personales del destinatario, opina el autor que podría considerarse la existencia de una justificación suficiente cuando la entidad del problema sea tal que, aun empleando toda la diligencia debida, no pudiera conectarse a su dirección electrónica para recibir la notificación.

“imposibilidad técnica o material” no comprende toda situación en que haya sido materialmente imposible el acceso al buzón, sino que se contrae a las circunstancias en las que el acceso no ha podido tener lugar por razones materiales, esto es, imputables a circunstancias estrictamente objetivas y específicamente relacionadas con el servidor de correo electrónico, o con el prestador de servicios de certificación que interviene en el proceso de notificación.

Por otra parte, el precepto no establece las consecuencias que derivarían de esta comprobación, de modo que no sabemos lo que debe ocurrir cuando se demuestre la imposibilidad técnica o material del acceso: está claro que no puede entenderse el supuesto como rechazo de la notificación, pero no se determina si la Administración deberá proceder a un segundo intento por el mismo medio o por otro diferente, o bien puede interpretarse esta incidencia como una notificación infructuosa y procederse a la notificación sustitutiva mediante edictos y publicación en el diario oficial que corresponda, en aplicación del artículo 59.5 LRJPAC. En el caso de que se opte por repetir el intento de notificación, queda también sin respuesta legal el modo de efectuar el cómputo del plazo de depósito, pues la Ley no define si se reanuda el plazo en el punto en que se interrumpió la disponibilidad del mensaje –culminando lo que reste hasta el total de diez días–, o bien se concederá de nuevo el plazo íntegro –diez días completos– a efectos de cómputo de un eventual rechazo tácito posterior. Por añadidura, cuando la Administración no reciba acuse de recibo de la notificación en el plazo de diez días, podrá desconocer si ello se debe a la desidia del destinatario (que simplemente no descargó su correo), o a la existencia de problemas en el servidor, por lo que no sabrá a ciencia cierta si debe entender presuntamente rechazada la notificación o no.<sup>72</sup>

Se ha defendido por Martín Delgado que la principal consecuencia de la imposibilidad de acceso se encuentra en el ámbito del sistema de recursos.<sup>73</sup> En efecto, como sostiene el autor, “la imposibilidad de acceso convierte la presunta notificación rechazada en algo intermedio entre la notificación practicada y la notificación infructuosa.”<sup>74</sup> Normalmente, el destinatario averiguará tardíamente que ha sido objeto de una notificación a la que no ha podido acceder por imposibilidad técnica o material. En ese momento, lo advertirá a la Administración actuante para que se subsane el vicio, o bien interpondrá el recurso procedente contra el acto notificado: este recurso no podrá inadmitirse por extemporáneo si en el momento de su presentación el interesado demuestra la imposibilidad técnica o material del acceso. Por último, como señala el propio autor, si el acto administrativo era favorable, la imposibilidad técnica del acceso resultó imputable exclusivamente a la Administración, y el destinatario demostró la diligencia debida en intentar ser notificado, caso de soportar daños patrimoniales como consecuencia de todo ello, podrá presentar una reclamación de responsabilidad extracontractual.<sup>75</sup>

#### 4.2.6. Intento documentado de notificación y silencio administrativo

Una última y relevante cuestión a dilucidar en este asunto es el momento en que puede considerarse intentada la notificación, a fin de impedir que se produzca el silencio administrativo. En mi opinión, conforme al artículo 58.4 LRJPAC podría entenderse que, con la puesta a disposición del mensaje en el buzón del destinatario, se daría por satisfecho el requisito del intento de notificación en plazo, a efectos de impedir la producción de un acto presunto estimatorio, cuando fuera el caso.<sup>76</sup> De lo que se trata es de

---

En mi opinión, esta construcción es excesivamente voluntarista y no casa bien con la práctica seguida en el resto de medios de notificación. Por ejemplo, en el caso de las notificaciones postales, de ser infructuoso el segundo intento se procede sin mayor escrúpulo a la publicación sustitutiva del acto, siendo indiferente que la ausencia del domicilio viniera motivada por el disfrute de vacaciones o por un ingreso hospitalario.

No obstante, la posición de VALERO aparece secundada por MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 111; y por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 556 y ss.

72. No obstante, en el concreto caso de la Administración del Estado, la Orden PRE/1551/2003 impone al prestador del servicio de dirección electrónica única que certifique puntualmente cualquier fallo técnico que haya impedido el acceso al servidor, lo que elimina este problema. Distinto puede ser el régimen instaurado por otras administraciones públicas en virtud de su capacidad reglamentaria en la materia.

73. Vid. MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 114.

74. *Op. loc. ult. cit.*, p. 112.

75. *Op. loc. ult. cit.*, p. 114.

76. Es también la opinión de VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 154.

probar que el interesado está en disposición de recibir la notificación, o dicho de otro modo, que el momento exacto de recepción de la notificación ya no depende de una actividad de la Administración (su puesta a disposición), sino de una actividad del destinatario: proceder a la conexión telemática y conocer el contenido de la notificación. Esto concuerda con la doctrina contenida en la STS de 17/11/03, rec. 128/2002, en cuya virtud, para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del correspondiente plazo máximo, basta con realizar un intento documentado de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 LRJPAC, aunque finalmente dicho intento se revele infructuoso.<sup>77</sup>

Podría estorbar a esta interpretación la puntualización que efectúa Martín Delgado,<sup>78</sup> para quien el inciso “así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales” del artículo 28.2 LAE, supondría negar la aptitud de un intento, que no llega a culminar en un acceso efectivo del interesado al contenido de la notificación “a todos los efectos legales” (artículo 28.2 LAE). Por su parte, en opinión de Palomar, la circunstancia que debe entenderse apta para considerar realizado un intento de notificación, e impedir que se produzca el silencio administrativo, es cuando el interesado ha señalado el electrónico como medio preferente de notificación, y esta permanece por diez días a su disposición sin que acceda al contenido.<sup>79</sup>

En mi opinión, por el contrario, cabe perfectamente distinguir entre el intento de notificación y la práctica efectiva de la notificación: a mi juicio, el artículo 28.2 LAE estaría haciendo referencia a esta última, sin pronunciarse en ningún momento acerca de cuándo puede entenderse producido un intento de notificación. La mención “a todos los efectos legales” debe encon-

trarse referida a todos los efectos ligados a la eficacia del acto: el inicio de su ejecutividad, el del plazo de impugnación, etc.

En esta misma línea de pensamiento debemos situar el intento infructuoso de notificación cuando el ciudadano indica una dirección de correo convencional con arreglo al artículo 39 RDLAE, y esta no emite acuses de recibo (pero sí de puesta a disposición); o cuando tal acuse se emite tan solo en el momento de recibir el mensaje en el buzón o servidor, pero no en el de acceso del destinatario al mismo. A mi modo de ver, en todos estos casos se debe entender intentada la notificación a los efectos referentes al silencio administrativo, pues no se trata aquí de primar un derecho del interesado a que se produzca un acto presunto, sino a estimular la actividad administrativa, penalizando la pasividad de la Administración. Si la Administración empleó la diligencia debida, poniendo el acto administrativo a disposición del destinatario, se ha satisfecho materialmente el deber que recae sobre ella conforme al artículo 42 LRJPAC, pues no puede realizar ninguna actividad adicional para garantizar la notificación administrativa: es ahora el destinatario quien debe actuar. A mi modo de ver, esta interpretación es la que mejor resuelve los intereses en conflicto, sin perjudicar a ninguno, pues la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales cuando se acceda a su contenido (no cuando se ponga a disposición), por lo que no se ocasiona perjuicio alguno al destinatario. ■

77. La doctrina legal fijada por la sentencia, que se dicta en resolución de un recurso de casación en interés de Ley, es la siguiente: “Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

“En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente.”

78. Vid. MARTÍN DELGADO, I.: *La notificación...*, op. cit., p. 105 y ss.

79. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad...*, op. cit., p. 161 y ss.