

X JORNADAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Colegio de Secretarios, Interventores, Tesoreros Administración Local de S/C de Tenerife.
Puerto de la Cruz, 9 a 11 de octubre de 2007.

PRINCIPALES ASPECTOS DE LA LEY 11/2007, DE 2 DE JUNIO, DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Francisco José Villar Rojas,
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna
(10 de octubre de 2006, 16,30 hrs).

(Texto preparado para la intervención oral)

1) APROXIMACIÓN A LA LEY 11/2007: “NI PUERTAS AL CAMPO, NI VENDER LA PIEL DEL OSO ANTES DE CAZARLO”.

1.1 LO QUE IMPONE EL SENTIDO COMÚN.

Es imposible, aun más sería absurdo, pretender regular, controlar, siquiera frenar, el impacto de las nuevas tecnologías de la información (TICs) en la actividad de las Administraciones Públicas y en sus relaciones con los ciudadanos. Su uso está ya tan extendido y avanza a tal velocidad que es imparable, incluso para la Administración Pública.

Es inútil poner puertas al campo cuando, en el mundo privado, la extensión de los equipos de comunicaciones electrónicas crece y crece –ordenadores, móviles, televisión digital...-, la información está disponible para cualquiera en Internet –información, también conocimiento-, y cuando muchos negocios se realizan ya utilizando esos medios –desde la compra del supermercado, hasta la realización de operaciones bancarias, pasando por la compra de billetes de avión, entre otras muchas-. Los medios electrónicos han dado lugar a un nuevo mundo de información y de relación entre los ciudadanos y entre las empresas, bien es cierto que paralelo al personal o tradicional, al que sustituye en parte sin desplazarlo –quizás de momento, aunque los bancos, tras reemplazar oficinas por cajeros, vuelven a las oficinas...-. Tampoco se puede poner puertas al campo cuando, también en el mundo público, se extiende el uso de medios electrónicos, sobre todo de información –páginas Web de las entidades públicas, incluyendo diarios oficiales-, pero también, aunque en menor medida, de relación con los ciudadanos –confirmación borrador IRPF, contratación administrativa electrónica, desarrollo de historia clínica y receta electrónicas, entre otras-; incluso en algunos ámbitos lo electrónico es ya la base –sistema de interconexión bursátil, bajo la tutela de la Comisión del Mercado de Valores-. Los hechos son lo que son; la realidad social siempre se impone. Las Administraciones, como las empresas, se adaptan, o desaparecen, sustituidas por otras entidades y organizaciones.

Ahora bien, en aras de la “adaptación”, tampoco vale vender la piel del oso antes de cazarlo. Y esto es lo que representa anunciar a bombo y platillo un cambio radical en la relación de la Administración con los ciudadanos, más aun en el propio funcionamiento de la Administración, sólo porque una Ley diga que el “podrán” da paso al “deberán”, en la conducta de aquellas; y, además, sostenga que los particulares tienen derecho a relacionarse con las Administraciones por cualquier medio, incluyendo los electrónicos, sin colas y esperas. La coincidencia de la publicación de esta Ley (23 de junio de 2007) con las imágenes de ciudadanos haciendo cola de madrugada para coger un número para obtener el documento nacional de identidad o el pasaporte, agravada por las “explicaciones” de los

responsables públicos –quejosos de que los ciudadanos no se organicen mejor y renueven sus documentos en otras épocas del año- (julio-agosto de 2007), una realidad extendida por toda la geografía nacional, debe ser calificada no ya de paradoja, sino de sarcasmo. Es inmensa la distancia la realidad de las Administraciones, con las excepciones que sean pertinentes, y la grandilocuencia del legislador; una evidencia que no deja de ser tal por relevantes que sean los objetivos perseguidos. Y es que no existe una Administración Electrónica que permita hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a utilizar medios electrónicos para relacionarse con ella; en realidad, ni siquiera existe aún, en la mayor parte de las entidades públicas, una tramitación informática de expedientes, tampoco la cultura administrativa es la adecuada –instrucciones sobre uso de billetes electrónicos: certificación, o bien, documento electrónico, tapas del billete y factura del vendedor-. Y aun pasará mucho tiempo para que cambiar esta realidad.

En todo caso, estas prevenciones son fundamentales para proceder a la valoración de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

1.2 EL ENFOQUE ELEGIDO: LA TENSIÓN PRIVILEGIO ADMINISTRATIVO-GARANTÍA CIUDADANOS.

¿Cómo abordar la explicación y el análisis de esta nueva Ley, de sus aspectos principales?

Esta Ley es una norma “política”, de declaración de buenas intenciones, de reconocimiento de muchos derechos –que no lo son-, como algunas otras en estos tiempos. Una Ley con la que se pretende responder a una realidad inapelable: que España ocupa el lugar 13 entre los países de la Unión Europea en cuanto a implantación de Administración Electrónica, el 31 entre los países de la OCDE, lugares que no se corresponden con el potencial económico del país. Una norma que recoge otras anteriores aun en fase de aplicación. Cabría, entonces, hacer una valoración con esta óptica. Por ejemplo, es posible una explicación de esta nueva Ley a la luz de las previsiones comunitarias sobre Administración Electrónica, en particular, la Comunicación de la Comisión “Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en beneficio de todos” (COM 2006, 173 final); con particular atención al objetivo primario de asegurar el acceso de todos para evitar la “fractura digital”, o también a la consecución de una mejor “gobernanza democrática”.

Otro enfoque sería *atender los aspectos técnicos* que trae consigo el uso de las nuevas tecnologías de la información. Este planteamiento requiere unos conocimientos especializados de los que carece este ponente, ni siquiera a título de usuario. Sería tanto como intentar explicar la vertiente informática –incluso matemática- de la firma electrónica – clave pública, clave privada, algoritmo que permite identificar la clave privada, pero no saber a quien corresponde, un supuesto de “criptografía de claves asimétricas”-, por más que puede tener alguna trascendencia jurídica. En concreto, sin entrar en su contenido, esta cuestión se corresponde con la problemática de las “normas técnicas”, de su existencia y de sus efectos jurídicos, propio de otros ámbitos de la realidad –Código Técnico de Edificación, Código Alimentario Español-. No es este el planteamiento elegido. Bien es cierto, que esta aproximación permitiría reconocer que las tecnologías de la información son modernas, pero tienen limitaciones –algunas de las cuales justifican determinadas restricciones en su aplicación sobre procedimientos administrativos-. Condicionantes y dificultades que son reales, como pone de manifiesto la implantación de algunos proyectos –la automatrícula en la Universidad se “cayó” porque el primer día lo intentaron muchos más estudiantes que los previstos para la capacidad del sistema-. Tampoco es este el camino elegido.

Es posible otra aproximación. La única que puede justificar este encargo. Sea una ley “política”, sea una ley con una vertiente técnica innegable, lo cierto es que esta nueva norma se dirige y afecta a las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas. En consecuencia, su análisis es posible a partir de la tensión básica que subyace en esa relación: el difícil –pero inevitable- *equilibrio entre privilegios de la Administración* por causa de interés público y *garantías de los ciudadanos*, de sus derechos e intereses legítimos, que es la *esencia del Derecho Administrativo*.

En concreto, *garantías* habrá si el uso de los medios electrónicos es posible –por cualquier técnica-; si se reconoce libertad para elegir la modalidad de relación con la Administración; si las garantías propias del procedimiento administrativo ordinario –en papel- subsisten, incluso, si son mayores en el procedimiento electrónico; si las tecnologías utilizadas por la Administración son públicas y están aprobadas; si los sistemas y aplicaciones están sometidas a control y evaluación externos; si el derecho fundamental a la intimidad informática queda garantizado, en particular, controlando la cesión y el intercambio de los mismos con otras Administraciones y con empresas y particulares (cumplimiento de la legislación de protección de datos). Por el contrario, existirán *privilegios* si el uso de medios electrónicos –y la concreción de cuáles- queda al criterio de la Administración; si se reducen las garantías del procedimiento ordinario por la “complejidad” técnica de esos medios; si la relación administrativa se encarece –adquisición de medios para comunicarse-; si el medio empleado quiebra el tratamiento común a que tienen derecho los ciudadanos; si se impone la obligación de uso de medios electrónicos antes de cumplir con la obligación de simplificar el procedimiento. Este es el enfoque elegido. *No se trata de una opción personal; el principio de legalidad*, entendido como mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas recogidas en la LPAC, es uno de los esenciales de la nueva Ley (*artículo 4.d*).

1.3 APUNTE SOBRE RIESGOS Y GARANTÍAS EN EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

A modo de mero apunte, sin pretensión de exhaustividad, ni de precisión técnica, es preciso recordar cuáles son los problemas –los riesgos- con los que tropieza el uso de medios electrónicos en la actividad administrativa.

Esos riesgos se pueden reconducir a un conjunto de circunstancias que tienen que ver, básicamente, con la falta de actuación física y con la inmaterialidad de los medios que canalizan el actuar administrativo, que, a su vez, se corresponden con una serie de principios de obligado cumplimiento. Se trata de los siguientes:

- a) Que el autor del mensaje haya sido suplantado (*autenticación* –identidad-).
- b) Que el mensaje pueda ser alterado (*integridad* y autenticidad).
- c) Que el contenido del mensaje pueda ser leído por alguien no autorizado: (*confidencialidad*).
- d) Que el emisor/receptor nieguen haberlo recibido y conocido (*no “repudio”*).
- e) Que el contenido –mensaje/documento- se pueda modificar (*conservación*).

Estas son las garantías sobre las que descansa la seguridad del uso de medios electrónicos por la Administración en su relación con los ciudadanos; los mismos cuya puesta de manifiesto es fundamental para superar la *lógica desconfianza en reemplazar lo que se ve y se toca –el papel- por algo que ni se ve, ni se toca –el bit-*.

Se trata de reglas que se repiten, una y otra vez, en la Ley 11/2007. Así el objeto de la Ley (artículo 1.2), las finalidades (artículo 3.3), los principios generales (artículo 4.c, f, g),

la creación del Defensor del Usuario (artículo 7), la sede electrónica (artículo 10.2 y 3), las comunicaciones electrónicas (artículo 27.3 y 5), la notificación electrónica (artículo 28.2), los documentos y copias electrónicas (artículo 29), o el expediente electrónico (artículo 32). La seguridad es la regla; la preocupación por la misma evidencia la existencia de limitaciones en la equiparación entre el actuar administrativo ordinario y la actividad administrativa electrónica.

2) EL IDEAL DE LA LEY 11/2007: “EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO (¿SIMPLIFICADO?)”.

2.1 ANTECEDENTES: UNA LEY QUE REFUNDE Y AVANZA (ART. 38 – REGISTROS-, 45 –INFORMATIZACIÓN Y DOCUMENTOS- Y 59 –NOTIFICACIÓN-LPAC).

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su redacción original, se ocupó de esta materia en tres aspectos:

- 1) Impuso la *obligación de informatizar los registros* administrativos (artículo 38.3) 2) Estableció la posibilidad de *interconexión de registros* de distintas Administraciones mediante convenio de colaboración –ventanilla única- (artículo 38.4).
- 3) Apostó por la *utilización de medios electrónicos*, informáticos y telemáticos en la Administración y en sus relaciones con los ciudadanos (artículo 45.1 a 4), con especial *atención a los documentos electrónicos* (artículo 45.5).

Este último precepto fue desarrollado por el R.D. 263/1996, de 16 de febrero, de utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

En orden a la efectividad de este marco normativo, el legislador encomendó a la *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*, en colaboración con Correos y Telégrafos, la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, validez y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de medios electrónicos en el ámbito de las relaciones administrativas –autoridad de certificación para las relaciones electrónicas con la Administración General del Estado a través del programa “CERES” - (artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, desarrollado, primero, por el R.D. 1290/1999, luego, por el vigente R.D. 1317/2001, ya en un entorno de libre competencia en la prestación de servicios de certificación).

La Ley 4/1999, de 30 de enero, de modificación de la anterior apostó por la *intercomunicación telemática de los registros* de las distintas Administraciones Públicas, estableciendo, además, la interrelación para la remisión de solicitudes, escritos y documentos presentados en cualquiera de ellas y dirigidos a otra (artículo 38.4, *último párrafo*). Esta regulación fue desarrollada por el R.D. 772/1999, de 7 de mayo, sobre presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, expedición de copias de documentos, y devolución de originales, y régimen de oficinas de registro.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, avanzó algo más, con nuevas modificaciones de la citada legislación de procedimiento administrativo común:

- 1) Permitió el *establecimiento de registros telemáticos* para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones (artículo 38.9).
- 2) Permitió la *notificación por medios electrónicos* (artículo 59.3).
- 3) Posibilidad de *uso obligatorio de medios electrónicos* (DA18ª LPAC).

Tras estas modificaciones fue aprobado el *R.D. 209/2003*, de 21 de febrero, sobre registros y notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos –que modificó los anteriores *R.D. 263/1996* y *772/1999*-. A su vez, fue *desarrollado por la Orden PRE/1551/2003*, de 10 de junio –fundamental en aspectos técnicos-.

Con posterioridad, tres normas deben ser destacadas por resultar fundamentales para el funcionamiento del procedimiento administrativo electrónico:

- 1) *Ley 59/2003*, de 19 de diciembre, de *Firma Electrónica* –antes, el *R.D.-Ley 14/1999*, de 17 de septiembre-.
- 2) *Orden EHA/1307/2005*, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de *contratación pública*.
- 3) *R.D. 1553/2005*, de 23 de diciembre, de expedición del *Documento Nacional de Identidad* y sus certificados de firma electrónica.

Otras normas, anteriores y posteriores, muestran el desarrollo del uso de medios electrónicos en las relaciones privadas, pero también en las públicas. En general, la *Ley 34/2002*, de 22 de julio, de servicios de la *sociedad de la información* y de comercio electrónico. De modo particular, la “*factura electrónica*” (Directiva 2001/115/CE, *R.D. 1496/2003*, de 28 de noviembre); y, más reciente, la “*receta electrónica*” (Decreto 18/2007, de 19 de junio, Andalucía, Decreto 159/2007, de 24 de julio, Cataluña,).

En suma, la *nueva Ley 11/2007* se asienta sobre esta *regulación previa del procedimiento administrativo*, que consolida, integra y mejora –según se insiste, se pasa del “*podrán*” al *deberán*”-. En ella se encuentra normativa sobre Administración electrónica, registros electrónicos, notificaciones electrónicas y documentos y copias de documentos electrónicos. *Esta nueva Ley deroga expresamente los artículos 38.9, 45.2 a 4, 59.3 y disposición adicional 18ª de la LPAC* (disposición derogatoria única).

Ahora bien, este tránsito permite *formular varias preguntas*:

¿*Por qué deroga esa regulación? ¿cuál es su finalidad?* Lo hace, sin duda, para *dar un paso más*: establecer las *bases del procedimiento administrativo electrónico* –que se analiza a continuación-.

¿*También lo deroga para simplificar el procedimiento?* Eso dice el legislador (artículos 4.º y 34 *Ley 11/2007*), pero esta cuestión sigue siendo parte de la *literatura fantástica*, cuando menos, desde el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 –órgano con competencia más específica-. Y ello, pese a que es indiscutible que el proceso de informatización puede facilitar la simplificación de los procedimientos.

2.2 INICIACIÓN: ¿DERECHO ACCESO ELECTRÓNICO? ¿LIBERTAD DE ELEGIR? CONDICIONES SOLICITUD. REQUISITOS ÓRGANO.

2.2.1 Preliminar: el procedimiento electrónico no consiste en usar el correo electrónico.

El procedimiento “electrónico” es algo bien distinto de enviar o recibir un correo electrónico, en una dirección pública o privada, con una orden de confirmación de recepción. Del mismo modo que tampoco lo es remitir una solicitud, un documento o un recurso por vía electrónica, con independencia de su aportación original posterior. No lo es comunicar por ese medio –u otro equivalente- una decisión administrativa. En estos casos, el procedimiento seguido sigue siendo el ordinario, los medios electrónicos facilitan algunas

comunicaciones, pero, por si solos, son inútiles, porque no reúnen las garantías necesarias, que lo equiparen con el escrito, que exigen: disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de los documentos que se manejen (artículo 38.9 LPAC). El procedimiento electrónico requiere el cumplimiento de esas garantías.

2.2.2 El inicio del procedimiento electrónico: ¿derecho de acceso electrónico?

¿En qué consiste el derecho de acceso electrónico a la Administración? ¿Es facultad del ciudadano el uso de medios electrónicos?

La *exposición de motivos* conduce a una respuesta afirmativa. Lo ejemplifican los siguientes párrafos:

“La Ley consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones”, “el reconocimiento general del derecho de acceder electrónicamente a las Administraciones Públicas tiene otras muchas consecuencias”, “la Ley debe partir del principio de libertad de los ciudadanos en la elección de la vía o canal por el que quieren comunicarse con la Administración (si bien cada tecnología puede ser apta para una función en razón de sus características y de la fiabilidad y seguridad de sus comunicaciones)”.

El contenido *dispositivo* abunda este entendimiento:

“La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos” (artículo 1.1 de la Ley 11/2007). *“Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos -para el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 35, 70, 89, 107 LPAC-”* (artículo 6.1). *“Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos ... La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido”* (artículo 27.1).

A la vista de estas previsiones, la contestación sólo puede ser: sí; el ciudadano tiene derecho a decidir comunicarse con la Administración mediante medios electrónicos; como tal derecho, a renunciar a ejercerlo cuando lo considere oportuno y a emplear los medios tradicionales. Pero: *¿también tiene derecho a acudir a los Tribunales para exigir que la Administración cumpla?*

Pese a la insistencia en la idea de derecho de los ciudadanos, lo cierto es que *el acceso electrónico tiene una configuración jurídica equivalente al derecho a una vivienda digna*: lo es en los términos y con el alcance que determine el legislador ordinario. La evidencia se encuentra en la regulación del uso obligatorio –sin elección– de los medios electrónicos en la relación con la Administración. El *artículo 27.6 de la Ley 11/2007* es elocuente:

“Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo 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”.

Ni derecho, ni menos aun libertad de elección de modo de comunicación. El legislador traslada a la Administración la posibilidad de convertir el derecho en una obligación. No es una previsión nueva. Ya se encontraba en la disposición adicional 18º de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, con la diferencia de que esta regulación exigía un informe en el que se especificara que la utilización de medios electrónicos no implica restricción o discriminación alguna para el colectivo de que se trate. Este contrapeso –“causas objetivo o subjetivas justificadas”- aparecía en el proyecto de ley del Gobierno pero fue eliminado por considerar que podía inducir a confusión (enmienda 209). No se trata de algo hipotético. Lo ejemplifica la Orden ITC/2739/2007 Ministerio Industria, Turismo y Comercio, con un buen número de procedimientos en los que el uso de medios electrónicos es obligatorio. Esta posibilidad también se recoge la regulación en materia de contratación pública (artículo segundo.3 de la Orden 1307/2005). Lo cierto es que esta autorización reglamentaria debilita la condición de derecho de la que tanto se habla.

A su vez, desde el enfoque de las garantías, *esta habilitación debe ser criticada.* El legislador traslada al Gobierno la decisión sobre el modo en que un colectivo de ciudadanos se relacione con la Administración sin mayores condicionantes. La medida bien *puede considerarse un supuesto de deslegalización*, manifiestamente contrario a la *reserva de ley* existente en materia de procedimiento administrativo y, sobre todo, en relación con las *garantías de los ciudadanos* (artículos 105: “*la ley regulará... el procedimiento*”, y 149.1.18 CE, por todas, STC. 175/2003, f.j. 10º). Aun discutible, la excepción puede resultar admisible –salvo infracción del “tratamiento común”- cuando la adopta el propio legislador (disposición adicional 18º, apartado primero, LPAC).

Por otra parte, *en la hipótesis de que fuera viable el uso de medios electrónicos*, el derecho de que se habla obliga a formular otra pregunta: *¿derecho a elegir el tipo de medio electrónico con el que relacionarse? ¿obligación de emplear los que decida la Administración?*

Nuevamente, *las declaraciones* que proclaman el derecho reconocido a los ciudadanos *tropiezan con la realidad de las restricciones* y limitaciones que se imponen. En este sentido, los medios electrónicos son –pueden ser-: “*cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras*” (anexo, letra p, de la Ley 11/2007). En este caso, los ciudadanos tienen derecho: “*A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas*” (artículo 6.2.a). También tienen derecho: “*A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos*” (artículo 6.2.k). Sin embargo, *no existe libertad de elección de medios*. Lo confirma el artículo 27.4: “*Las Administraciones publicarán, en el correspondiente Diario Oficial y en la propia sede electrónica, aquellos medios electrónicos que los ciudadanos puedan utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con ellas*”. En otras palabras, *la clase de medio electrónico es elegida por cada Administración pública*; bien es cierto, debe añadirse, que éstas deben ofrecer varios canales de comunicación –oficinas de atención presencial, puntos de acceso electrónico y servicios de atención telefónica- (artículo 8); y que, como regla general, rige el principio de neutralidad tecnológica y de utilización de estándares abiertos (artículo 4.i).

En suma, *la idea de “derecho” queda diluida*. Probablemente, porque la tecnología – mejor, su aplicación en el ámbito administrativo- aun esté poco desarrollada como para dar pie a ese derecho. Pero, lo cierto es que el título de la Ley queda en entredicho.

2.2.3 Condiciones solicitud: formulario, firma electrónica, medio de notificación.

a) Solicitud ¿antiformalismo –artículo 70 LPAC-?

El particular debe disponer de conexión a una red pública de comunicaciones electrónicas –normalmente, Internet, aunque también TDT-, un ordenador –mínimo Pentium III- y una lectora de tarjetas gráficas. Sin esto, ningún sentido tiene cuanto se expone a continuación.

Si dispone de esos medios, la limitación de las “nuevas” tecnologías se impone. El procedimiento se iniciará mediante una solicitud ajustada al “*modelo o sistema electrónico de solicitud*” disponible en la sede electrónica del órgano administrativo (artículo 35.1). Los particulares pueden aportar copias digitalizadas de los documentos, cuya fidelidad con el original se garantizará con la firma electrónica avanzada (artículo 35.2). Es posible que el formulario se encuentre completo en todo o en parte y se limite a ofrecer al ciudadano que verifique, modifique o complete la información (artículo 35.3).

No rige el antiformalismo; ni mucho menos. Esta regulación no tiene el elemento corrector que, con respecto a solicitudes en formulario, contiene la LPAC (artículo 70.4, posibilidad de acompañar documentos que deben ser tenidos en cuenta).

b) Identificación del particular y autenticidad de su voluntad

La LPAC exige: “*firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de la voluntad expresada por cualquier medio*” (artículo 70.1.d).

En el procedimiento electrónico, esa función de “acreditación” de que el petionario es quien dice actuar no se verifica por la firma –ni siquiera “escaneándola”, porque, aun siendo cierta, no supone que haya habido expresión de voluntad, ni se puede acreditar que se emitió-. En este procedimiento, esa tarea se encomienda a la Firma Electrónica y, como uno de sus sistemas, al DNI electrónico (R.D. 1553/2005); aunque son admisibles otros sistemas de firma electrónica, si bien, en estos casos, su utilización depende de lo que decida la Administración correspondiente (artículos 13 a 16 de la Ley 11/2007). Como excepción, en defecto de sistema de firma electrónica, la Ley admite que determinados funcionarios identifiquen y autentiquen a los ciudadanos a los efectos del procedimiento electrónico que corresponda (artículo 22 Ley 11/2007). Estos son los medios que sustituyen la firma manuscrita –y su vínculo con el firmante- por la denominada firma electrónica, que si es reconocida (DNI electrónico con certificado vigente) tiene igual valor jurídico que la firma manuscrita (artículo 3.4 Ley 59/2003 de Firma Electrónica).

En suma, entre legos, el formulario debe ser acompañado de una serie de claves de identificación que, en teoría, identifican al usuario, y garantizan su intervención. En este punto, la frase: “*introduzca su contraseña*” resume la situación; en realidad, los mecanismos de seguridad –certificado reconocido, firma electrónica, claves públicas y privadas para intercambio, quedan en el chip de la tarjeta que posee el particular-. Algunas disposiciones precisan que la Administración no es en ningún caso responsable en el supuesto de uso fraudulento del sistema, en tanto los usuarios asumen en exclusiva la custodia de los

elementos necesarios para la autenticación (artículo 11 de la Orden EHA/3636/2005, de 11 de noviembre, registro telemático Ministerio de Economía y Hacienda).

c) Actuación por representación.

La LPAC permite actuar por representación, con presunción de que así se actúa en los actos de trámite, y siempre con la posibilidad de subsanar los defectos que se produjeran (artículo 32). El artículo 23 de la Ley 11/2007 faculta a la Administración para que autorice a determinadas personas para actuar en determinadas transacciones en representación de los particulares, siempre, previa habilitación expresa. Se trata de una suerte de “gestor administrativo electrónico”. En realidad, lo que subyace es la duplicación del problema de la autenticación del particular: si la firma electrónica requiere que, en algún momento, el tercero de confianza vincule esa firma –datos electrónicos- con una persona determinada, la actuación por representante requiere de éste verificar igual garantía.

d) Medio o lugar preferente a efectos de notificación.

La LPAC señala que el particular *indicará medio o lugar preferente a efectos de comunicaciones* (artículo 70.1.a). A su vez, esta indicación lleva a la regulación de las notificaciones y publicaciones (artículos 58 a 61 LPAC).

Como en el procedimiento ordinario, *lo primero es que el particular decida o acepte el uso de medios electrónicos* como vía de comunicación (artículo 27.1 y 28.1 Ley 11/2007). A diferencia de la LPAC, la nueva norma se refiere a dos modalidades: a) que el interesado haya indicado esos medios, o bien, b) que el particular haya consentido su utilización, normalmente, por haber aceptado el ofrecimiento de la Administración. En este punto, la nueva Ley se separa de su precedente. El derogado artículo 59.3 LPAC era más riguroso: “*consentido expresamente su utilización*”. No se entiende el cambio; en menos garantista mero consentimiento –que puede ser expreso o tácito-, que la exigencia de declaración de voluntad expresa. Y lo es menos porque, como se verá a continuación, el régimen de comunicaciones resulta más gravoso para el particular por vía electrónica que por vía ordinaria. En realidad, la potenciación de este medio de comunicación exigiría algo análogo al consentimiento informado, con obligación de información a cargo de la Administración sobre las condiciones de uso de estos medios.

Quede aquí la referencia al uso de medios electrónicos. De la notificación electrónica se hablará con ocasión de la comunicación de la resolución que pone fin al procedimiento.

2.2.4 Condiciones del órgano competente para instruir y para resolver: sede, dirección, registro electrónico.

a) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

La LPAC señala que *la solicitud se dirigirá al órgano, centro o unidad administrativa que sea competente* (artículo 70.1.e). No lo precisa, pero, salvo presentación en el registro correspondiente, lo normal es que se señale la sede o la dirección postal del órgano.

¿Cuál es la sede o dirección de un órgano cuando se utilizan medios electrónicos?

La respuesta: *punto de acceso electrónico* (artículo 8.2.b Ley 11/2007), *sede electrónica y dirección electrónica*. En otras palabras, la dirección: *www* que corresponda. En todo caso, es preciso que quede garantizada la “*identificación del titular de la sede*” (artículo 10). En concreto, la *identificación auténtica del órgano administrativo*, el mecanismo

vuelve a ser la *firma electrónica* –de la sede- basada en *sello electrónico o código seguro* de verificación en cuanto a la identificación del órgano actuante (artículos 17 y 18). El *personal* que preste servicios en el órgano deberá contar, también, con firma electrónica (artículo 19). Otra vez, esta regulación debe ser completada con lo previsto en la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

b) El registro administrativo: lugar presentación solicitud.

La LPAC regula los registros administrativos (artículo 38). La Ley 11/2007 ordena los *registros electrónicos*. En ellos se reciben y asientan los escritos enviados por los ciudadanos (artículos 24 y 25 y R.D. 209/2003).

Los registros electrónicos tienen limitaciones. La norma de creación debe fijar el órgano responsable de su gestión, fecha y hora oficial, los días inhábiles, la relación de actualizada de escritos que puedan presentarse y, en su caso, los dirigidos a otros órganos del ámbito de la misma Administración que también se puedan presentar para, posteriormente, ser reenviados a la dirección que corresponda (artículo 25.1 y 2). Esto último, admitir escritos y documentos dirigidos a otros órganos, es una novedad con respecto a la regulación precedente (artículo 38.5 LPAC).

La cuestión de la fecha y hora oficial merecen un comentario. El vigente artículo 17.1 del R.D. 772/1999 (redacción dada por R.D. 209/2003) dispone que: “*la hora oficial, a efectos del registro telemático, será la correspondiente a la península y el archipiélago balear, salvo que el registro tenga como ámbito territorial la Comunidad Autónoma de Canarias, en cuyo caso será la hora oficial correspondiente al archipiélago canario*”. Las disposiciones recientes de creación de registros telemáticos, ya en vigor la Ley 11/2007, mantienen este criterio; es de suponer que a falta de previsión legal al respecto (registros electrónicos de la Jefatura Central de Tráfico y del Ministerio de Medio Ambiente, citados). Con independencia de otra explicación, esta regulación casa mal con la idea de acabar con la distancia y el tiempo en la relación de la Administración con los particulares –en particular, los canarios-, por cuanto, la hora peninsular supone un recorte, aun mínimo, de las posibilidades de relación; una carga poco justificable, puesto que es posible identificar el origen de la comunicación. En todo caso, siempre quedan las oficinas de correos.

Nada dice la Ley sobre los efectos jurídicos en caso de presentar un escrito o documento no admitido por el registro correspondiente. No obstante, el artículo 16.2 del R.D. 209/2003 dispone que: la presentación no producirá ningún efecto, en estos casos se procederá al archivo, teniéndolo por no presentado y comunicándolo así al remitente. Se trata de una regulación restrictiva con respecto al procedimiento ordinario e injustificada; que, sin embargo, se sigue empleando en la regulación de registros electrónicos aprobados tras la aprobación de la Ley 11/2007 (es el caso del registro de la Jefatura Central de Tráfico, artículo 3.3 Resolución de 26 de agosto de 2007, del Ministerio de Medio Ambiente, artículo 1.2 Orden MAM/2390/2007 y del Ministerio de Economía y Hacienda, artículo 2.3 Orden EHA/3636/2005).

Esta falta absoluta de efectos debe ser criticada por dos motivos: afecta a las garantías del procedimiento por norma reglamentaria (con infracción de la reserva de ley), más allá de una nueva prueba de las limitaciones que tiene la técnica empleada, ninguna razón justifica este rechazo de plano, cuando menos, habrá que reenviar el escrito al órgano competente, dando por buena la fecha de presentación, como ocurre con la presentación de escritos en los registros administrativos ordinarios.

c) Efectos de la presentación de la solicitud en el registro electrónico.

-*Derecho a copia del escrito* como acuse de recibo de entrega (artículo 70.3 LPAC). Se corresponde con el derecho a un *recibo consistente en copia autenticada de la solicitud de que se trate* incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de registro de entrada expedido, de modo automático, por el registro (artículo 25.3 Ley 11/2007).

-*Interrupción de plazos* con la fecha y hora de registro, salvo que sea día inhábil, en cuyo caso, se entenderá recibido en la *primera hora del día hábil siguiente* (artículo 26.3).

En cuanto a *días hábiles e inhábiles es importante destacar* que el criterio general en virtud del cual: si un día es inhábil en la sede del órgano administrativo o lo es en la localidad del ciudadano, se considera inhábil para ambos (*artículo 48.5 LPAC*), se *excepciona para los registros electrónicos (artículo 26.5 Ley 11/2007)*. Nuevamente, la justificación de la restricción se dice que es técnica; pero, en este caso, es difícil reconocer el motivo, más allá de la eventual dificultad de incorporar al programa del registro electrónico las fechas oficiales de fiesta publicadas en los respectivos diarios oficiales. Por otra parte, nada dice la nueva Ley 11/2007 sobre los efectos jurídicos de una caída del sistema –tanto de la red de acceso, como de la propia dirección electrónica- que pueda hacer imposible presentar una solicitud o escrito en plazo (*¿se amplía el plazo de facto? ¿basta con acreditar el intento de remisión? ¿cómo se hace?*).

2.3 INSTRUCCIÓN: ¿LIMITACIÓN DERECHOS INTERESADO: ACCESO EXPEDIENTE, AUDIENCIA? EXPEDIENTE ELECTRÓNICO. DOCUMENTO ELECTRÓNICO. TRÁMITES INSTRUCCIÓN CIUDADANO.

2.3.1 Instrucción electrónica.

De igual manera que cabe la iniciación del procedimiento por vía electrónica, la instrucción puede desarrollarse también por esos medios. La exigencia es que las *aplicaciones y sistemas de información* que se utilicen *garanticen el control de plazos, la identificación de los órganos responsables, la tramitación ordenada de expedientes*, y faciliten la simplificación y la publicidad (artículo 36 Ley 11/2007).

Pero: *¿quién aprueba y quien hace pública la relación de aplicación y programas utilizados?* El *artículo 45.4 LPAC* lo encomendaba al órgano competente por razón de la potestad que se ejerciera; así también los artículos 2.2 y 9.4 del R.D., 263/1996. Sin embargo, *el citado artículo 45.4 ha sido derogado* por la Ley 11/2007. La pregunta queda en el aire: *¿ya no es necesario* porque la Administración utilizará *estándares abiertos? ¿y cuando no lo sean? ¿queda al criterio de cada Administración por ser parte de la potestad de autoorganización? ¿no es una garantía de procedimiento* saber que programa informático emplea la Administración? *¿no es bueno que se publique a efectos de control judicial?* Tampoco sirve la fijación de estándares básicos comunes (artículo 42 Ley 11/2007). Los preceptos reglamentarios siguen vigentes, pero no tienen carácter de norma básica.

2.3.2 Expediente, documento y archivo electrónico.

a) Expediente electrónico (artículo 32).

Igual que todo procedimiento administrativo en papel trae consigo un expediente administrativo –que debiera estar ordenado y fechado según artículo 48.4 LJCA-, el procedimiento electrónico cuenta con la misma previsión y garantía. La Ley lo define como: *“el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento*

administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan”. Este expediente debe estar foliado mediante un índice electrónico que garantice la integridad del mismo y permita su recuperación siempre que sea preciso. Nada se dice sobre el momento en que debe ser construido y fechado. En este aspecto, las cosas cambian poco.

b) Documento electrónico (artículo 29 y 30).

Como queda dicho, el expediente es la suma de los documentos electrónicos que corresponden a un procedimiento determinado. Su adecuado entendimiento pasa por la *definición de documento electrónico*. La nueva Ley lo define en su anexo: “*información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*” (anexo, letra i, antes artículo 3.d del R.D. 263/1996). Lo relevante, por tanto, es el formato de expresión y conservación de la información.

A partir de esa definición, la nueva Ley 11/2007 regula los *documentos electrónicos* – su producción y validez, artículo 29-, y las *copias electrónicas* de esos documentos –artículo 30-.

Las previsiones que formula esa norma deben ser puestas en relación con dos preceptos: el artículo 45.5 LPAC –que admite este formato documental siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, y, en su caso, recepción por el interesado-, y el *artículo 46 de la misma Ley* –sobre validez y eficacia de documentos, públicos y privados, y sus copias-. La Ley 11/2007 pretende establecer las garantías precisas para que el documento y las copias electrónicas tengan igual validez y eficacia que sus equivalentes en papel; de ahí la exigencia de firma electrónica y de sellados de tiempo – que aseguren el momento de su expedición-; e, igualmente, esas mismas garantías pretenden responder a otro problema: el elemento de comparación que permita establecer su autenticidad, sobre todo cuando el formato del documento es cambiado. Quizás sea éste el ámbito en que las garantías (frente riesgos electrónicos) resultan más exigentes por el legislador.

Un aspecto de esta nueva regulación merece una *reflexión: la posibilidad de destruir los documentos originales* en soporte papel de los que se hayan obtenido copias electrónicas (artículo 30.4). ¿También el consentimiento informado? ¿es posible el hospital sin papeles? El distinto régimen de validez de los documentos públicos y los documentos privados exige tener “cuidado” con la destrucción de documentos privados, pero que son determinantes de la validez de la acción administrativa, incluso judicial como el consentimiento sanitario informado –es preciso que se conserve el original, apartado 30.1-. En otras palabras, algunos documentos privados no serán “convertibles” en su equivalente electrónico sin emisión de la firma electrónica por el ciudadano y garantía de sellado de tiempo.

c) Archivo electrónico de documentos (artículo 31).

Admitido el procedimiento electrónico, su expresión documental mediante el expediente de igual naturaleza, la posibilidad del archivo electrónico es una consecuencia natural de esta regulación. Nuevamente, la preocupación del legislador es que los medios que se utilicen sean conformes con los principios de integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados; así como cumplimiento de las garantías establecidas por la legislación de protección de datos.

2.3.3 Limitación acceso al expediente: ¿por qué?

La Ley 11/2007 reconoce el derecho a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en que sean interesados, salvo en los supuestos en los que: “*la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquellos*” (artículo 6.2.d). Más adelante, esa restricción en abstracto se concreta en: “*la información sobre el estado de tramitación del procedimiento (que) comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados*” (artículo 37.1).

¿Por qué se limita el derecho de acceso al expediente? ¿por qué se restringen los actos susceptibles de ser conocidos y por qué se hace referencia a otras restricciones?

Esta regulación se separa del artículo 35.a) LPAC, que regula el derecho de los interesados de acceder en cualquier momento al expediente administrativo –todo o parte- y obtener copias del mismo, para acercarse al derecho de los ciudadanos de acceso a registros y archivos, del artículo 37 LPAC, que sí admite ciertas restricciones en relación con ciertos datos y documentos. En todo caso, se trata de derechos distintos; el primero de los cuales, el de acceso al expediente, es garantía de no indefensión y de contradicción del procedimiento administrativo, lo cual requiere la disponibilidad de todos los documentos –en sentido lato- que obren en el expediente. El Tribunal Supremo ha aceptado y delimitado los dos derechos, su contenido y sus diferencias (STS. 3ª, 6 de junio de 2005, RJ. 6711, f.d. 2º).

No se entiende la razón para recortar estos derechos si el procedimiento es electrónico; ni siquiera la protección de datos tendría fundamento.

2.3.4 Trámites de instrucción electrónicos con independencia del ciudadano - alegaciones, audiencia-

La Ley 11/2007 parece que permite a la Administración imponer el uso de medios electrónicos para realizar los trámites de alegaciones y audiencia –en la exposición de motivos se habla de participación ciudadana- (artículo 36.3).

A menos que el derecho de acceso quede diluido por completo, es necesario interpretar este precepto como resultado del ejercicio por el particular de medios electrónicos para relacionarse con la Administración, y no como una vía para imponer su uso.

¿Y la participación ciudadana electrónica?

Nada dispone la Ley 11/2007 en línea con uno de los objetivos y acciones prioritarios de la mencionada Comunicación de la Comisión Europea sobre la Administración Electrónica: el refuerzo de la participación y la adopción de decisiones democráticas. En esta materia, la realidad sigue siendo el discutible mecanismo de participación en la elaboración de reglamentos que contiene, con el aval del Tribunal Supremo, el artículo 24 de la Ley de Gobierno, que limita la audiencia a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley.

2.4 TERMINACIÓN: ¿RESOLUCIÓN DICTADA POR EL ORDENADOR? RESOLUCIÓN. RESOLUCIÓN AUTOMATIZADA. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.

2.4.1 Resolución electrónica.

El procedimiento puede concluir con resolución electrónica, siempre que la identidad del órgano competente quede acreditada mediante firma electrónica u otro sistema de identificación admitido (artículo 38.1 de la Ley 11/2007).

2.4.2 Resolución automatizada.

La gestión electrónica debe respetar: *“La titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración –órgano o entidad- que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la actividad”* (artículo 33.1 Ley 11/2007). Siendo así, ¿es admisible la actuación administrativa automatizada?

La Ley 11/2007 admite el procedimiento automatizado (anexo, a) y, lo que es más importante, la resolución automatizada (artículo 38.2). A estos efectos precisa que, con carácter previo, debe establecerse el órgano competente para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión, control de calidad y auditoría del sistema informático y su código fuente. Asimismo, debe indicarse: *“El órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”* (artículo 39). No hay, por tanto, actuación de órgano alguno. La Ley es clara. No se formulan distinciones: tanto da un procedimiento reglado, que uno discrecional, como otro subjetivo –sancionador, es imposible que el programa valore la “culpabilidad”-.

El precepto cuenta, con un antecedente: el artículo 96.3 Ley General Tributaria; y un precedente: el artículo 7.3 del R.D. 263/1996, bien que limitado a actos de trámite, no menciona resoluciones. De otra parte, es preciso destacar que se trata de un conjunto de artículos (38 y 39 Ley 11/2007), que no tienen la consideración de norma básica, de modo que es inviable siquiera pensar en una modificación de la LPAC. Además, esta regulación impide el ejercicio del derecho a identificar a las autoridades y personal que tramiten el expediente (artículo 35.b LPAC) que es uno de los derechos que se pretende garantizar con el derecho de acceso con medios electrónicos (artículo 6.1 Ley 11/2007).

Estos datos conducen a la conclusión de que la resolución automatizada es nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta (artículo 62.1.b LPAC). No hay órgano, ni mucho menos actuación que le sea imputable, sin persona física investida para el desempeño de sus funciones. No en la actualidad con la LPAC. Los actos administrativos no pueden ser decididos por equipos y sistemas informáticos. Tampoco vale el visto bueno sin más –como tampoco servía el de los policías locales sobre las denuncias de los vigilantes de las zonas azules de aparcamiento-.

En fin, se ha escrito que esta posibilidad obliga a modificar la teoría general del acto administrativo para admitir que “el sistema” dicte resoluciones. Quizás sea necesario, pero, de momento, las razones para hacerlo no parecen suficientes.

2.4.3 Notificaciones electrónicas.

Sea como fuere, las resoluciones deben ser comunicadas a los interesados. Aquí entra en juego el régimen de la notificación electrónica (artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007).

Si el particular optó por una comunicación electrónica con la Administración, *no sirve con ofrecer la dirección electrónica personal o profesional*. A los efectos de este procedimiento, *el particular deberá indicar una dirección de correo electrónico de características tales que permita tener “constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones, y que se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas”* (artículo 27.3 de la Ley 11/2007); en concreto, *“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 se entenderá practicada a todos los efectos legales”* (artículo 28.3). El cumplimiento de esas exigencias explica que la mera disposición de una dirección de correo electrónico no sea suficiente para hablar de notificación electrónica. Esta clase de notificación no sería distinta de una comunicación telefónica.

Para atender esos requisitos, *es imprescindible un sistema que permita garantizar la recepción y el acceso por el interesado, en tiempo y forma*; algo que, hoy por hoy, sólo cabe con un sistema denominado de *“dirección electrónica única”*, que gestiona “Correos y Telégrafos, S.A.”, que funciona como si fuera un apartado postal, pero electrónico (artículo 12.3 del R.D. 209/2003 y artículo 9 de la Orden 1551/2003). En concreto, se reconocen dos momentos claves: 1) la *puesta a disposición del mensaje* en la dirección –en el apartado de correos- y 2) el *acceso al mismo por el titular* de la cuenta de correos –apertura del apartado y retirada de su contenido-. Sólo el acceso permite tener por notificado un acto administrativo.

Es importante señalar que, salvo que el uso de medios electrónicos sea obligatorio, el particular en cualquier momento puede requerir al órgano competente *que las notificaciones dejen de ser electrónicas* y pasen a ser ordinarias (artículo 28.4 y, en general, artículo 27.1 in fine de la Ley 11/2007). Esta renuncia, sin más, debe ser considerada un avance. El anterior artículo 12.4 del R.D. 263/1996 según la redacción que le dio el R.D. 203/1999 exigía para admitir este cambio la concurrencia de unas inciertas “causas técnicas”. Este precepto no ha sido derogado, pero los términos de la nueva Ley no dejan lugar a dudas,

En cuanto a los efectos, cuando exista constancia de la puesta a disposición –está en el cajón del apartado postal-, el transcurso de diez días naturales sin que se acceda a su contenido permite tener por rechazada la notificación a los efectos del artículo 59.4 de la LPAC –es decir, se tendrá por efectuada y se continuará el trámite-; salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso (artículo 28.3). Se equipara el transcurso de ese plazo con el “rechazo de la notificación”, no con la “notificación infructuosa” –que exigiría nuevo intento y, en su defecto, publicación edictal-. En este punto aparece la principal carga que acompaña a la notificación electrónica. En aras de una mal entendida eficacia, se establece una presunción legal, con base en el transcurso de un plazo brevísimo de 10 días naturales, sin siquiera imponer una publicación edictal. No es nuevo -ya lo hacía el artículo 59.3 LPAC-, lo dispone una norma con rango de Ley, además, lo normal es que el uso de este medio hay sido elegido de forma voluntaria por el particular, pero es dudoso que sea conforme con el principio de proporcionalidad (artículo 3.g de la Ley 11/2007). En todo caso, esta regulación no contribuye a difundir las ventajas de la Administración electrónica.

2.5 OTROS ASPECTOS OBJETO DE REGULACIÓN: PUBLICACIÓN DIARIOS OFICIALES, ÓRGANOS COLEGIADOS, OTROS PROCEDIMIENTOS.

2.5.1 Publicación diarios oficiales (artículos 11, 12 y DF2ª).

Mucho se ha avanzado desde que el B.O.E. sólo estaba disponible en red durante quince días, después había que pagar por las copias; algo menos de la impresión página por página. Pero cambió y hoy es accesible en su propia dirección electrónica.

La nueva Ley 11/2007 da un paso más: la publicación del B.O.E. en una sede electrónica puede llegar a tener la misma validez jurídica que su texto en papel a los efectos de lo dispuesto por el Código Civil. La disposición final 2ª dispone que esta *eficacia la tendrá desde el 1 de enero de 2009*.

Pero, debe añadirse, esa validez se producirá siempre que, para entonces, se hayan establecido por *vía reglamentaria* las condiciones necesarias para asegurar su integridad, autenticidad y publicidad. De lo contrario, esa disposición no podrá producir efecto alguno.

2.5.2 Régimen órganos colegiados (disposición adicional primera).

Admite la reunión de órganos colegiados utilizando medios electrónicos, siempre que queden garantizadas las exigencias de los artículos 26 y 27.1 LPAC.

Para la Administración General del Estado esto supone que se cumpla la normativa sobre convocatoria, acceso información, orden del día, que especificará los tiempos de los debates, formulación y conocimiento de las propuestas, y adopción de acuerdos; el régimen de constitución y adopción de acuerdos, y las actas, que dejarán constancia de las comunicaciones producidas, así como del acceso a los miembros al contenido de los acuerdos adoptados.

2.5.3 Otros procedimientos -tributario, seguridad social, extranjería, contratación- (disposición adicional cuarta).

Los procedimientos administrativos tributario (artículo 96 LGT 2003, R.D. 1065/2007 de procedimientos tributarios), seguridad social (Orden 3 de abril de 1995) y extranjería se rigen por las previsiones de su legislación específica (DA 5ª, 6ª, 7ª y 19ª LPAC). Igual ocurre con la normativa de contratación pública (DA 7ª TRLCAP, Orden 1307/2005).

3) LA REALIDAD DE LA LEY 11/2007: “UNA NORMA SOMETIDA A TÉRMINO”.

3.1 LA FECHA MÁGICA DEL 31/12/2009: PLAZO PARA HACER LOS DEBERES.

La entrada en vigor de la Ley 11/2007 –que se produjo el 24 de junio de 2007- no supone la “exigibilidad” de sus previsiones, ni los derechos reconocidos a los ciudadanos, ni los deberes impuestos a las Administraciones. A partir de esa fecha, esos derechos podrán ser ejercitados en la medida en que se vayan adaptando los procedimientos y actuaciones administrativas a la misma. En otras palabras, esta normativa funcionará como la anterior ya derogada.

A tenor de la disposición final tercera de la Ley, esta situación se presenta como provisional o transitoria. El legislador ha establecido una fecha mágica, el 31 de diciembre de 2009, como momento en que el contenido de la norma sea exigible con respecto a todos los procedimientos y actuaciones de la competencia de la *Administración General del*

Estado. Es de suponer que, llegado ese término, esa Administración habrá realizado los deberes y todos sus procedimientos tendrán ya versión electrónica disponible y apta para los ciudadanos. A estos fines, la Ley prevé la elaboración de un “Plan de Medios” que permita cumplir esos objetivos (disposición adicional 3ª).

3.2 LA CARGA DE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA.

En el caso de las Administraciones autonómicas y locales, la previsión es parecida, pero no es idéntica. Esa fecha mágica puede llegar sin que las previsiones de la Ley sean exigibles.

En efecto, la misma disposición final tercera de la Ley 11/2007 precisa los términos en que su contenido sea preceptivo por completo para las *Comunidades Autónomas*, acompañando el plazo –31 de diciembre de 2009- de la cláusula: “*siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias*”. De modo que la efectividad del derecho de acceso electrónico a los servicios públicos queda a los recursos que cada Comunidad destine a este objetivo y a los tiempos en que lo haga. Ni siquiera se impone algún deber de implantar los procedimientos electrónicos, aun de modo genérico para evitar invadir la autonomía financiera autonómica.

3.3 EN PARTICULAR, SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

En cuanto a las *Entidades Locales*, la regulación es análoga a la establecida para las Comunidades Autónomas, por tanto, haciéndolo depender de las “*disponibilidades presupuestarias*” (DF3ª). Tan sólo se añade un recordatorio: que las *Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares, podrán prestar servicios* para garantizar que los servicios se puedan prestar en los municipios que no dispongan de medios técnicos y organizativos para ellos. Pero esto no es más que una reiteración del deber de cooperación jurídica, económica y técnica del artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del Régimen Local.

A lo dicho es preciso añadir la previsión de algunas medidas dirigidas a favorecer el acceso de cada Administración a los medios, sistemas y técnicas adecuados. La Ley 11/2007 se refiere a la *reutilización de sistemas y aplicaciones propiedad de una Administración* por otras de modo gratuito y sin necesidad de convenio (artículo 45); y, también, a la *transferencia de tecnología entre Administraciones* mediante directorios actualizados de aplicaciones de libre reutilización (artículo 46). Estas previsiones tienen el inconveniente de su naturaleza de medidas de cooperación; pero, si funcionan, pueden resultar fundamentales para la extensión real de la Administración electrónica.

En todo caso, con la cláusula de cierre referida a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, *la Ley estudiada vuelve a las aguas de lo que se calificó como “Ley política” o “Ley programática”*. Todo queda –y no se dice como- a lo que cada Administración pueda hacer y, a su vez, cada una hará lo que sus recursos económicos le permitan; en el caso municipal, con la colaboración de las entidades locales mayores. Bien es cierto que, como también se avanzó, la realidad de las nuevas tecnologías de la información corre imparable, de modo que la adaptación inevitablemente se producirá.

4) REFLEXIÓN FINAL: LAS INNEGABLES VENTAJAS DE USAR MEDIOS ELECTRÓNICOS NO JUSTIFICAN EL RECORTE DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS POR MÍNIMO QUE SEA.

Ni ponerle puertas al campo; pero tampoco vender la piel del oso antes de cazarlo. La Ley 11/2007 pretende dar un impulso decisivo a la incorporación de “lo administrativo” al

mundo de las nuevas tecnologías de la información. De lograrlo, las ventajas y beneficios para los ciudadanos serán muchas e innegables, algunas ya son efectivas en el ámbito de las relaciones privadas.

Ahora bien, como se ha intentado explicar, esas ventajas –o la posibilidad de lograrlas con esta disposición legal- no tienen entidad suficiente como para justificar una disminución, recorte o pérdida de los derechos y garantías de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Algunas de las cuáles se han puesto en evidencia. Esas garantías deben ser respetadas por complejo que pueda ser.

La implantación de la Administración electrónica debe hacerse engarzando con cuidado sus medios, sus ventajas, pero también sus riesgos, con las garantías de los ciudadanos, adecuando éstas en lo que sea necesario. La pugna entre privilegios y garantías no se resuelve con una defensa numantina de este o aquél precepto, de esta o aquella categoría jurídica, sino adaptando aquellas en atención a los bienes jurídicos que se quiere proteger, ajustando los medios en lo que sea preciso, sin modificar los valores e intereses que se protegen. La nueva Administración Electrónica, para ser viable, debe asumir el equilibrio “potestad-garantía” propio del Derecho Administrativo, que no equivale a esta o aquella Ley, pero que incorpora valores que siguen siendo merecedores de protección frente al actuar público.

En fin, la obligación de respetar las garantías propias del procedimiento administrativo común se ha traducido ya en un interrogante: ¿Es el Derecho una barrera para la Administración Electrónica? Si lo es, ¿quién debe ceder: el Derecho o la Administración Electrónica? Se trata de una versión renovada de la pugna, ya clásica, entre eficacia y legalidad; del desplazamiento de ésta por aquella, cuando, como es bien sabido, la única eficacia válida en la que se logra dentro de la legalidad.