

La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías

Lorenzo Cotino Hueso
 Universidad de Valencia

Fecha de presentación: junio de 2017
 Fecha de aceptación: diciembre de 2017
 Fecha de publicación: febrero de 2018

Resumen

La nueva Ley 39/2015 concibe a la Administración por defecto como e-Administración y da una vuelta de tuerca a la obligación de relacionarse por medios electrónicos. Con la nueva ley, la Administración ha de ser electrónica por defecto y no es necesario el consentimiento de la ciudadanía para la relación electrónica. Aunque se tiene derecho a elegir y cambiar el canal presencial o electrónico, se puede presumir dicha elección. Hemos pasado del derecho a la obligación de comunicarse electrónicamente con la administración, casi por defecto. Se analiza la posibilidad de imponer la relación electrónica a través de norma reglamentaria bajo determinados requisitos y presupuestos materiales. No obstante, ni la ley ni los tribunales son exigentes ni garantistas, frente a lo que el autor apuesta por garantías ante posibles discriminaciones o indefensiones que puedan darse. Asimismo se analiza el hecho de que algunos colectivos estén obligados «en todo caso» por la ley a relacionarse electrónicamente, y precisamente todos los obligados a la relación electrónica no tienen derecho a ser asistidos. Finalmente se observan las consecuencias del incumplimiento del deber de relacionarse electrónicamente, que ha sido regulado por la Ley 30/2015 de modo muy mejorable y poco garantista.

* El presente estudio es producto de investigación de la línea Derecho Público, del grupo de investigación Estudios constitucionales, medio ambiente y territorio (Colciencias COL0111291) de la Corporación Universitaria Unisabaneta. Asimismo, se realiza en el marco del Proyecto MINECO «El avance del Gobierno Abierto. Régimen jurídico constitucional de la implantación de políticas de transparencia, acceso a la información, datos abiertos, colaboración y participación especialmente a través de las TIC y del gobierno electrónico» (DER2015-65810-P). Este texto es una síntesis muy abreviada de Cotino (2017); asimismo, ahora actualizado, fue presentado como ponencia en el XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática FIADI, Salamanca, 19-21 de octubre de 2016. Una versión extensa en más de 50 páginas del presente puede seguirse en Cotino (2017).

Palabras clave

administración electrónica, derechos digitales, derecho administrativo, derecho constitucional

Tema

Derecho administrativo, Derecho constitucional

The obligation to interact electronically with the Administration and its scarce guarantees

Abstract

The new Law 39/2015 conceives the Administration by default as e-Administration and gives a twist to the obligation to interact electronically. With the new law, the administration has to be electronic by default and the consent of citizens is no longer required for the electronic relationship, although they have the right to choose and change the face-to-face or electronic channel, but this choice can be presumed. We have moved from the right to the obligation to communicate electronically with the administration, almost by default. We analyse the possibility of imposing the electronic relationship through regulatory standards under certain requirements and material budgets. However, neither the law nor the courts are demanding nor guaranteeing, against which the author relies on guarantees against possible discrimination or helplessness. Likewise, we analyse the fact that some collectives are obliged "in any case" by law to interact electronically and precisely all those obliged to the electronic relationship do not have the right to be assisted. Finally, we consider the consequences of the failure to comply with the duty to interact electronically, which has been regulated by Law 30/2015 in a very improvable way and with little guarantee.

Keywords

e-administration, digital rights, administrative Law, constitutional Law

Topic

Administrative law, Constitutional law

1. Una administración electrónica por defecto con un posible derecho a cambiar el canal electrónico por el presencial

La Ley 11/2007 fue sin duda un avance en la regulación de la e-Administración¹ y tuvo en el reconocimiento de dere-

chos de la ciudadanía su eje central, en especial, alrededor del reconocimiento del derecho a la relación electrónica (art. 6. 1º), así como una serie de derechos (art. 6. 2º) que conformaron todo un estatuto del ciudadano administrado electrónicamente.²

La nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³ en su artículo 13 a) reconoce a todo aquel que cuente con

1. Al respecto de esta ley, resultan referentes obligados, entre otros, Gamero y Valero (2011, 3ª ed.); Piñar (2011); Cotino y Valero (2010); R. Martínez (2009 y 2016); Palomar (2007); Cerrillo (2008).
2. Al respecto, me remito a Cotino (2011a) y, más breve Cotino (2011 b), así como a Blasco (2007) y Cerrillo (2011, actualizado en 2016).
3. Sobre la nueva ley, la obra de referencia es la coordinada por Gamero (2017). Recientemente y desde el punto de vista electrónico, Martín (2017) confirmar si es a o b). También sobre la ley, *Documentación Administrativa. Nueva Época* (2015); Campos (2016) y M. Alguacil *et al.* (2016, coords.). Cabe tener en cuenta las reflexiones básicas sobre la misma por Gamero (2016a) o Valero (2015).

capacidad de obrar (persona física o jurídica) el derecho «a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración». Y ya sólo para las personas físicas, el artículo 14 Ley 39/2015 reconoce el derecho a «elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos». Y, como avance más importante de la nueva legislación, tanto el derecho a relacionarse electrónicamente como los demás derechos son plenamente exigibles para todas las Administraciones Públicas y no sólo para la Administración General del Estado como sucedía con la derogada Ley 11/2007⁴. Ello será así cuando la Ley 39/2015 despliegue todos sus efectos, diferidos dos años por la Disposición final séptima hasta octubre de 2018.⁵

La Ley 11/2007 exceptuaba el derecho a la relación electrónica en los casos en los que por una ley se «infiera» que no sea posible la utilización del medio electrónico (art. 27. 1º Ley 11/2007). Sin embargo, ahora ya no hay una excepción genérica al derecho a comunicarse electrónicamente con la e-Administración. Por ello, sólo en casos excepcionales la Administración podrá ser presencial o en papel y no electrónica.⁶ Estas excepciones a la relación electrónica han de ser expresas o derivarse con cierta claridad de la naturaleza de la relación expresada en la ley.

Por cuanto a la necesidad de consentir la relación electrónica, el punto de partida del artículo 13 Ley 39/2015 es la comunicación electrónica. Y ahora el artículo 14. 1º Ley 39/2015 reconoce sólo a las personas físicas una libertad de elección u opción por el canal electrónico o presencial.

A diferencia de la legislación anterior, que exigía el consentimiento expreso para que la administración se relacionase electrónicamente,⁷ el consentimiento viene a considerarse por defecto. Frente a la Ley 11/2007, la Ley 39/2015 elimina cualquier referencia a la necesidad de consentimiento para la relación electrónica; el antiguo consentimiento queda ahora transformado en que las personas físicas pueden elegir u optar por el canal de relación. Y, por defecto, la relación con la Administración no es presencial, sino electrónica. En coherencia, las notificaciones (Martín, 2017a) serán «preferentemente» electrónicas y, a diferencia de la normativa anterior, tampoco se exige el consentimiento para practicarlas, sino que se podrá optar «en cualquier momento» por un tipo u otro (art. 41. 1º). Incluso ya se prevén supuestos en los que la notificación surta efectos aunque se practique por un medio -electrónico o papel- que no fuera el elegido por el interesado.⁸ En esta línea, el artículo 55.4º del aún vigente Decreto 220/2014 valenciano de e-administración apura la posibilidad de notificar electrónicamente «pese a que no hayan sido designadas por el interesado o interesada» las comunicaciones electrónicas, e incluso afirma que la «Administración actuante podrá ejercer una labor activa» en la materia.

El giro copernicano respecto de la legislación anterior se aprecia incluso con mayor claridad respecto de los registros (artículo 16 Ley 39/2015 y otros), pues ahora y por defecto los registros son electrónicos. Las personas físicas no obligadas a relacionarse electrónicamente sí que pueden acudir a las oficinas de asistencia, que digitalizarán lo que los ciudadanos presencialmente presenten (Rego 2017).

4. Hay que recordar que para autonomías y entes locales los derechos de la LAE se hicieron depender por la Disposición final 3ª de las «disponibilidades presupuestarias».
5. Ahora, el derecho a comunicarse es a través de un Punto de Acceso General. El artículo 39 LRJSP define un «portal de internet» como «el punto de acceso electrónico» y en virtud de la Disposición final séptima «las previsiones relativas» al «punto de acceso general electrónico de la Administración [...] producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley». De igual modo, la Disposición transitoria 4ª LPAC prevé un régimen transitorio que no permite una regresión respecto de los servicios que ya se prestaban electrónicamente durante este tiempo transitorio hasta la plena eficacia del derecho.
6. Sólo «con carácter excepcional» puede exigirse la aportación de documentos originales (art. 28. 3º LPAC), y en estos supuestos, si es el caso, en papel (art. 28. 4º LPAC). También excepcionalmente y de manera motivada, se podrá requerir la exhibición del original para su cotejo (art. 28. 5º LPAC). Todo ello estaba regulado de modo más lacónico en el art. 35. 2º LAE.
7. Así, el art. 27. 2º Ley 11/2007 en general; el art. 28. 1º para la práctica de la notificación electrónica o el art. 35. 1º como criterio para la iniciación de un procedimiento por el interesado. La STS de 22 febrero 2012 o la STSJ Extremadura de 4 de diciembre de 2013 han exigido consentimiento expreso respecto de las notificaciones.
8. «Cuando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y 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».

Ahora hay elección, no consentimiento, y la elección del canal electrónico por la persona física puede entenderse implícita o tácitamente. Ello puede dar bastante juego a las administraciones en su diseño de políticas para atraer a la e-Administración a nuevos «clientes» más allá de imponer la relación obligatoria.

En todo caso, no hay duda de que es preciso facilitar realmente y en todo momento a las personas su derecho a elegir el canal electrónico o presencial. Y cabe mantener el criterio de la STSJ Madrid de 7 de junio de 2011 por cuanto que una vez que el ciudadano opta por un sistema de comunicación presencial o electrónica, la Administración ya «no podía elegir el medio de notificación» (FJ 4º). En este sentido, ya la Ley 11/2007 garantizaba la intermodalidad, esto es, la posibilidad de variar de la relación ya iniciada por el canal electrónico o presencial. Y la Ley 39/2015 mantiene este derecho en general en su artículo 14. 1º. Respecto de las notificaciones, el artículo 41. 1º Ley 39/2015 añade que la decisión de cambiar de canal debe hacerse a través de modelos normalizados, lo cual es positivo para que quede registrado en el sistema y se eviten innecesarias nulidades.⁹ Considero que la ley sigue siendo excesivamente benevolente al permitir al administrado variar de canal presencial o electrónico. Ello puede generar disfuncionalidades, duplicidades, cargas innecesarias de trabajo administrativo y, sobre todo, usos espurios, por ejemplo, con relación a los plazos (Punzón y Sánchez, 2006, pág. 136). A mi juicio ello puede corregirse normativamente, y en algunos casos, para el cambio del canal electrónico al presencial, sería posible requerir una justificación o que se prevean algunos límites por disfunciones o posibles abusos, como ya recoge alguna normativa.¹⁰

2. La imposición de la e-administración a través de reglamento y sus escasas garantías

Desde los inicios de la e-Administración en España surgieron relaciones electrónicas obligatorias, siendo siempre una cuestión conflictiva.¹¹ La legislación ha seguido un imparable camino hacia la imposición de las interactuaciones electrónicas, o más bien de desaparición de la relación presencial de la Administración con la ciudadanía, cada vez con mayores facilidades para la Administración y con menores garantías para los obligados. A sectores de habitual imposición, como Hacienda, Seguridad Social y contratación, se ha extendido la obligatoriedad de la notificación electrónica masiva en tráfico¹², por ejemplo. En palabras de Gamero (2016a II), se ha dado una «progresiva transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber». Se han hecho muy importantes inversiones en e-administración y no parecen amortizarse en muchos ámbitos en los que el uso de medios electrónicos por empresas y, sobre todo por ciudadanos, llega a ser alarmantemente bajo. La vía de obligar parece ser una solución más fácil que luchar por una Administración más usable e intuitiva para los administrados reticentes a emplearla. Y la Ley 39/2015 ha dado un importante salto en este arriesgado camino, y, a mi juicio, sin las garantías suficientes para los administrados.

2.1. Los requisitos formales: la reserva de norma reglamentaria para establecer la obligación

Antiguamente se llegó a exigir el rango de ley para imponer la relación electrónica con la Administración. Así lo hacían algunas normas¹³ y lo entendían autores tan relevantes como

9. En el caso de la STSJ Aragón de 6 de noviembre de 2013 el cambio de canal se comunicó por un escrito, lo cual conllevó la nulidad de las notificaciones que siguieron por el canal electrónico.
10. Así, en el artículo 26 de la Ley foral 11/2007 de Navarra, la regla general es la del mantenimiento de la vía electrónica elegida y el retorno a la relación no electrónica es la excepción que requiere justificación y autorización por el órgano administrativo. En el Decreto 220/2014 valenciano se dispone que «La opción por un medio no electrónico no impedirá la validez de las comunicaciones electrónicas interadministrativas dentro del mismo procedimiento o con motivo de aquella relación jurídica». Además, permite que la Administración pueda requerir una justificación del cambio de canal si entiende que genera una disfunción o supone un abuso (art. 13. 2º).
11. Sobre la obligación de relación electrónica, Valero (2007); Cotino (2003, 2004, 2011a y, más breve, b y 2016); Gamero (2005, 2010a y 2016a); Rego (2010 y 2017); Fabra y Díaz (2007); R. Martínez (2009) y Martín (2009 y 2017).
12. Martín (2009), Gamero (2010a y, en particular, 2010b).
13. El artículo 16. 1º del Real Decreto 772/1999 exigía una ley, pero luego la regulación de la Disposición adicional 18ª de la LRJAP de 2001 (ambas para la Administración General del Estado) era contraria a esta imposición.

Gamero (2016, II) y Valero (2007, págs. 51-52). Otros autores no estimamos necesario el rango de ley para imponer la obligación, como Fabra (2007, págs. 258 y 259) o, desde la perspectiva de la no discriminación, Cotino (2003, 2004 y 2012). El artículo 27. 6º Ley 11/2007 ya consideró suficiente que fuera una norma reglamentaria la que pudiera imponer la relación electrónica, lo cual no han cuestionado los tribunales.

Y siguiendo aquella línea, el artículo 14. 3º Ley 39/2015 dispone que:

«Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios».¹⁴

Por cuanto a los requisitos formales, se precisa una norma reglamentaria para establecer la obligación. Y cabe recordar que la naturaleza reglamentaria de una norma no proviene de la forma a través de la cual se adopta -Decreto, Orden, Ordenanza, etc.- sino de la naturaleza del contenido y del procedimiento de aprobación según la legislación correspondiente. En este punto, convocatorias de subvenciones, contrataciones o concursos, entre otros, no son reglamentos que puedan imponer la relación electrónica. No siempre son claros los lindes de lo que es una norma reglamentaria y no son pocos los instrumentos de apariencia similar a la de un reglamento que se utilizan para imponer la interacción electrónica respecto de los que hay que tener cautela.

El artículo 14. 3º Ley 39/2015 señala la posibilidad de establecer la obligación de relación electrónica «para determinados procedimientos». Por ello, deben evitarse remisiones en blanco que permitan que la obligación de relación electrónica la establezcan actos u otros instrumentos de la Administración. El reglamento tiene que hacer referencia a un procedimiento concreto o, en su caso, a un conjunto

de procedimientos bien determinado por su naturaleza, a colectivos a los que va dirigido y a otros elementos definitivos. Sobre esta base, puede ser razonable y admisible que el reglamento remita a una resolución administrativa que fije ya de modo concreto la obligación de relación electrónica en un procedimiento determinado. La reserva reglamentaria podrá relajarse respecto de la imposición de la relación electrónica a funcionarios y servidores públicos, a sujetos en el marco de la organización o en el marco de una relación especial (estudiantes, por ejemplo).

2.2. La discrecionalidad de la Administración para establecer la relación electrónica y los requisitos materiales

Más allá del requisito formal de un reglamento para imponer la interacción electrónica, cabe tener en cuenta la discrecionalidad de la Administración para establecer esta relación electrónica y los requisitos materiales que deben darse. Y acierta Gamero (2010a, pág. 105) cuando recuerda la legitimidad de cada Administración o regulador reglamentario para enjuiciar la oportunidad de imponer la relación electrónica. Eso sí, esta decisión siempre habrá de cumplir con los requisitos y límites del artículo 14.3º Ley 39/2015 y homólogos, a saber:

«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».

Lo cierto es que, en la ley, los requisitos y garantías para poder obligar son pocos y ahora, con la nueva Ley 39/2015, ya ni se parte de la existencia de un derecho a la relación presencial con la Administración, lo cual obviamente aún suaviza la visión de estas exigencias. Y tales requisitos aún son menores a la vista de la práctica judicial. Desde 2012 hasta la fecha el TS no ha expresado interés alguno en razonar, argumentar, acreditar o probar que se dan los requisitos legales para que el reglamento imponga una relación electrónica.¹⁵ Y siguiendo esta línea los tribunales

14. El artículo 16. 5º Ley 39/2015 reitera esta regulación respecto de la obligación de presentación de documentos y el artículo 41. 1º Ley 39/2015 sobre la obligación de ser notificado electrónicamente.

15. Así, abrió peligrosamente esta línea la STS de 22 febrero 2012 que de modo ciertamente críptico acudió a «la naturaleza de las cosas» para estimar que no se incumplían los requisitos. Pese a que la sentencia contó con un voto particular, las STS de 11 de julio y STS de 15

inferiores avalan sin problemas la obligación de la relación electrónica que se enjuiciaba en cada caso.¹⁶

2.3. Algunas garantías que podrían regularse frente a la imposición de la e-administración

Pues bien, frente a la imposición de la e-administración hay que apostar por una mejora regulatoria y garantías específicas que acrediten o aseguren que los obligados a la concreta relación electrónica tienen acceso efectivo a los medios electrónicos, de lo contrario podrá considerarse la existencia de discriminaciones o indefensiones en la concreta relación administrativa. En este sentido, quien suscribe influyó en la introducción de algunas garantías en el Decreto 220/2014 valenciano de e-administración. Según su artículo 12. 3º, antes de aprobarse un reglamento que obligue a la relación electrónica, la Administración tiene que informar y acreditar que se dan los requisitos para evitar una discriminación.¹⁷ Y en este sentido, el artículo 94. 2º b) de este Decreto obliga a realizar un informe preceptivo antes de la imposición que justifique y acredite que la obligación no es una barrera para el ciudadano.¹⁸ Además, el reglamento que imponga la obligación de uso de medios electrónicos debe detallar el alcance y sujetos de la obligación (art. 12. 4º), así como las consecuencias del incumplimiento (art. 12. 5º).

Entre otras garantías, se puede exigir «informar con carácter previo a los afectados [...] y otorgar un plazo de adaptación adecuado, antes de implantar plenamente la obligatoriedad del uso de medios electrónicos».¹⁹

Estas u otras garantías que puedan perfeñarse deberían exigirse también para el muy común supuesto en el que el administrado obligatoriamente haya de generar la instancia a través de internet, aunque luego la tenga que imprimir y tramitar en papel, algo cada vez más habitual. La posibilidad de que esta exigencia suponga una barrera efectiva puede ser prácticamente la misma que la imposición de la interacción plena. En este sentido, el artículo 12. 1º del Decreto 220/2014 valenciano de e-administración extiende sus garantías a los casos que sólo se pueda «presentar o generar las solicitudes exclusivamente de acuerdo con los documentos electrónicos normalizados».

3. Los nuevos obligados «en todo caso» a relacionarse electrónicamente, que no tienen derecho a ser asistidos

3.1. Algunos colectivos están obligados «en todo caso» por la ley a relacionarse electrónicamente

El artículo 14. 2º de la Ley 39/2015 incluye una novedad respecto de la ley anterior por cuanto establece directamente y «en todo caso» la obligatoriedad de la relación electrónica en el marco de un procedimiento administrativo a determinados colectivos, entre los que destacan todas las personas jurídicas; también a entidades sin personalidad jurídica (como comunidades de propietarios), notarios y registradores y quienes ejerzan una actividad profesional

de julio de 2016 simplemente señalan que la alegación sobre el incumplimiento de los requisitos para obligar a la relación electrónica “no puede prosperar” o que la imposición «tiene cobertura en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007» relativas a productores de energía renovables.

16. Así, la SAN de 16 febrero 2015 admite la obligación respecto de abogados, por cuanto no prueban que tengan problemas para ello. Es más, que si lo tuvieran, quienes deben actuar son los colegios profesionales. Y la STSJ Andalucía de 25 marzo de 2015 respecto de una sociedad de responsabilidad limitada a partir del TS considera que se puede obligar a cualquier persona jurídica a la relación electrónica sin necesidad de que se cumplan los requisitos (en la línea ya expresa de la actual Ley 39/2015).
17. «La obligación de utilizar medios electrónicos requerirá el análisis previo y acreditación de que dicha imposición en modo alguno pueda suponer discriminación por la falta de garantía del acceso, disponibilidad y conocimiento de uso de los medios tecnológicos precisos y, en su caso, se arbitren los medios eficaces para evitarla».
18. «La descripción del colectivo al que va destinado el procedimiento, su previsión de uso y la valoración de la posibilidad de la imposición de la obligación de uso de medios electrónicos en los términos del artículo 12 del presente decreto. En el caso de la imposición de la relación electrónica habrá de justificarse la misma y, en su caso, hacer referencia a las medidas previstas para evitar que dicha obligación implique una barrera efectiva en el acceso a la Administración actuante».
19. Así, en el artículo 6. 2º de la Ordenanza de Administración electrónica de Zaragoza publicada el 23 de febrero de 2010.

para la que se requiera colegiación obligatoria.²⁰ De igual modo están obligados quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente. Asimismo, los empleados de las administraciones públicas cuando actúen en tal condición; en este último caso, la imposición debe determinarse por un reglamento.

La práctica judicial venía ya a permitir la obligación de relación electrónica a personas jurídicas sin exigir el cumplimiento de requisitos (en especial la STSJ Andalucía de 25 marzo de 2015 a partir de la oscura STS de 22 febrero 2012), y la STS 621/2011 (Sala 1) de 20 de septiembre también daba por hecha la imposición a notarios y registradores. Esta interpretación también la siguieron algunas ordenanzas locales de e-administración de referencia (como Irún o Valencia), que ya expresamente permitían imponer la relación electrónica a toda persona jurídica. Respecto de asociaciones y colectivos profesionales, alguna sentencia venía a afirmar que era el colectivo quien debía probar que no tenía efectivo acceso a medios electrónicos y, en todo caso, su colegio profesional era quien debía facilitárselo (SAN de 16 febrero 2015, ya mencionada). En el ámbito de la Administración de Justicia, desde 2011 hay diversos colectivos obligados a la comunicación electrónica.²¹ Y la ley de tráfico se modificó para obligar a la notificación electrónica a través de la Dirección Electrónica Vial (DEV) a todo aquel que no fuera una persona física.²²

Ahora la imposición se establece con la especial legitimidad de una ley estatal básica y, además, esta disposición de la Ley 39/2015 queda reforzada por varios motivos: 1º, la obligatoriedad se da «en todo caso», para todo tipo de trámites o procedimientos. 2º, la imposición rige *ex lege* sin necesidad de interposición (salvo en el caso de los funcionarios); no

hay remisión a una concreción reglamentaria o disposición administrativa que hubiera de determinar la obligación (salvo en el caso de los servidores públicos de la letra e). 3º, la imposición no está sometida al cumplimiento de ningún requisito o condición fijados en la ley que requiera valoración alguna. Y 4º, no hay que olvidar que esta obligación jurídica de interactuar electrónicamente no opera sobre la antigua premisa de un derecho a relacionarse presencialmente con la Administración, que ya no se reconoce. Por decirlo de algún modo, la obligación legal se impone sin quedar contrarrestada por ser la excepción a un derecho reconocido por la propia ley.

Esta imposición de la comunicación electrónica a estos colectivos rige desde la misma entrada en vigor de la Ley 39/2015 en 2016 y no está dilatada en el tiempo por las disposiciones transitorias, que no le afectan directamente.

No faltan motivos a Gamero cuando discrepa «radicalmente» de este precepto y afirma «el plano de irrealidad en el que se han movido los redactores de la Ley» (Gamero, 2016a II). A mi juicio, la política legislativa es clara, si se me permite, *agárrate como puedas*, que los administrados se las apañen, como posiblemente harán a costa del crecimiento del sector de profesionales especializados en relacionarse con las administraciones públicas. No hay que excluir una posible inconstitucionalidad si la aplicación de la ley en casos concretos genera una discriminación o una indefensión. Así puede suceder respecto de decenas o cientos de miles de casos, como las comunidades de propietarios que no cuentan con un administrador que se relacione electrónicamente o las aproximadamente cien mil asociaciones que hay en España.

-
20. Entre otros, agentes de propiedad, enfermeros, fisioterapeutas, educadores, trabajadores, asistentes y graduados sociales, logopedas, odontólogos, podólogos, psicólogos, diseñadores técnicos, arquitectos, arquitectos técnicos, farmacéuticos, médicos, abogados, procuradores, físicos, químicos y diversas ingenierías.
21. Así, el artículo 6. 3º de la Ley 18/2011 impuso el uso de medios electrónicos a la indefinida categoría de los «profesionales del ámbito de la Justicia» (Ministerio Fiscal, los abogados y procuradores, la policía judicial y los representantes y defensores del Estado y demás entes públicos, peritos judiciales, graduados sociales, etc.). Y el artículo 273. 5º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en su versión dada por la Ley 42/2015 de manera muy similar a la Ley 39/2015 ha establecido los colectivos que «en todo caso» han de «intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia». Sobre el tema, por todos, Gamero (2012).
22. Así, cabe acudir al artículo 59 bis y la Disposición adicional segunda de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Entre otros, Gamero (2010a, págs. 118 y ss.) o *in toto* Gamero (2010 b).

3.2. Y precisamente los obligados a la relación electrónica no tienen derecho a ser asistidos

No deja de llamar la atención que precisamente los obligados a la relación electrónica no tienen derecho a ser asistidos. Como es sabido, la comunicación o relación electrónica con la Administración no es fácil: errores, desconexiones, mala información y funcionamiento, formularios imposibles, firma electrónica de baja usabilidad, navegadores incompatibles, Javas no actualizados, etc. Hay quienes hablan de la «supervivencia» a la Administración electrónica (López Tallón, 2010) o que la tramitación electrónica viene a ser una particular peculiar y incana (Gamero, 2016a, II) en el que si no culminas pierdes todos tus derechos.

A una persona física no obligada a usar medios electrónicos siempre le quedará la «ventanilla», el canal presencial. Sin embargo, para un obligado que no logre relacionarse electrónicamente, las consecuencias pueden ser desastrosas: la pérdida de la posibilidad de hacer una solicitud o iniciar un procedimiento, de cumplir un plazo o trámite, de presentar un recurso o alegación, etc. La Ley 39/2015 impone el deber de «garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos» (art. 12. 1º), al tiempo que las administraciones «asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados», y el artículo 13. b) Ley 39/2015 reconoce el relativamente novedoso derecho «a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas». Sin embargo, expresamente el artículo 12. 2º Ley 39/2015 excluye de esta asistencia a los que más la necesitan, que son quienes están obligados. Para Gamero «esto es sencillamente inadmisibile. Supone una discriminación». ²³ A mi juicio, habrá que analizar el contexto concreto de cada relación jurídica para determinar si se da una inconstitucionalidad por discriminación o indefensión. Y, no obstante, hasta el momento

los tribunales no parecen muy sensibles. Sólo quizá en la más reciente STS de 16 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 4991/2016) ha ratificado una sentencia de la AN y existe cierta sensibilidad por tratarse de un supuesto de 8 millones de euros y porque la relación electrónica, aunque lícita, tenía algunas imperfecciones que conllevaron desproporcionadas circunstancias para el ciudadano. El TS aprovecha su sentencia para subrayar que el «cómo» -lo electrónico- «en modo alguno ha supuesto, está suponiendo, un cambio de paradigma, en cuanto que el núcleo y las bases sobre las que debe girar cualquier aproximación a esta materia siguen siendo las mismas dada su importancia constitucional» (FJ 3º). ²⁴ No obstante, la Audiencia Nacional sigue persistiendo en su estricta percepción en 2017. ²⁵

4. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de relación electrónica

La Ley 11/2007 no expresaba qué sucedía si el ciudadano no se comunicaba electrónicamente con la administración en los casos en los que estuviera obligado. Para la Administración General del Estado, el artículo 32. 3º Real Decreto 1671/2009 (derogado) disponía que el órgano administrativo «requerirá la correspondiente subsanación, advirtiendo que, de no ser atendido el requerimiento, la presentación carecerá de validez o eficacia». En el caso de la Administración de Justicia, el artículo 43 de la Ley 18/2011 señala que la primera vez podrá subsanarse el incumplimiento por el profesional de la justicia con concesión de un plazo al efecto. Y el artículo 273. 5º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil respecto de los nuevos colectivos que estando obligados desde 2015 no se hayan relacionado electrónicamente prescribe que el secretario judicial concederá un plazo de 5 días para la subsanación; si ésta no se efectúa, los escritos y documentos se tendrán por no presentados.

23. Ídem.

24. La notificación, aunque practicada legalmente, tenía unas páginas en blanco, lo cual «podía inducir a un error al contribuyente». El TS señala «la desproporción entre las consecuencias y la conducta negligente de la empleada en relación con la imperfecta notificación electrónica, para concluir, por las especiales circunstancias del caso concreto, que otra solución colocaría al contribuyente en situación de indefensión» (FJ 3º).

25. En la SAN (ROJ) 583/2017, de 15 de febrero no tiene en cuenta el hecho de que el notificado electrónicamente, aunque había sido dado de alta en la DEH, había seguido recibiendo notificaciones físicas en todo el procedimiento, salvo las resoluciones finales que, al ser electrónicas, le pasaron desapercibidas. La propia AN pese a estas circunstancias afirma del administrado su «propia desidia y de su completa desatención a su inclusión obligatoria en el sistema DEH» (FJ 4º).

Los tribunales no parecen ablandar su corazón ante quien estaba obligado al canal electrónico y desesperado utilizó la vía en papel.²⁶

Pues bien, el artículo 68. 4º Ley 39/2015 sobre «Subsanación y mejora de la solicitud» regula específicamente el supuesto y obliga a la Administración a requerir al administrado. Aunque resulta muy críptico,²⁷ la clara voluntad del legislador es que si mediaba cualquier plazo que haya precluido al momento de la subsanación, el obligado habrá incumplido dicho plazo con los efectos que ello implique en cada procedimiento o relación jurídica administrativa. Por el contrario, Gamero afirma que «la ambigüedad de su contenido obliga a los operadores jurídicos a promover la interpretación más favorable al ciudadano, reconociéndole su derecho a subsanar, y a que la nueva presentación se entienda realizada en plazo» (Gamero 2016a, II). Es de

esperar un claro criterio interpretativo por los tribunales, y en especial por el TS.

A mi juicio, y pese a la voluntad legislativa, podrían adoptarse soluciones normativas más favorables al administrado. Así, pueden regularse la subsanación, sus efectos y plazos, los efectos de las comunicaciones no electrónicas realizadas, los registros no electrónicos practicados o los documentos presentados en papel por quien estaba obligado. Asimismo, deberían concretarse normativamente tanto el requerimiento a practicar por la Administración como otras acciones que ésta debe llevar a cabo y las consecuencias de su incumplimiento o su cumplimiento tardío. Si la obligación de relación electrónica no es directa y se ha establecido reglamentariamente, el reglamento concreto podría determinar estos aspectos y los efectos del incumplimiento (artículo 12. 5º Decreto 220/2014 valenciano de e-administración).

Referencias bibliográficas

- ALGUACIL SANZ, M. [et al.] (coords.) (2016). *A las puertas de la administración digital. Una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*. Madrid: INAP.
- BLASCO DÍAZ, J. L. (2007). «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración». *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 136, págs. 791-821.
- CAMPOS ACUÑA, C. (ed.) (2016). *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*. Madrid: Wolters Kluwer.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coord.) (2008). *La construcción de la administración electrónica local: presente y futuro*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2011|2016). «¿Cómo facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en la administración electrónica?». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 12, págs. 31-43. [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2018]
- COTINO HUESO, L. (2003). «A propósito del derecho a establecer relaciones electrónicas con la administración sin discriminación y los derechos lingüísticos del ciudadano administrado electrónicamente. Una futura reinterpretación constitucional en razón del progreso de la Administración electrónica». *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*. Madrid: Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, págs. 231-256.

26. Así, se considera inútil la comunicación presencial en papel en los casos en los que, sin acierto o fortuna, el administrado obligado a usar medios electrónicos lo intenta por todos sus medios, incluso aunque contacte con la Administración para indicar su incapacidad e incluso pese a que presente la solicitud en papel dentro de plazo. Así sucedió en la SAN de 10 febrero 2011, sección 1ª, RJCA\2011\152) o la Resolución DGT V1415-12 (JT 2012, 936).

27. «Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación».

- COTINO HUESO, L. (2004). «Derechos del ciudadano administrado electrónicamente e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica». *Revista Vasca de Administración Pública*. N.º 68, págs. 125-154.
- COTINO HUESO, L. (2011a). «El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo». En: E. GAMERO CASADO, y J. Valero TORRIJOS (coords.). *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*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, págs. 177-344.
- COTINO HUESO, L. (2011b). «Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española». *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*. N.º 26, 2, págs. 19-45.
- COTINO HUESO, L. (2016). «Derechos de las personas y derechos de los interesados en sus relaciones con las administraciones públicas: una visión en paralelo». En: C. CAMPOS ACUÑA. (ed.). *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*. Madrid: Wolters Kluwer.
- COTINO HUESO, L. (2017). «El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos. Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados». En: E. GAMERO CASADO (dir.). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 476-532.
- COTINO HUESO, L.; VALERO TORRIJOS, J. (coords.) (2010). *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Documentación Administrativa. Nueva Época* (2015). Núm. 2. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Anual.
- FABRA VALLS, M.; BLASCO DÍAZ, J.L. (2007). *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*. Castellón: Universitat Jaume I.
- GAMERO CASADO, E. (2010a). «Comunicaciones y notificaciones electrónicas». *Cuadernos de derecho local*, N.º 22, págs. 96-124.
- GAMERO CASADO, E. (2010b). «El régimen de notificaciones: la dirección electrónica vial (DEV) y el tablón edictal de sanciones de tráfico (TESTA)». *Documentación administrativa*, N.º 284-285, págs. 33-60.
- GAMERO CASADO, E. (2012). «El ámbito de aplicación de la Ley 18/2011: el deber de relacionarse por medios electrónicos con la administración de justicia». En: E. Gamero Casado, y J. Valero Torrijos, J. (coords.). *Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. La Ley 18/2011 y la administración electrónica en el sistema judicial*. Cizur Menor: Aranzadi, págs. 193-233.
- GAMERO CASADO, E. (2016a). «Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica». *REDA*, N.º 175, págs. 15-27.
- GAMERO CASADO, E. (dir.) (2017). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J. (coords.) (2011). *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*. Cizur Menor: Aranzadi.
- LÓPEZ TALLÓN, A. (2010). *Manual práctico de supervivencia en la Administración electrónica*®. Editado y publicado por el autor. <<http://www.microlopez.org/manual-practico-de-supervivencia-en-la-administracion-electronica/>> [Fecha de consulta: 20 de junio de 2017].
- MARTÍN DELGADO, I. (2009). «La gestión electrónica del procedimiento administrativo». *Cuadernos de derecho local*. N.º 21, págs. 84-101.

- MARTÍN DELGADO, I. (2017a). «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas». En: E. GAMERO CASADO (dir.). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 2123-2206.
- MARTÍN DELGADO, I. (dir.) (2017b). *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: INAP.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009). *Administración Electrónica*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2016). *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007). *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011). *Administración Electrónica y CIUDADANOS*. CIZUR MENOR, NAVARRA: CIVITAS.
- PUNZÓN MORALEDA J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. (2006). «Plazos, días y horarios de los registros telemáticos y la minusvaloración de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos telemáticos». *Actualidad Administrativa*, N.º 2., págs. 132-142.
- REGO BLANCO, Mª. D. (2010). «Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas». En: E. GAMERO CASADO, y J. VALERO TORRIJOS (coords.). *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*. Cizur Menor: Aranzadi. Págs. 537-596.
- REGO BLANCO, Mª. D. (2017). «La presentación de solicitudes, escritos y documentos ante las Administraciones públicas». En: E. GAMERO CASADO (dir.) *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 997-1055.
- VALERO TORRIJOS, J. (2007). *El régimen jurídico de la e-Administración*. Granada: Comares. 2ª edición.
- VALERO TORRIJOS, J. (2015). «La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?». *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 172, págs. 13-24.

Cita recomendada

COTINO HUESO, Lorenzo (2018). «La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 26, págs. 3-14. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
 <<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i26.3112>>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Lorenzo Cotino Hueso
cotino@uv.es

Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia (3 sexenios ANECA), Magistrado del TSJ Comunidad Valenciana desde 2000, vocal del Consejo de Transparencia C. Valenciana. Doctor y licenciado en Derecho (U. Valencia), Máster en Derechos Fundamentales (ESADE, Barcelona), Licenciado y Diplomado de Estudios Avanzados de Ciencias políticas (UNED). Ha recibido premios de investigación nacionales (INAP, Ministerio de Defensa, Ejército Extraordinario de Doctorado). Profesor invitado en Konstanz (Alemania) desde 2004 y de diversas universidades colombianas (Prof. Honorario Universidad Nacional de Colombia), y estancias de investigación también en Utrech y Virginia. Ha escrito o coordinado 16 libros, autor de 110 artículos científicos o capítulos de libro y 205 ponencias o comunicaciones, básicamente sobre seguridad y defensa, derechos educativos y ha dirigido tres proyectos de investigación nacionales sobre libertad en internet, e-Administración, transparencia y participación y Derecho de las nuevas tecnologías. Coordina la Red de especialistas en Derecho de las nuevas tecnologías de la información y comunicación www.derechotics.com Res. ID H-3256-2015 / Orcid 0000-0003-2661-0010.

Departamento de Derecho constitucional
Edificio departamental central, despacho 1 E 02
Avda. de los Naranjos s/n 46071
Valencia, España.