

LA PREOCUPANTE FALTA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVAS EN LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

LORENZO COTINO HUESO¹

Investigador de la Universidad Católica de Colombia. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia

Sumario:

I. El derecho a una buena administración digital impone una interpretación “favor civis”; II. Las notificaciones electrónicas, sus debidas garantías y su regulación; III. La reacción frente a una mala administración electrónica, compleja y que exige una conectividad continua en múltiples buzones; IV. Las notificaciones electrónicas obligatorias (y sin aviso) llevan a la indefensión en muchos casos concretos; V. La situación afín del régimen de las notificaciones judiciales analizado por el tribunal constitucional; VI. La censurable STC 6/2019 de 17 de enero ha de tener un alcance limitado para el ámbito administrativo; VII. Recapitulación y una mirada al futuro que pasa por una interpretación favorable a la ciudadanía y nuevas regulaciones

Palabras clave: administración digital, notificaciones electrónicas, debido proceso, indefensión, buena administración

Summary

I. The right to a good digital administration imposes a "favor civis" interpretation; II. Electronic notifications, due process and their regulation; III. Reaction to complex electronic mismanagement, which requires continuous connectivity across multiple mailboxes; IV. Mandatory electronic notifications (and without notice) against due process in many specific cases; V. The related situation of the regime of judicial notifications analyzed by the Constitutional court; VI. The criticizable sentence 6/2019 must have a limited scope for the administrative sphere; VII. Recapitulation. A look to the future passes through an interpretation favorable to citizens and new regulations.

Keywords: digital administration, electronic notifications, due process, defenselessness, good administration.

I. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DIGITAL IMPONE UNA INTERPRETACIÓN “FAVOR CIVIS”

1. El administrado electrónicamente y su derecho a la buena Administración electrónica

Desde hace décadas hay una tendencia que sitúa al ciudadano en el centro de la regulación, impulsos de las corrientes de la “reinención del Estado” y la “Nueva Gestión Pública”, desde donde se propone aproximarse al cliente, dar la voz al cliente o poner al cliente al volante². El *user-centry* queda reforzado si cabe bajo las nuevas tendencias hacia el gobierno abierto³. A

¹ El presente estudio es resultado de investigación del proyecto “Derecho y Big Data”, Grupo de Investigación en Derecho Público y TIC como investigador de la Universidad Católica de Colombia. De igual modo, en el marco del proyecto MICINN Retos “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas... (RTI2018-097172-B-C21, pendiente); también “La regulación de la transformación digital y la economía colaborativa” PROMETEO/2017/064 y la Estancia de investigación ayuda Generalitat (AEST/2019/013). La fecha última de acceso a los enlaces de internet citados es 14.2.2021.

² Osborne, D., y Gaebler, T., *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Wesley Publishing Company, Inc. 1992, págs. 240-275.

³ Sobre “gobierno abierto” es ya muy abundante la bibliografía, especialmente la no jurídica). Entre otros muchos, me remito a Cotino Hueso, L., Sahuquillo Orozco, J. L. y Corredoira Alfonso, L. (eds.), *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense, Madrid, 2015. Desde un punto de vista jurídico, mi estudio “Derecho y “Gobierno Abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y de su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas”, en Bermejo

lo anterior cabe añadir el reconocimiento del derecho a la buena Administración⁴ en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, reconocido en estatutos autonómicos e incluso en el título mismo de alguna ley autonómica. Y, como afirma Martínez Soria “el gobierno electrónico es un elemento esencial para garantizar al ciudadano su derecho fundamental a una buena Administración.”⁵ Sin duda, como Sánchez Acevedo afirmase en su tesis doctoral cabe hablar de un derecho a la buena Administración electrónica⁶. La Carta de derechos digitales adoptada al tiempo de esta publicación afirma “a) Que las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios de buen gobierno y *el derecho a una buena Administración digital.*” (art. XVI 7º a)⁷.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante Ley 11/2007 LAE) tuvo como eje central el reconocimiento de derechos de la ciudadanía, que conformaron todo un estatuto del ciudadano administrado electrónicamente sobre el que he centrado diversos estudios, antes⁸ y después⁹ de la actual legislación. La nueva legislación debería haber seguido dicha estela pero ciertamente no parece que sea así. La Ley 39/2015¹⁰ tiene escasa creatividad e innovación al respecto de los derechos que reconoce. Se trata de uno más de los aspectos por los que como señala Valero, se trata de una “oportunidad

Latre, J. L. y Castel Gayán, S. (eds.) *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, monografía XIV de la Revista Aragonesa de Administración Pública, IAAP, Zaragoza, 2013.

⁴ Por todos, Tomás Mallén, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid., 2004 y Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001. Rodríguez-Arana, J. *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid 2012 o Larruga Sanz, J. “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, 2009, págs. 729-752.

⁵ Martínez Soria, J., “Gobierno electrónico en Alemania y en Europa”, en Cotino Hueso, L., *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, (Colección Sociedad de la Información 13), Comares, Granada, págs. 245-262, en concreto, pág. 250.

⁶ Sánchez Acevedo, Marco Emilio, *Derecho a la buena administración electrónica*, Tesis doctoral dirigida por Lorenzo Cotino Hueso, Universitat de València 2016. Luego en Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

⁷ *Carta de derechos digitales*, borrador, Consulta pública Subdirección General para la Sociedad Digital. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, noviembre 2020, https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/SEDIA_Carta_Derechos_Digitales.aspx Me permito remitir a COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, en particular al capítulo dedicado al sector público.

⁸Al respecto, me remito a mi extenso estudio “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 Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (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*, Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed. 2011, págs. 177-344.

⁹ Respecto de la Ley 39/2015 y ley 40/2019, Cotino Hueso, Lorenzo, “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos. Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados”, en Gamero Casado, Eduardo (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 476-532. Y “Derechos de las personas y derechos de los interesados en sus relaciones con las administraciones públicas: una visión en paralelo”, en Campos Acuña, Concepción (ed.), “Manual sobre el nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015”, Wolters Kluwers- El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, págs. 485-528. Disponibles en www.cotino.es

¹⁰ Respecto de la Administración electrónica en la nueva legislación la obra sin duda de referencia es la mencionada Gamero Casado Eduardo (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo... cit.* Asimismo, AA.VV. (2015). *Documentación Administrativa. Nueva época nº 2. Monográfico “Los proyectos de Ley de Régimen jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas”*. Alguacil Sanz, M. y otros. (coords.). *A las puertas de la administración digital. Una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016. Campos Acuña, C. (ed.), *Manual sobre el nuevo procedimiento administrativo local tras la LPAC*, Wolters Kluwers- El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016. Martínez Gutiérrez, Rubén, *El Régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Martín Delgado, Isaac, *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP (Colección INAP Investiga), Madrid, 2017. Cabe tener en cuenta las reflexiones básicas sobre la misma por Gamero, Eduardo, “Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *REDA*, Nº 175, 2016, págs. 15-27.E. Gamero (2016 a) o Valero, Julián “La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, págs. 13-24.

perdida”¹¹. Concluidas estas páginas, el desarrollo reglamentario por Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, no parece tener una mayor sensibilidad.

En cualquier caso, el actual marco jurídico ha de quedar bajo la buena Administración electrónica y bajo la imposición de un criterio de interpretación favorable para el administrado electrónicamente. En esta dirección cabe destacar el acierto de la STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero (rec.486/2018). La misma recuerda que “si bien los medios de comunicación informáticos se establecen para favorecer a los administrados frente a la administración, ésta también resulta muy beneficiada por las nuevas tecnologías [...], y fruto de ello es que tengan aplicación las exigencias a la administración en cuanto al Derecho a una Buena Administración que establece el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”

Apunta la sentencia no pocos elementos de la actual legislación a tener en cuenta de modo sistemático bajo el paraguas de la buena Administración. Así la Ley 39/2015 garantiza el derecho de los administrados de “comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración” así como con el de “ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.” -artículo 13.a) y e)-, igual que, “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.” artículo 53.f).¹² Más allá de los derechos, prosigue la mencionada sentencia, hay que tener en cuenta que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público entre otros, se configuran como principios generales de las administraciones públicas los de prestar un “Servicio efectivo a los ciudadanos” y “respetar los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional” - artículo 3.a) y e). De igual modo, más concretamente en la Ley 8/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, donde se establece como derecho de los ciudadanos el de ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Y como concluye la afortunada STSJ Castilla y León, estas “Exigencias y principios que deben ser exigidos con rigor”, “El ciudadano no puede, sin razón bastante, salir perjudicado por el cambio, sino, en todo caso, favorecido por ello; el sentido de la reforma de la administración no puede ser favorecer a la misma a costa de imponer un rigor formalista excesivo a los ciudadanos.”

Como he tenido ocasión de afirmar para la Ley 39/2015, el derecho a la relación electrónica (arts. 12 y 13) en todo caso implica la exigencia de la seguridad jurídica y la confianza legítima del ciudadano en ser capaz de llevar a cabo dicha relación de forma completa, implica una configuración razonable del servicio y, sobre todo, de asistencia a la ciudadanía ante problemas de diseño o tecnológicos que dificultan o hacen imposible la eficaz interacción. La inseguridad del ciudadano es uno de los más graves problemas de la relación de la ciudadanía con la e-administración, quedando indefensa ante ésta y con escasas posibilidades jurídicas de actuación. Simplemente el usuario no puede acceder, realizar o culminar la relación sin saber normalmente por qué motivo o qué solución tiene. Y lo que es peor, en muchas ocasiones el usuario puede quedar huérfano de asistencia por parte de la Administración electrónica intentando presencialmente o por otros medios resolver su situación.

2. Un principio de interpretación favorable al ciudadano en su difícil relación con la Administración electrónica

De la actual regulación de la relación jurídico administrativa se deriva sin duda una presunción de *favor civis* favorable a los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con la Administración general¹³, con singular proyección en la relación electrónica para incertezas y cuestiones no abordadas o no bien resueltas por el legislador.

¹¹ Valero Torrijos, Julián, “La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, págs. 13-24.

¹² Sobre estos derechos me remito a mi estudio “Derechos de las personas y derechos de los interesados... *cit.*”

¹³ Llancho, J. M., y Santo, R., “Comentarios al proyecto de ley para el acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas”, *Revista de Derecho vLex*, nº 48, marzo 2007.

Y las personas físicas, ante las dificultades podrán acudir a la administración presencial, pero la indefensión puede ser completa cuando se trata de la interacción obligatoria, que cada vez es mayor. Por lo que especialmente aquí interesa, la Ley 39/2015 sigue sin contemplar un sistema de cargas de prueba frente al ineficaz ejercicio del derecho a la comunicación electrónica, de hecho y como se verá, la situación es peor que la anterior, tampoco se prevé el derecho a la ampliación de plazo para el ciudadano ante los fallos de los sistemas no imputables a la ciudadanía. Las medidas de ampliación o suspensión de plazos (art. 32 Ley 39/2015, art 44 Decreto 203/2021), redireccionamientos a otros registros electrónicos quedan a discreción de la Administración. Alguna normativa autonómica recoge escasas garantías, como la actuación de oficio en algunos supuestos de interrupción del servicio¹⁴.

El nuevo derecho a la asistencia de los artículos 12 y 13 b) Ley 39/2015 podría decantar un contenido específico para estos supuestos. Podría concretarse en el desarrollo estatal, autonómico o local que este derecho implique la garantía de servicios de asistencia para ejercer la relación electrónica, la carga de la prueba de la Administración de la eficacia de tales servicios y disponibilidad, especialmente ante finalizaciones de plazos y en los casos de imposición tanto de formularios electrónicos como de interacción electrónica completa. Asimismo, podría exigirse a la Administración la implantación de servicios a modo de *botón antipánico*, de asistencia al usuario para facilitar la relación electrónica que se hace imposible; también, estos sistemas deberían servir para generar fáciles elementos de prueba para el ciudadano de sus intentos frustrados por interactuar electrónicamente, con explicación de las causas del fracaso a efectos de posibles impugnaciones por plazos, etc. Hay modos de amortiguar la situación de abandono en la que queda la ciudadanía que, sin tener por qué ser experta técnica, hace esfuerzos considerables por la interacción electrónica, dedicando tiempo, dinero, herramientas y energías a veces muy superiores a las que tendría que emplear para la relación presencial que se pretende superar. Y el artículo 4 Decreto 203/2021 como toda aportación se limita a mencionar los “canales de asistencia”. Otra oportunidad perdida.

II. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS, SUS DEBIDAS GARANTÍAS Y SU REGULACIÓN

1. Notificaciones, notificaciones electrónicas y garantías

Gamero¹⁵ y Martín Delgado¹⁶ son posiblemente los más importantes estudiosos de las notificaciones electrónicas. Recuerda Martín Delgado¹⁷ que notificar significa “hacer conocer”, es la unión de otras dos palabras: notus (conocido) y facere (hacer); implica por tanto dar noticia de

¹⁴ La ya derogada Ley 3/2010, de la Comunitat Valenciana en su artículo 23. 2º sobre registros electrónicos, para el caso de la suspensión temporal del servicio –sólo– por mantenimiento, disponía que de oficio se amplían plazos. Ello no servía pues para las interrupciones de la relación electrónica no causadas por el mantenimiento del servicio o interrupciones parciales del mismo en muchos casos no imputables al ciudadano que quiere relacionarse electrónicamente y no puede. Por su parte, la Ley foral 11/2007 navarra en su artículo 6. 4º adopta un criterio general, señalando que “los riesgos que afecten a la presentación de documentos por medios electrónicos serán asumidos por el remitente, sin que la Administración se haga responsable de otras circunstancias que las que sean imputables al funcionamiento de sus servicios públicos.” La Ley 26/2010, de Cataluña en su artículo 41. 9º sobre registros electrónicos afirma la posibilidad de su interrupción.

¹⁵ Gamero ha dedicado una monografía y más de 10 estudios específicos sobre el particular. Ver *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*, Editorial Bosch, 2005. Ver <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=59401>

¹⁶ Martín Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas”. En Gamero Casado, Eduardo [dir.] *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016 págs. 1951-2019. De este autor, similar al respecto, “Algunos aspectos problemáticos de la nueva regulación del uso de los medios electrónicos por las administraciones públicas”, en *Revista de la Comunidad de Madrid*, 2018, acceso <http://www.madrid.org/revistajuridica/index.php/articulos-doctrinales/117-el-derecho-de-admision-desde-la-perspectiva-de-la-seguridad-ciudadana-y-el-orden-publico-l-ejercicio-de-la-accion-popular-por-las-personas-juridico-publicas-3>

También, “La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa”, *Cuadernos de derecho local*, 39 48, 2018 (Ejemplar dedicado a: Contratación pública), págs. 178-220. Respecto de la normativa previa, del autor, *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia.

¹⁷ Martín Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... cit. pág. 2127.

algo y por lo que aquí interesa, un acto o resolución administrativa. No se trata de un acto administrativo, sino de la actividad necesaria, una condición legal para que el acto surta efectos y para la validez de los actos posteriores, que requieren el conocimiento del anterior por parte de su destinatario. La finalidad de la notificación no es otra que poner en conocimiento de los interesados los actos administrativos para que éstos puedan defender sus derechos e intereses (STS de 16.11.2016; Tribunal Constitucional 126/1991, FJ 5 ; 290/1993, FJ 4; 149/1998, FJ 3; y 78/1999, de 26 de abril , FJ 2].” (FJ 4º). La notificación cumple una función relevante toda vez que permite al interesado adoptar las medidas que estime más adecuadas a su intereses (SSTC, entre otras, 59/1998, de 16 de marzo; 55/2003, de 24 de marzo y 221/2003, de 15 de diciembre).

La STC 155/1989, de 5 de octubre FJ 2º señala la esencial relación de las notificaciones con la seguridad jurídica pues “cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar los medios que estime más eficaces para sus intereses”. Y es que “la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, en una fecha indubitada susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho” (STS de 14/10/1992).

Como es sabido, no toda irregularidad en la notificación genera nulidad por indefensión. El TS es claro cuando afirma “en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en los términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución” (...). todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano y las partes no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la acción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido (STS de 5 de mayo de 2011). La falta de conocimiento del acto administrativo conlleva que el interesado “no puede ejercer los recursos o acciones pertinentes, cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso” (FJ 3.º).

La STC 291/2000 señala que el defecto de contenido de la notificación o el defecto de forma de practicarse la misma convierte a la notificación en defectuosa siempre que el defecto haya causado perjuicio a la defensa del interesado, haya limitado el adecuado ejercicio de sus derechos o la haya producido indefensión¹⁸. Bien es cierto que la apreciación ha de ser restrictiva y los defectos deben ser de magnitud “no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

Y estos elementos básicos se deben predicar de la notificación electrónica judicial o administrativa que como sostiene la tesis de Cernada ha de ser “garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”¹⁹. En esta dirección, la STS de 16 de noviembre de 2016 (Roj: STS 4991/2016) recuerda 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).

La inserción de las nuevas tecnologías para la notificación no puede pasar por una pérdida de garantías. Como señala Valero, se trata “de adaptar a la nueva realidad las necesarias e irrenunciables garantías que tradicionalmente ha consagrado el Derecho Administrativo, facilitando incluso el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que, de esta manera,

¹⁸ Entre otros autores, puede seguirse la doctrina jurisprudencial básica en Armentia Basterra, Javier, “Las notificaciones en el ámbito administrativo y tributario”, *Zergak: gaceta tributaria del País Vasco*. 2017, Nº 54 o Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, “La notificación electrónica de la demanda a las personas jurídicas: ¿Innovación tecnología o indefensión?”, *Diario La Ley*, Nº 9388, Sección Doctrina, 2 de Abril de 2019, Wolters Kluwer.

¹⁹ Cernada Badía, Rosa, *La notificación judicial electrónica: garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, dirigida por Lorenzo Cotino, 2016. En especial, Cap. VIII, Invalidez e ineficacia de los actos de comunicación electrónicos, págs.. 463 y ss.

podrían convertirse en un importante instrumento garantizador en sí mismas consideradas²⁰. En el mismo sentido, Torres López entiende que “[l]os esfuerzos legislativos deben centrarse en procurar la compatibilidad entre las nuevas tecnologías y los principios garantistas de la actuación administrativa”, insistiendo en el choque entre inseguridad y eficacia.²¹ Chico²² o Míguez²³ han insistido en la necesidad del cumplimiento de las garantías constitucionales de las notificaciones electrónicas.

2. El necesario análisis en cada caso. Presunciones sobre el cumplimiento normativo de la notificación electrónica

La actividad de notificar tiene un carácter esencialmente formal: si se siguen unas formas se entiende correctamente practicada. El cumplimiento de tales garantías da lugar a una presunción de conocimiento por el interesado. Ahora bien, se trata de una presunción que admite prueba en contrario.

En el ámbito procesal, como recuerda Cernada²⁴, nuestra moderna doctrina como la jurisprudencia siguen la teoría ecléctica por un principio de justicia material. La reciente jurisprudencia en materia de notificaciones no se centra tanto en la estricta observancia de los requisitos formales, sino en el hecho de que la notificación garantice los derechos del administrado y no le produzca indefensión. En esta dirección, la STC 318/1993, de 25 de octubre²⁵ impone atender a las alegaciones de desconocimiento por parte del interesado. Y en este análisis cabe tener en cuenta cualquier supuesto de desconocimiento no imputable al interesado cuando la comunicación se realiza en forma (STC 186/1997, de 10 de noviembre).

Así las cosas, la presunción *iuris tantum* del cumplimiento de las normas puede ser enervada y desvirtuada si se prueba que no ha habido conocimiento real por el destinatario.²⁶ En el caso de las notificaciones electrónicas se dan ciertos peligros por el contexto tecnológico que hacen estas garantías si cabe más necesarias. Así, la recepción de la notificación no es simultánea a su entrega²⁷, el proceso puede generar fallos técnicos o materiales respecto de los cuales la carga de la prueba es especialmente compleja para el interesado. Asimismo, el contexto tecnológico en el que se producen favorece las actitudes negligentes del destinatario de la comunicación²⁸.

En algunas ocasiones el TC fue excesivamente laxo respecto de las garantías de las comunicaciones, admitiendo el fax en el ámbito judicial (STC 58/2010, de 4 de octubre) siempre que quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegra, de su fecha y del contenido de lo comunicado²⁹, lo cual ha sido, como no podía ser de otra forma, criticado.³⁰ Como más

²⁰ Valero Torrijos, Julián (2000): “Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías”, en Sosa Wagner (Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 2955.

²¹ Torres López, M.ª A. (1999): “El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 55, págs. 273 y 255-256, respectivamente.

²² Chico de la Cámara, Pablo, “Notificaciones electrónicas y principios constitucionales”, *Comentarios a la Ley general tributaria al hilo de su reforma* José Luis Bosch Cholbi (coord.), Wolters Kluwer, 2016 págs. 183-196.

²³ Míguez Macho, Luis, “La notificación en clave electrónica: análisis del modelo a la luz de las garantías de procedimiento”, María Concepción Campos Acuña (coord.) *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, 2016, págs. 347-374.

²⁴ Cernada Badía, Rosa, *La notificación judicial electrónica... cit.* pág. 201.

²⁵ Como señala la autora (*ibídem*), exige al órgano jurisdiccional la comprobación no sólo formal, sino también material de que la comunicación se ha realizado en forma debida, asegurando la recepción por el destinatario por todos los medios que tenga a su alcance.

²⁶ STC 58/2010, de 4 de octubre FJ 3º “los efectos ordinarios del acto de comunicación procesal puedan ser enervados cuando, pese a haber sido realizado conforme a las prescripciones legales, sin embargo el destinatario no haya llegado a tener conocimiento real del mismo”.

²⁷ Valero Torrijos, Julián. *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, (Granada): Comares, 2004, pág. 148.

²⁸ Cernada Badía, Rosa, *La notificación judicial electrónica ... cit.* pág. 202.

²⁹ Concluye el Tribunal Constitucional que el acto de comunicación procesal se realizó con la idoneidad suficiente para excluir la indefensión constitucionalmente relevante, de modo tal que no cabe apreciar vulneración del artículo 24.1 de la Constitución de 1978.

³⁰ Cernada Badía, Rosa, *La notificación judicial electrónica... cit.* pág. 655 la comunicación judicial efectuada por fax, que no puede garantizar de forma fehaciente que la comunicación se haya completado.

tarde se aprecia, no parece que la sensibilidad del alto tribunal haya sido mucho mayor respecto de la actual regulación.

Y también para las notificaciones electrónicas debe proyectarse la referida tesis ecléctica del conocimiento efectivo. Como señala Martín Delgado³¹ para la notificación electrónica, “ni la cumplimentación de todos los trámites equivale absolutamente a dar por notificado el acto administrativo, ni la ausencia de algunos de ellos implica necesariamente indefensión y, por tanto, invalidez del mismo. Dependerá de si, en el caso concreto y en atención a las circunstancias, ha existido o no conocimiento material del acto y se ha actuado con diligencia por parte de ambos interlocutores.” La Audiencia Nacional en su Sentencia de 7 de enero de 2016 (JT\2016\96), afirma con carácter general la carga de la prueba de la Administración y del administrado respecto de la notificación electrónica: “Nadie discute la legalidad de la “notificación electrónica”, pero precisamente por su carácter de garantía esencial, la Administración tiene la carga de probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez y, acreditados dichos extremos, es la (sic) recurrente al que le corresponde probar la existencia de hechos impositivos que haya, materialmente, imposibilitado la notificación. (...) acreditada (sic), por la Administración, el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de la notificación, hay una presunción iuris tantum de realización válida de la notificación que, en su caso, debe ser desvirtuada por el administrado”. De este modo, es esencial recordar que en todos los casos es preciso hacer un análisis contextualizado teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes para “la práctica de las notificaciones administrativas, en general, y de las electrónicas en particular” respecto de la posible nulidad de pleno derecho.

La reciente STSJ Comunidad Valenciana 1928/20, de 4 de noviembre 2020 (secc. 3º), algo más sensible que lo que es habitual ha recordado con acierto que más que un cambio de paradigma por la e-notificación, se exige una renovación del causismo, pues los principios permanecen:

“En alguna ocasión se ha dicho que la notificación electrónica que ha incorporado nuestro Ordenamiento supone un “cambio de paradigma” en la regulación de las comunicaciones formales entre la Administración y los ciudadanos. Sin afirmar ni desmentir tan amplio aserto, decimos nosotros que el advenimiento de una técnica de comunicación renovará su casuismo, y no tanto los principios rectores de las comunicaciones que habiliten la defensa de derechos e intereses legítimos. También en las controversias sobre comunicaciones electrónicas habrán de ponderarse cuidadosamente las particulares circunstancias del caso.” (FJ 3º)

Más adelante se concreta la anterior regulación que permitía al interesado demostrar la imposibilidad técnica o material del acceso y la actual regulación, que parece establecer, o más bien lo intenta, una presunción *iures et de iure*. Como se argumentará, pese a la nueva regulación no puede excluirse la prueba por el administrado de su mínima diligencia y en su caso de la imposibilidad de acceso. Y especialmente en los casos en los que la Administración no practica el aviso complementario se sostiene -con apoyo de la mejor doctrina- que la Administración pierde la presunción a su favor.

3. La diligencia exigible a la Administración y al administrado electrónicamente

En el análisis particular de cada supuesto hay que valorar que el administrado ha cumplido con el mínimo deber de diligencia en la recepción de la notificación electrónica. Pues no puede invocar válidamente indefensión, en esta vía constitucional, quien ha mantenido una conducta procesal errática y abusiva (STC 48/1990, de 20 de marzo). En esta dirección, la STS de 3 de marzo de 2016 (RJ\2016\1904) señala expresamente que “la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación”. De este modo, “no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de noviembre de 2015, JUR\205\301047, FJ 3.º).

Señala así Martín Delgado³² que la práctica jurisprudencial ha consolidado –sobre todo en el ámbito tributario– la existencia de la llamada “obligación de recibir las notificaciones

³¹ Martín Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... *cit.* pág. 2161.

³² *Ibidem*, pág. 2197.

administrativas” (STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1998/2264), que se ha de entender igualmente aplicable a las notificaciones electrónicas. No puede así admitirse una resistencia a ser notificado por el interesado³³.

La ponderación y valor concreta de la debida diligencia del interesado es una apreciación de hechos, ahora bien, contextualizados a la realidad de la implantación de la Administración electrónica y las capacidades y destrezas de los administrados. En este punto, pese a los años transcurridos desde la legislación Ley 11/2007 LAE y la implantación de la Administración electrónica especialmente en sectores como el tributario, no puede desconocerse elementos de la realidad incluso en 2021.

Como bien se expondrá, la diligencia exigible al administrado electrónicamente no puede ser ajena al contexto social y tecnológico. La prueba del conocimiento efectivo de la comunicación no puede basarse -y especialmente en los años anteriores- en la irrealidad de un ciudadano o persona jurídica con altas capacidades tecnológicas, que obligatoriamente ha de estar hiperconectado todo el tiempo, obligado a acceder constantemente a los múltiples buzones o direcciones habilitadas de las muchas administraciones. Y todo ello, para más *inri*, sin que sea preciso contar con un aviso y además, con una notificación que desaparece antes de que transcurra el plazo, sin que ni siquiera quede constancia de la notificación habida. Aun admitiendo la constitucionalidad de un sistema que parece diseñado contra los derechos del interesado, resulta obligatoria la ponderación de las circunstancias habidas en cada caso, pues son variables, para determinar la posible indefensión.

4. La regulación previa y la validación general de las notificaciones electrónicas obligatorias por el TS

El TSJ Cataluña expone con claridad el régimen de la notificación electrónica obligatoria estuvo prevista por la Ley 1/2007 y tuvo “un doble desarrollo” general y para el ámbito tributario en diversas sentencias 25 de junio de 2015 y 28 de septiembre de 2015 y de 29 de marzo de 2019 . Así, describe que, en un lado, en el ámbito administrativo general, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007 en su artículo 32 , tras disponer que la obligatoriedad de comunicarse por medios electrónicos con los órganos de la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes, podrá establecerse mediante Orden ministerial, precisa que dicha obligación pueda comprender la práctica de notificaciones administrativas por medios electrónicos.

Dicho Real Decreto desarrollaba en su artículo 38 la notificación mediante la puesta a disposición del documento electrónico a través de la dirección electrónica habilitada, previendo que existirá un sistema de dirección electrónica habilitada para la práctica de estas notificaciones que quedará a disposición de todos los órganos y organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado que no establezcan sistemas de notificación propios.

Por otro lado, en el ámbito tributario, el Real Decreto 1/2010, de 8 de enero³⁴, introdujo en el artículo 115 bis una específica habilitación a las Administraciones tributarias para acordar la asignación de una dirección electrónica para la práctica de notificaciones a determinados obligados tributarios, de manera que tras la publicación oficial del acuerdo de asignación, y previa comunicación del mismo al obligado tributario, la Administración tributaria correspondiente practica con carácter general, las notificaciones en la dirección electrónica. Ese mismo precepto precisa que, en el ámbito de competencias del Estado, la asignación de la dirección electrónica por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, así como su funcionamiento y extensión al resto de la Administración Estatal, se regulará por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda.

Finalmente en el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT. El artículo 4 establece la obligación de recibir por los medios electrónicos las comunicaciones y las notificaciones que en el ejercicio de sus competencias les dirija la Administración tributaria, entre otras, de aquellas personas ejercientes de actividad económica allí relacionadas.

³³ *Ibidem*, pág. 2161.

³⁴ Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

La STS de 22 de febrero de 2012 (rec. 7/2011) confirmó la legalidad del Real Decreto 1365/2010 y su pleno acomodo a la Ley General Tributaria y a la Ley 11/2007, sin que pueda considerarse que dicha normativa conculque derecho constitucional alguno. En la misma línea, la STS de 11 de diciembre -rec. 2436/2016 -, lo ratificó (FJ 3). Otras STS han seguido esta confirmación general de las notificaciones electrónicas obligatorias (STS 1927/2017 de 11 de diciembre (Rec. 2436/2016); 47/2018 de 17 de enero (Rec. 3155/2016) considerando que no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 27.6 y 28 apdos. 1 y 3 LAE que configuraban el sistema. En la STS 47/2018, de 17 de enero afirma que “Es una regulación razonable porque pretende aprovechar al máximo las posibilidades que en la actualidad ofrece la notificación electrónica para alcanzar, en relación con personas jurídicas o colectivos que tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, las más altas cotas en lo que concierne a la meta de eficacia administrativa proclamada por el art. 103 de la CE”.

La mencionada STS afirma también la proporcionalidad de la regulación porque:

“(a) la obtención del antes mencionado resultado de una mayor eficacia administrativa y, de esta manera, una mejor atención de los intereses generales; (b) un sistema de garantías dirigido a acreditar al interesado la puesta a su disposición del acto objeto de notificación y el acceso al contenido de este último, con lo que se cumple la finalidad, que es esencial en toda notificación, de garantizar que llega a su destinatario de manera exacta el conocimiento que lo que la Administración le quiere trasladar; y

(3) y la no constancia de intereses o derechos relevantes que resulten sacrificados como consecuencia de este sistema de notificación”.

Entre otras, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 91/2020 de 12 mayo en su FJ 6º recoge también esta regulación y su carácter razonable.

5. El modelo de la Dirección Electrónica Habilitada “única” que se ha acabado implantando

El artículo 41 Ley 39/2015 regula las “Condiciones generales para la práctica de las notificaciones” y el artículo 43 regula la “Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos”. Los artículos 41-45 Decreto 203/2021 abordan las notificaciones y comunicaciones y, como en otros ámbitos, el reglamento ordena, clarifica y sistematiza el régimen aplicable, si bien, no viene a remediar los principales problemas que genera la ley. Lo cierto es que la actual ley que luego se comenta ha seguido el modelo de la AEAT del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre de 2010. Se acredita que el administrado conoce que ha quedado incluido en un sistema de notificaciones electrónicas al que desde ese momento debe acceder. Como señala la STSJ Madrid de 18 de febrero (JT\2015\731), FJ 4.º la premisa de dichas comunicaciones es “acreditar por la Administración que la destinataria de la notificación tuvo conocimiento de la inclusión obligatoria en el Sistema de Dirección Electrónica Habilitada y la Asignación de la misma para la práctica de notificaciones y comunicaciones (...) sin que el interesado deba darse de alta en el sistema a continuación, ya que es un presupuesto que no está en la norma, puesto que, al contrario, la notificación del alta produce todos los efectos a partir de la primera notificación correctamente efectuada”

Como afirma Martín Delgado³⁵, “se establece pues, de manera encubierta, la obligación del interesado de acceder a las sedes electrónicas o a su dirección electrónica habilitada única en muy cortos espacios de tiempo para comprobar si tiene alguna notificación, lo cual es poco realista”; “se exige al ciudadano un especial deber de diligencia respecto del acceso y uso de la misma. en cuanto al alta de la dirección electrónica “la propia dinámica del sistema (...) impide la “personalización” (...). No es que la Administración se desentienda de que se produzca un efectivo conocimiento de los actos administrativos depositados en la dirección electrónica, sino que la normativa específica establece, precisa y minuciosamente, las actuaciones que deben realizarse para conseguirlo, todas ellas con carácter previo a su introducción en el sistema”.

Las STS 25 de junio de 2015 (recurso de apelación nº 1/2015) la de 28 de septiembre de 2015 (recurso 225/2015) recuerda la doctrina previa y se proyecta esencialmente sobre la regulación de las notificaciones tributarias en la DEH. Se trata de supuestos en los que se había notificado por medio de correo certificado con acuse de recibo la inclusión de los recurrentes en el sistema de notificación electrónica con la asignación de una DEH y se desestima el recurso

³⁵ *Ibidem*, pág. 2139.

interpuesto contra la nulidad de pleno derecho en razón de dicha notificación, entendiéndose que habían sido bien notificadas. La TSTJ Extremadura de 31 de marzo de 2015 recuerda que una vez que se haya notificado al interesado la asignación de dirección electrónica habilitada, corresponde a éste actuar con diligencia: (FJ 4.º).

Pues bien, es generalizada la doctrina sobre que se trata de una regulación no garantista que podría ser incluso inconstitucional en abstracto. No obstante, según se ha afirmado es lugar común en los tribunales la admisibilidad general de esta regulación. Ello lleva a analizar supuestos de aplicación concreta de esta normativa.

III. LA REACCIÓN FRENTE A UNA MALA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, COMPLEJA Y QUE EXIGE UNA CONECTIVIDAD CONTINUA EN MÚLTIPLES BUZONES

1. La Administración electrónica como una carrera de obstáculos que intentar vencer continuamente

No faltan motivos a Gamero cuando discrepa “radicalmente” de la obligatoriedad de la Administración electrónica y afirma “el plano de irrealidad en el que se han movido los redactores de la Ley”³⁶ al imponer la obligatoriedad casi por defecto. A mi juicio la política legislativa es clara, si se me permite, algo así como *agárrate como puedas*, que los administrados obligados resuelvan sus problemas como puedan. Hay quienes hablan de la “supervivencia” a la Administración electrónica³⁷ o que la tramitación electrónica viene a ser una particular peculiar *gymkhana*³⁸ en el que si no culminas pierdes todos tus derechos o, en palabras de la STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero (rec.486/2018) que la formalidad y rigidez de la Administración electrónica sirva para “convertir el expediente en una carrera de obstáculos que tiene que salvar el administrado” (FJ 4º), “escollos poco menos que insalvables” (FJ 2º) un “formalismo enervante” (FJ 3º).

Como he sostenido, más allá de una inconstitucionalidad en abstracto (por la que no parece estar el TC), no hay que excluir una posible inconstitucionalidad si la aplicación de la ley en casos concretos genere una discriminación o una indefensión. Así puede suceder respecto de decenas o cientos de miles de casos.

La situación es que muchos obligados tienen que estar permanente consultando muchos buzones por encima de la diligencia y capacidad exigibles. Según se expone *infra* sobre la obligatoriedad, tanto en el ámbito de los procedimientos administrativos como de los judiciales existe un amplio conjunto de personas que deben recibir comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos, a través de *Lexnet* (o sistema autonómico aplicable), las diferentes direcciones electrónicas habilitadas únicas u otros procedimientos electrónicos. Todos ellos se basan en un buzón electrónico, que obliga al interesado a disponer de medios para conectarse a la red internet identificándose mediante certificados electrónicos válidos y vigentes, realizando una conexión con asiduidad diaria a los diferentes buzones (todos los profesionales de la Justicia, a todas las personas jurídicas, a todos los entes sin personalidad, a todos los profesionales colegiados y a todos los empleados públicos, aparte de otros sujetos obligados por razón de diferentes figuras tributarias).

Pese al nombre de DEHU (“única”) la ciudadanía debe recibir sus notificaciones en tantas direcciones como administraciones haya. Como ya recordó Gamero³⁹ y Valero Torrijos⁴⁰ y recientemente Martínez⁴¹, es sin duda un problema que no fuese el sistema estatal el general de recepción de todas las administraciones pidiendo derecho a una dirección electrónica para cualquier administración. Sin embargo, la mayoría Comunidades Autónomas y locales ha preferido su sistema propio por problemas de interoperabilidad y coste por notificación. El artículo

³⁶ Gamero, Eduardo, “Panorámica de la administración electrónica... cit. II.

³⁷ López Tallón, A. *Manual práctico de supervivencia en la Administración electrónica @*, auto editado y publicado por el propio autor, 2010, 175 páginas, disponible en <https://libros.metabiblioteca.org/handle/001/492?mode=full>

³⁸ Gamero, Eduardo, “Panorámica de la administración electrónica... cit. II.

³⁹ Gamero Casado, Eduardo, *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*, Editorial Bosch, 2005, págs. 196-197.

⁴⁰ Valero Torrijos, Julián, *El Régimen Jurídico de la e-Administración*, 2ª ed. Comares, Granada, págs. 156-157.

⁴¹ Martínez Gutiérrez, Rubén, *El Régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 245.

42 Decreto 203/2021 avanza algo para conseguir que la DEHU, aunque siga sin ser la única, al menos sea un lugar centralizado donde ser notificado.

Además hay que tener en cuenta que esta obligación de consulta diaria de los buzones electrónicos impuesta a todo este amplio abanico de sujetos puede resultar vitalicia⁴², puesto que incluso en aquellos casos en los que se trate de profesionales que actúan en determinados procedimientos en representación de otros, la finalización del procedimiento o proceso no garantiza que no sea posible excepcionalmente su reapertura en el futuro mediante incidentes de nulidad, revisiones de oficio o audiencias de demandados rebeldes, por ejemplo. Quien se vea obligado a utilizar uno de ellos en un concreto procedimiento queda enganchado ya para el futuro a la necesidad de apertura diaria del correspondiente buzón electrónico⁴³.

Pues bien, para la STC 6/2019, de 17 de enero que luego se comenta, este factor no era determinante, porque en el caso concreto sólo se trataba de dos territorios y el sistema Lexnet es conocido⁴⁴.

No faltaba razón al TSJ Castilla León en su cuestión de constitucionalidad⁴⁵, cuando subraya la tensión que nos obliga a estar permanentemente conectados para ver si recibimos notificaciones de la Administración. Todo ello en aras de la eficacia administrativa, pero no del interés de la ciudadanía, que afecta incluso a la fatiga y desconexión digital. Cabe ciertamente remitir a la extensa cuestión de constitucionalidad que por extensión no cabe reproducir aquí. Se considera que esta exigencia no se adecúa -o, me permito señalar, al menos no se adecuaba hace unos años- a la realidad social.. “La presunción de recepción de la notificación no abierta en el buzón electrónico no consultado amenaza con crear una sociedad donde reine la inseguridad jurídica [...] yendo exclusivamente en perjuicio del ciudadano o empresa víctima del incumplimiento [...] incidirá gravemente en la configuración de los derechos de los ciudadanos en las próximas décadas a medida que se extienda la digitalización y el uso de las redes.

No obstante, para el TC la alusión a la desconexión digital o el derecho al descanso se despacha simplemente señalando que el servicio se tiene “durante las 24 horas del día, todos los días del año (art. 135.1 LEC) y si el sistema falla, podrá acreditarse y efectuar la presentación al día hábil siguiente (art. 135.2 LEC).”⁴⁶

2. Es necesario poder reaccionar frente al formalismo enervante de una mala Administración electrónica

Pensar que la ciudadanía o de modo masivo las personas jurídicas en las que se instituyen está preparada es negar la realidad, incluso en 2021. Las exigencias legales “han de templarse

⁴² Se sigue la TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 91/2020 de 12 mayo.

⁴³ La referida sentencia recuerda para el ámbito de la Justicia que en el caso se trataba de un graduado social que actuó en Ponferrada en una concreta ocasión, pero que reside y ejerce en una zona geográfica donde no se utilizaba a la sazón el sistema Lexnet (que de hecho sigue sin utilizarse como sistema de comunicación con los órganos judiciales en varias Comunidades Autónomas), a partir de dicha concreta actuación queda enganchado a la consulta diaria del buzón Lexnet, aunque sea para el seguimiento de este concreto procedimiento y las esporádicas comunicaciones que puedan producirse a lo largo del tiempo. De la misma manera un profesional de la Justicia asentado en Valladolid (zona Lexnet) que un día actúe en un concreto asunto ante un órgano judicial de Cantabria, País Vasco, Navarra o Aragón quedará obligado a la apertura diaria durante un futuro indeterminado del buzón de los sistemas JusticiaSip, Vereda, Avantius o Avantius Aragón, respectivamente.

⁴⁴ FJ 5º c) “Por otro lado, ya se ha dicho que la utilización del sistema Lexnet resulta claramente mayoritaria en las Administraciones de justicia competentes, pero en aquellas Comunidades Autónomas que disponen de otros sistemas, el modo de funcionamiento resulta similar. En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que parece querer referirse el Auto que promueve la cuestión respecto del Graduado Social actuante en el proceso a quo, hemos visto que precisamente la recepción electrónica de las notificaciones —supuesto planteado en el proceso a quo— se efectúa a través, también, del sistema Lexnet, lo que por tanto es conocido por los profesionales de la justicia que actúan allí.”

⁴⁵ Auto dictado de 14 de junio de 2017. Se sigue aquí la reiteración de estos argumentos en STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero.

⁴⁶ STC 6/2019, de 17 de enero FJ 5º “Menos todavía, puede verse en peligro el derecho al descanso (art. 40.2 CE) de tales representantes procesales cuando, de un lado, la ley garantiza la efectividad de los plazos procesales al permitir que el acceso al sistema para la consulta de los actos recibidos, o en su caso, el envío de escritos y documentos, pueda hacerse durante las 24 horas del día, todos los días del año (art. 135.1 LEC) y si el sistema falla, podrá acreditarse y efectuar la presentación al día hábil siguiente (art. 135.2 LEC).

a la realidad social” (STSJ Castilla y León núm.126/2019, de 6 de febrero (rec.486/2018) y ello en razón de los derechos y principios reconocidos legalmente y el principio favor civis expuestos al inicio de este estudio. Como afirma esta sentencia “las exigencias técnicas nuevas establecidas en la ley a la propia realidad social, como nos recuerda el título preliminar del Código Civil, para aplicar las nuevas normas, por lo que la administración, sobre todo, debe ser lo suficientemente generosa (...) con los errores y desviaciones que supone emplear un nuevo mecanismo de comunicación, al que es, o puede ser, difícil adaptarse y generar disfunciones sin dar a los errores padecidos una trascendencia mayor de la que se tienen; los particulares no disponen, en general, de los medios y conocimientos personales y técnicos de la Administración para adaptarse a la nueva situación” (FJ 2º).

Es por ello que en ocasiones los tribunales sí que se han revelado contra un “formalismo enervante” que se convierte la tramitación electrónica en una “carrera de obstáculos” que limita posibilidades de defensa a los interesados y ello pese a reconocer que el reclamante no tuvo toda la diligencia. Así, por ejemplo de quien tramitó electrónicamente y dio a “enviar” pero le faltó “presentar” un recurso, dejando huella en el sistema de su voluntad de recurrir⁴⁷ al que hace referencia esta sentencia.

Pues bien, sin perjuicio de que no se considere la inconstitucionalidad abstracta de la regulación, debe analizarse en cada caso concreto y no puede desconocerse la realidad que puede suponer para el obligado tributario la consulta diaria de las notificaciones, especialmente en el caso de las personas jurídicas cuyas circunstancias particulares hagan irreal considerar que dicha consulta casi diaria se puede producir. Y todo ello, obviamente conectado a otros elementos, como los avisos, que a continuación se analizan.

IV. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS OBLIGATORIAS (Y SIN AVISO) LLEVAN A LA INDEFENSIÓN EN MUCHOS CASOS CONCRETOS

1. Una mala “combustión” de varios factores hacia la desprotección del administrado electrónicamente

Quien suscribe sostiene la constitucionalidad abstracta de la actual regulación. Sin embargo, no son pocas las situaciones concretas que pueden darse en razón de la misma y la práctica administrativa que llevan a que sin duda se sigan produciendo no pocas vulneraciones del derecho a la defensa u otros derechos fundamentales. Y ello, como a continuación se expone, se da especialmente por la convergencia de varios elementos, que si se dan conjuntamente o una buena parte de ellos, su *combustión* bien puede decirse que es tóxica para estos derechos y garantías de los interesados, a saber:

-la generalización de la obligatoriedad de la Administración y las notificaciones electrónicas especialmente en el caso de las personas jurídicas de modo indistinguido.

-las dificultades reales, casi una carrera de obstáculos para los administrados en el uso de la Administración electrónica y, por lo que más interesa, para que tengan un conocimiento efectivo de las notificaciones. Ello ha sido especialmente acusado en el caso de la AEAT y su dirección electrónica habilitada y especialmente en los años anteriores.

-La deficiente regulación de los avisos electrónicos y de su falta de uso por la Administración electrónica, especialmente lesiva en los casos de consideración de rechazo de la notificación.

-La propia regulación del rechazo por no acceso a la notificación en 10 días, cuya regulación más reciente detrae garantías.

Boix afirma que el “el nuevo sistema es francamente insatisfactorio desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos, a los que deja en una situación de vulnerabilidad jurídica

⁴⁷ “[S Valero Torrijos, Julián., *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª edición, Comares, Granada, 2007, págs. 5 y ss.] bien es cierto que no pulsó el icono de *enviar* que prevé el sistema informático, sí lo hizo con el de *presentar*, con lo que dio lugar a una huella en el sistema, que consta apreciada como real por la administración, de lo que se sigue su voluntad real de impugnar en sede económico-administrativa la previa resolución”.

potencial notable. A cambio, resulta muy conveniente para unas administraciones públicas que es prácticamente imposible que no notifiquen correctamente un acto administrativo⁴⁸

Señala recientemente Gamero⁴⁹ el “deterioro de los derechos” de los obligados a relacionarse por medios electrónicos por “tres circunstancias acumuladas”: Direcciones electrónicas que se crean de oficio y se les depositan notificaciones, que se entienden rechazadas si no se accede en 10 días y cuando se enteran están en fase ejecutiva sin posibilidad de reacción (1); no hay *una* dirección electrónica y nunca seguridad de datos de alta en todos los sistemas de notificación (2) y no es posible designar un dispositivo o medio convencional en el que recibir los avisos, que son garantía básica del derecho a la defensa. Pese a la actual regulación y pese a la criticable admisión de la misma por el TC y los tribunales en general, no puede eludirse la necesidad de estudiar cada caso concreto para comprobar que no se dan los presupuestos que llevan a la indefensión.

2. La obligatoriedad e imposición de la Administración y notificaciones electrónicas, indiscriminada para las personas jurídicas

La Ley 39/2015 concibe a la Administración por defecto como e-Administración y dio *una vuelta de tuerca* a la obligación de relacionarse por medios electrónicos. Me remito a los extensos estudios que he dedicado a esta cuestión tan sensible⁵⁰. Con la nueva ley la administración ha de ser electrónica por defecto y deja de ser necesario el consentimiento de la ciudadanía para la relación electrónica, aunque tiene derecho a elegir y cambiar el canal presencial o electrónico, pero se puede presumir dicha elección. Hemos pasado del derecho a la obligación de comunicarse electrónicamente con la administración, casi por defecto. Para Tomás Ramón Fernández la LPAC ha cambiado radicalmente la naturaleza de la notificación, que pasa de ser garantía a ser carga.⁵¹ En palabras de Gamero, se ha dado “La progresiva transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber”⁵².

En coherencia, las notificaciones “preferentemente” serán 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). Los registros (artículo 16 Ley 39/2015 y otros) ahora y por defecto los registros son electrónicos. Básicamente se puede imponer la relación electrónica a través de norma reglamentaria (artículo 14. 3º Ley 39/2015) Se trata de una decisión discrecional de la Administración con los requisitos y límites del artículo 14.3º Ley 39/2015 y homólogos: “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”.

Como he tenido ocasión de criticar, estos requisitos aún son menores a la vista de la práctica judicial. Desde 2012 hasta el momento de cerrar este estudio 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 electrónica⁵³. Como se adelantó, desde la STS de 22

⁴⁸ Boix Palop, Andrés, “Reforma jurídico- administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español”, en *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)* núm. 58 (julio-diciembre 2019), págs 315-360, ver pp. 348 y ss. Cita p. 350.

⁴⁹ Gamero, Eduardo, “La administración electrónica en la carta”, Cerrillo, Agustí; Gamero, Eduardo; Cotino, Lorenzo; Martín Delgado, Isaac; Ponce, Juli y Velasco, Clara, *Aportaciones de la Red DAIA a la carta de derechos digitales. Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora, Red DAIA*. Diciembre 2020, <https://bit.ly/3paF0H0> págs. 11 y ss.

⁵⁰ Además de los dedicados a la legislación precedente, sobre la actual obligatoriedad: “El derecho y el deber de relacionarse... *cit.* págs. “La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías”, en *Internet, Derecho y Política, IDP* N.º 26 (Febrero, 2018) | ISSN 1699-8154, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política, págs. 1-12.

⁵¹ Fernández Rodríguez, T.R.: “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, nº 198, 2015, pág. 365.

⁵² Gamero, Eduardo, “Panorámica de la administración electrónica... *cit.* II.

⁵³ 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 de julio de 2016 simplemente señalan que la alegación sobre el incumplimiento de los requisitos para obligar a la relación electrónica “no

de enero de 2012 (recurso contencioso administrativo 7/2011) se acepta casi de manera acrítica la regulación general de notificaciones y comunicaciones administrativas y para la AEAT.⁵⁴ Es más, se parte de dicha sentencia para afirmar la posibilidad de obligar a la relación electrónicamente a cualquier colectivo. Y siguiendo esta línea los tribunales inferiores han avalado por lo general y sin problemas la obligación de la relación electrónica que se enjuiciaba en cada caso⁵⁵.

Con la nueva legislación la imposición de la relación se ha hecho más intensa y, por tanto, más cuestionable para supuestos concretos. El artículo 14. 2º Ley 39/2015 fue novedoso por cuanto estableció directamente y “en todo caso” la obligatoriedad a determinados colectivos, entre los que destacan todas las personas jurídicas⁵⁶; también a entidades sin personalidad jurídica (como comunidades de propietarios), notarios y registradores⁵⁷ y quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria⁵⁸.

Respecto de algunas personas jurídicas como 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).

Esta obligación por ley no está sometida al cumplimiento de ningún requisito o condición fijados en la ley que requiera valoración alguna. Ahora bien, en la interpretación y aplicación concreta de la misma, no puede desconocerse también que la voluntad del legislador de tener en cuenta que estos factores pueden ser claves cuando se impone la relación electrónica, y considero que ello ha de ser así incluso cuando se trata de un sujeto directamente obligado por la ley, como especialmente sucede con las personas jurídicas. No todas las personas jurídicas son iguales, ni su acceso a asistencia o medios para la relación electrónica.

A esta imposición generalizada de la Administración electrónica hay que añadir que, expresamente, el artículo 12. 2º Ley 39/2015 excluye del derecho a la asistencia a los que más la necesitan, que son quienes están obligados. Para Gamero “esto es sencillamente inadmisibles. Supone una discriminación”⁵⁹. Como he argumentado, debe darse una interpretación del artículo 13 b) Ley 39/2015 extensiva y expansiva del este derecho yendo más allá del artículo 12. Así el derecho de asistencial habrá de alcanzar a quienes están obligados a la interacción electrónica y puedan efectivamente necesitar de asistencia para no incurrir en una discriminación. El Decreto 203/2021 no ha enmendado estos despropósitos.

En cualquier caso, y como también he sostenido, a mi juicio “habrá que analizar el contexto concreto de cada relación jurídica para determinar si se da una inconstitucionalidad por discriminación o indefensión.”⁶⁰

Los tribunales hasta el momento no parecían nada sensibles a la imposición generalizada de la Administración electrónica, sin perjuicio de casos particulares en los que se detectan errores

puede prosperar” o que la imposición “tiene cobertura en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007” relativas a productores de energía renovables.

⁵⁴ En la misma línea, la STS, Sala 3ª, núm. 1927/2017, de 11 de diciembre -rec. 2436/2016 -, lo ratifica (FJ 3), STS 47/2018 de 17 Ene. 2018 (Rec. 3155/2016)..

⁵⁵ 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).

⁵⁶ Antes de la ley 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 muy crítica y oscura STS de 22 febrero 2012.

⁵⁷ Antes de la ley la STS 621/2011 (Sala 1) de 20 de septiembre también daba por hecha la imposición a notarios y registradores.

⁵⁸ Entre otros, Agentes de propiedad, enfermeros, fisioterapeutas, educadores, trabajadores, asistente y graduados sociales, logopedas, odontólogos, podólogos, psicólogos, diseñadores técnicos, arquitectos, arquitectos técnicos, farmacéuticos, médicos, abogados, procuradores, físicos, químicos y diversas ingenierías.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Cotino Hueso, Lorenzo, “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos. Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados”, en GAMERO CASADO Eduardo (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo... cit.*

particulares en la notificación (STS de 16 de noviembre de 2016, STS 4991/2016)⁶¹. Ciertamente son mayoría los supuestos en los que los tribunales no se apiadan del ciudadano muchas veces mal administrado electrónicamente. Así, por ejemplo la SAN (ROJ) 583/2017, de 15 de febrero⁶². En cualquier caso y como se ha señalado, el elemento de obligatoriedad respecto de sujetos muy amplios, como puedan ser las personas jurídicas es cuestión que debe ser tenido en cuenta en el análisis de cada caso concreto en combinación con otros factores, que pueden llevar a la indefensión o afectación de derechos.

Ahora bien, sorprendentemente, días después del nuevo Decreto 203/2021 y concluido este estudio, se dicta la STS Contencioso-Administrativo 635/2021, Secc. 4ª, proced. 150/2020, de 6 de mayo de 2021. El TS despierta de su letargo y anula la obligación de relación electrónica. De un lado, porque no consta "que se haya verificado o constatado la razón de "capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos" que acrediten que los participantes en el proceso selectivo en cuestión tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios." (FJ 7º) La acreditación de los motivos pasa a ser una carga de la prueba de la Administración. Y del otro lado, para el TS la excepción al derecho a elegir relacionarse electrónicamente con la Administración es una "cuestión situada sin duda fuera de ese ámbito interno en que se puede desarrollar, en ausencia de habilitación legal, la potestad reglamentaria de los Ministros". Afirma categóricamente que es una "habilitación que se dirige al genuino titular de la potestad reglamentaria, esto es, el Gobierno mediante Real Decreto." Esta doctrina pasa a ser referente del nuevo artículo 3.3º Decreto 203/2021 que en modo alguno parecía seguirla.

3. Los avisos de notificaciones son la clave de bóveda para garantizar el acceso efectivo a la notificación

Pese a que se daban anteriormente en la práctica de la Administración electrónica, el artículo 41. 6º Ley 39/2015 introdujo la importante novedad de los "avisos":

"6. Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida".

Martínez⁶³ considera que se trata de un "precepto realmente reprobable y, afirmaba de dudosa aplicación en sede judicial ante un eventual litigio respecto a la práctica de una notificación electrónica por la regla supletoria del rechazo tras 10 días naturales y que a la persona interesada se le haya pasado el mismo confiando legítimamente en que la administración que le iba a notificar le avisaría del depósito de la notificación por correo electrónico o teléfono. Para Boix "no se entiende" que la Ley 39/2015 "no prevea, junto a la obligación del aviso, que su no realización suponga la nulidad de la notificación"⁶⁴.

Recuerda Martínez que "actualmente existen sistemas que permiten acreditar si un correo electrónico o un mensaje de telefonía se han enviado y recibido por su destinatario (pensemos, por ejemplo, en el sistema Posta Elettronica Certificata en Italia), que la regulación contenida en el artículo 41.6, sumado al lapso de tiempo de 10 días naturales, parece un exceso del legislador debe a la situación tecnológica actual y ciertamente no ayuda demasiado a generar la confianza necesaria en las personas interesadas"

La ciudadanía debe acceder de manera constante a los diversos sistemas de notificación. Para Martín Delgado⁶⁵, ello puede resultar admisible si el sistema se acompaña de "sistemas

⁶¹ En la misma se ratifica una sentencia de la AN y hay 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.

⁶² 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, 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).

⁶³ Martínez Gutiérrez, Rubén, *El Régimen jurídico ... cit.* págs. 248 y ss., pág. 249 sobre el apartado 6º.

⁶⁴ Boix Palop, Andrés, "Reforma jurídico- administrativa... cit. p. 350.

⁶⁵ Martín Delgado, Isaac. "Ejecutividad y eficacia ... cit. pág. 2143.

garantistas que, de manera automatizada, envíen aviso complementario de notificación en el mismo instante de la puesta a disposición de ésta en uno de los mencionados sistemas. “la Administración queda obligada a practicar la misma por esta vía, salvo que no sea posible por alguna de las razones explicadas. Lo contrario podría dar lugar a indefensión, en tanto en cuanto el administrado recibiría la notificación en un lugar distinto al indicado –y esperado– por él.

De lo contrario, se impone la conexión digital continua, “se establece pues, de manera encubierta, la obligación del interesado de acceder a las sedes electrónicas o a su dirección electrónica habilitada única en muy cortos espacios de tiempo para comprobar si tiene alguna notificación, lo cual es poco realista. Quedaría en manos de la Administración la implementación de sistemas garantistas que, de manera automatizada, envíen aviso complementario de notificación en el mismo instante de la puesta a disposición de ésta en uno de los mencionados sistemas.”⁶⁶

“Si bien la finalidad última de la reforma es el ahorro de costes, ello en ningún caso debe hacerse a costa del derecho de defensa de los interesados en el procedimiento.” La práctica del aviso complementario de notificación como la clave de bóveda de la nueva regulación y, en consecuencia, a considerar que su omisión en casos concretos habrá de tener consecuencias sobre la eficacia del acto administrativo.⁶⁷

Que no se imponga para la validez de la notificación el aviso “resulta inaceptable” “mas aún en el caso de los sujetos obligados”. La garantía fundamental pasa por la confianza de que recibirá un aviso complementario de la notificación. Que la falta de aviso no sea invalidante de la notificación “Suprimir los efectos invalidantes de la notificación en ausencia de este aviso –ni siquiera se exige excepcionalidad en la omisión– es, sencillamente, poner en situación de indefensión al interesado cuando esto ocurra, sobre todo si se tiene en cuenta que no hay motivos técnicos ni jurídicos para no practicarlo. Efectivamente, el uso de los medios electrónicos en la gestión interna del procedimiento administrativo es obligatorio; las Administraciones disponen de medios –gestores de expedientes– que permiten tal posibilidad; el ciudadano confía en su práctica; no hacerlo produce indefensión e implica imponer sobre el interesado una carga desproporcionada.”⁶⁸

“Lo que está diciendo el precepto es, literalmente, que la falta de diligencia de la Administración en la práctica de la notificación –no debe olvidarse que el aviso complementario es una obligación de aquélla que se corresponde con un derecho del interesado– no tiene efectos sobre la validez de la misma, aunque ello afecte negativamente al derecho de defensa éste. Es decir, que la indefensión no es causa de invalidez. Y eso es contrario al art. 24 CE. Este precepto, por obra del Legislador, rompe esa conexión, con lo que bien podría ser considerado inconstitucional.”

Frente a tal desafortunada regulación lo que se propone, siguiendo a Gamero y Fernández, es que si no se da el aviso, no puede entenderse rechazada la notificación por el transcurso de diez días desde la puesta a disposición, esto es, la eficacia del acto administrativo “quede retenida” hasta que el acceso se produzca.⁶⁹

Pues bien, el aviso -y en ocasiones su carencia- seguirá siendo un problema después del Decreto 203/2021, que únicamente introduce leves mejoras: aclara la obligación del interesado de actualizarlo y comunicarlo (art. 43.1º) y regula la práctica de que si no se tiene datos de contacto electrónico para practicar el aviso, la primera notificación al interesado se realizará en papel con indicación de que en adelante será notificado electrónicamente. Al tiempo, se brinda la oportunidad de que el ciudadano dé su contacto para que se le avise de futuras notificaciones.

4. La particular situación en la que la Administración electrónica genera la confianza legítima al mandar avisos previos

Según se ha sostenido, resulta más que difícilmente admisible la convergencia de obligación de notificación electrónica en múltiples buzones especialmente si no se complementa con un aviso. Pues bien, la situación resulta más inadmisibles en el caso en el que el administrado

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 2139.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 2203.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 2164.

⁶⁹ Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S. *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 13.ª edición, Tecnos, 2016, Madrid, págs. 568 y 569.

electrónicamente ha quedado habituado a la recepción de tales avisos previamente pero no es notificado porque no se le avisa.

El TSJ Cataluña ha sido especialmente contrario a esta situación, incluso tras la STC 6/2019. Así, cabe destacar la STSJ de Cataluña 7633/2018 de 15 de junio de 2018 (rec. 613/2015). En la misma se anula supuestos en los que hubo avisos previos, pero no para la notificación a la que el administrado se accedió. Se alega la vulneración del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, junto con el de los actos propios, por cuanto si con los propios actos se ha generado una confianza en un tercero, éstos no pueden alterarse sorpresivamente y pretenderse que la conducta contraria a la anterior tenga tutela. Pues bien, el TSJ Cataluña (FJ 5º) afirma que “la falta de aviso no invalida la notificación a través de las formas legales, pero es que en este caso no ocurre este supuesto, sino que la actuación de la Administración a través de un sistema que avisa al obligado genera una confianza legítima respecto a la existencia de una notificación de la AEAT pendiente de recepcionar. Esa confianza legítima hace que sea trascendente y relevante que el obligado no entrara en su D.E.H. a la vista que no había recibido un aviso en su dirección de correo como había ocurrido hasta ese momento. Es decir, era una actitud esperable en el obligado tributario sin que pueda tildarse de negligente el hecho que no accediera a su D.E.H.

Había, por tanto, una legítima creencia en el obligado de que cada nueva actuación tributaria iba a ser objeto de aviso y, en ese momento acceder al sistema para recepcionar electrónicamente la misma. El principio de buena fe y confianza legítima entre la Administración y el obligado ha sido claramente sostenido por nuestra Jurisprudencia, entendiéndose que supone hacer efectiva la finalidad de que lleguen al obligado todos los actos con transcendencia tributaria que le afecten.”

Pese a que el TC desestima con carácter general la alegación de la vulneración de la confianza legítima, cabe considerar a mi juicio que en cualquier caso *quedará el París* de los supuestos en los que se prueba una trayectoria previa de la Administración de remitir los avisos.

En esta línea cabe destacar por su relativa sensibilidad la reciente STSJ Comunidad Valenciana 1928/20, de 4 de noviembre 2020 (secc. 3º). Se trata de un sujeto no obligado a recibir notificaciones. La Agencia Tributaria lo notificaba siempre en papel y electrónicamente y siempre recibía el correo certificado. Sin embargo, accedió efectivamente a la liquidación en el buzón electrónico pero esperó -una vez más- a la certificación en papel. Y perdió la posibilidad de recurso. El TSJ, sin mencionar la confianza legítima, anuló la notificación electrónica porque la Administración no notificó al contribuyente la inclusión en el sistema de notificaciones electrónicas obligatorias

5. Y el efecto detonante de un mala combustión: notificación rechazada si no se accede en diez días limitando la prueba en contrario

El artículo 41. 2º Ley 39/2015 dispone:

“2. Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.”

Como recuerda Martínez, respecto de los sujetos obligados se produce el efecto legal de entender efectuado el trámite, por lo que “en consecuencia, el rechazo equivale a la práctica correcta de la notificación.” Así pues, se continúa con el procedimiento como si la notificación se hubiese practicado y fuese eficaz⁷⁰.

Este plazo de 10 días comienza a correr día siguiente al que se produzca materialmente la puesta de la notificación a disposición. Y cuando se considera el rechazo y darse por realizado el trámite el acto surtirá efecto al día siguiente a la finalización de los diez días⁷¹. Los diez días son sin duda un plazo muy breve si no se da un aviso en la cuenta personal⁷².

⁷⁰ Martínez Gutiérrez, Rubén, *El Régimen jurídico... cit.* págs. 233 y ss. Sobre el Armentia Basterra, Javier, “Las notificaciones en el ámbito administrativo y tributario ... cit. págs. 122 y ss.

⁷¹ Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... cit. pág. 2195.

⁷² Valero Torrijos, Julián, *El Régimen Jurídico de la e-Administración... cit.*, pág. 151.

Lo que es peor, como añade Fondevilla, “se debería haber establecido que la notificación permanecería en el sistema durante todo el tiempo que lo permitan sus capacidades, y en todo caso, mientras que esté abierto el plazo de interposición de las acciones que proceda ejercer contra el acto.”⁷³ Gamero o Torrijos ya insistieron respecto de la anterior Ley 11/2007 en la necesidad de mantener la notificación pasado el plazo.⁷⁴ El artículo 42 Decreto de alarma nada aporta al respecto.

Así, como señala Martín Delgado ⁷⁵, se perjudica gravemente la posición del interesado. Llega a considerar “inconstitucional que desaparezca mensaje del servidor”, “totalmente contrario el derecho de defensa”⁷⁶. Y es justo lo que expresamente se ha regulado. Así, el artículo 10. 1º e) Orden PRE/878/2010 dispone “impedir el acceso al contenido de las notificaciones que se entienden rechazadas por el transcurso de 10 días desde su puesta a disposición”. Y como apunta Fondevilla, la práctica actual de muchas AAPP es retirar la notificación una vez superado el plazo de diez días⁷⁷

Además, la regulación de hecho ha empeorado notablemente. La anterior legislación, el art. 28.3 de la Ley 11/2007 LAE, establecía:

“Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido (...) salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.”

Así pues, se daban dos garantías: la “constancia de la puesta a disposición” a probar por la Administración y también se regulaba que los efectos se producirían “salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso”. Bien es cierto que la redacción anterior no era muy afortunada y podía haberse mejorado, como propuso Valero para delimitar el grado de diligencia exigible a la ciudadanía y la tipología y origen de los problemas.⁷⁸ Sin embargo, en vez de mejorar la regulación se ha optado por eliminar tales garantías, “muerto el perro se acabó la rabia”, como señala Fondevilla⁷⁹, pues el art. 43.3 Ley 39/2015 zanja este debate al establecer que se considerara como “intento de notificación debidamente acreditado”, con la puesta a disposición de la notificación. Esta nueva regulación implica una clara indefensión para el interesado para Martín Delgado o Fondevilla ⁸⁰. Se ha pasado a una “presunción en toda regla”, una presunción *iuris et de iure* por la que la pasividad del administrado –intencionada o no– se convierte en manifestación tácita de su voluntad de rechazo de la notificación⁸¹.

Sin embargo, esta presunción aparentemente *iures et de iure* no puede eludir la contraria doctrina del TS, de la posibilidad del administrado de probar la falta de diligencia o buena fe de la Administración y su diligencia debida (STS de 26 de mayo de 2011, RJ\2011\4741)⁸².

⁷³ Fondevilla Antolín, Jorge, “Una aproximación al nuevo régimen jurídico de las Notificaciones Administrativas en la Ley 39/2015 LPACAP”, *Actualidad Administrativa*, n.º 2, 2016. De este autor, en sentido similar, ver también Recuerda Girela, Miguel Angel, *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, 2016.

⁷⁴ Gamero Casado, E. (2010), «Comunicaciones y Notificaciones electrónicas», *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 22, pág. 121, y en el mismo sentido Valero Torrijos, J. (2007), *El Régimen Jurídico de la e-Administración*, Edit. Comares, Granada, págs. 134 y ss.

⁷⁵ Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... *cit.* pág. 2138.

⁷⁶ Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... *cit.* pág. 2201.

⁷⁷ Fondevilla Antolín, Jorge, “Una aproximación ... *cit.*

⁷⁸ Valero Torrijos, J. (2007), *El Régimen Jurídico de la e-Administración*, Edit. Comares, Granada, págs. 177 y ss.

⁷⁹ Fondevilla Antolín, Jorge, “Una aproximación ... *cit.*

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Delgado, Isaac. “Ejecutividad y eficacia ... *cit.* pág. 2195.

⁸² STS de 26 de mayo de 2011 (RJ\2011\4741) que afirmaba que “[e]n aquellos supuestos en los que se respetan en la notificación todas las formalidades establecidas en las normas, y teniendo dichas finalidades como única finalidad la de garantizar que el acto o resolución ha llegado a conocimiento del interesado, debe partirse en todo caso de la presunción *iuris tantum* de que el acto de que se trate ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado. Esta presunción, sin embargo, puede enervarse en todos aquellos casos en los que, no obstante el escrupuloso cumplimiento de las formalidades legales, el interesado acredite suficientemente, bien que, pese a su diligencia, el acto no llegó a su conocimiento o lo hizo en una fecha en la que ya no cabía reaccionar contra el mismo; o bien que, pese a no haber actuado con la diligencia debida (naturalmente, se excluyen los casos en que se aprecie mala fe), la Administración tributaria tampoco ha procedido con la diligencia y buena fe que le resultan reclamables” (FJ 6.º).

Como señala Martín Delgado, y pese a la actual regulación, debe entenderse que persiste en los supuestos de imposibilidad técnica de acceso, supuestos en los que se de una notificación imperfecta, postergada o latente, porque cumple con todos los requisitos pero no se accede a la misma por causa justificada. En consecuencia, se trata de una notificación en suspenso hasta que el acceso tenga lugar, momento en el que se entenderá perfeccionada.⁸³

Y en los casos en los que la Administración no cumple su obligación de avisar de la notificación, la Administración pierde la presunción a su favor. En consecuencia, el criterio esencial será la diligencia del administrado. Y habrá de darse la posibilidad de impugnar el acto por la indefensión causada al administrado de haberle impedido el conocimiento.

El problema es que, salvo que se realice aviso complementario de notificación, en pocos casos conocerá el interesado que ha existido una puesta a disposición de una notificación hasta que no acceda a su contenido con posterioridad. Y tampoco la Administración conocerá siempre de antemano que el administrado no ha accedido al contenido de esa notificación por imposibilidades materiales o técnicas, salvo cuando el propio. Por este motivo, una vez más, el aviso complementario de notificación resulta fundamental y su omisión, a pesar del tenor literal del art. 41.6, producirá efectos en la práctica⁸⁴.

Es por ello que considera que la imposibilidad material o técnica de acceso por el interesado producirá el efecto suspensivo hasta el conocimiento de la notificación o su puesta a disposición, para evitar la indefensión. Al menos en los casos de falta de aviso o comunicación complementaria, decaerá la presunción a favor de la Administración, incluso en los supuestos de no imposibilidad técnica o material de acceso⁸⁵.

V. LA SITUACIÓN AFÍN DEL RÉGIMEN DE LAS NOTIFICACIONES JUDICIALES ANALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El marco normativo de las notificaciones electrónicas judiciales

La Administración judicial electrónica se ha delineado jurídicamente a remolque y en paralelo a la Administración electrónica⁸⁶, también en lo relativo a las notificaciones electrónicas judiciales⁸⁷. Aunque con peculiaridades hay nítidos paralelismos especialmente por cuanto aquí ocupa de la posible indefensión en situaciones particulares de las notificaciones electrónicas, especialmente con relación a la falta de aviso o comunicación complementaria.

En paralelo con las nuevas leyes de Administración electrónica, la normativa fue objeto de importantes modificaciones por Ley 42/2015 de modificación de la LEC, y la entrada en vigor de Real Decreto 1065/2015 de 27 de noviembre que regula LexNET.

Cabe ahora describir dicha regulación⁸⁸. El artículo 6 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, establece que los profesionales de la justicia, en los términos previstos en la presente Ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes en materia de justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate. De igual modo, el artículo 33.1 de la misma Ley dice que los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera

⁸³ Martín Delgado, Isaac. "Ejecutividad y eficacia ... *cit.* pág. 2198.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 2199.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 2200.

⁸⁶ Sobre la inicial Ley 18/2011, la obra de referencia en la que tuve la suerte de participar es Gamero Casado, Eduardo y Valero Torrijos, Julián (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*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012. Más recientemente, Gómez Manresa, María Fuensanta y Fernández Salmerón, Manuel (coords.), *Modernización digital e innovación en la administración de justicia*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

⁸⁷ Sobre el tema, además de la referida tesis doctoral que tuve ocasión de dirigir, Cernada Badía, Rosa, *La notificación judicial electrónica... cit.* entre otros se sigue especialmente Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, "La notificación electrónica de la demanda a las personas jurídicas: ¿Innovación tecnología o indefensión?", *Diario La Ley*, Nº 9388, *Sección Doctrina*, 2 de Abril de 2019, Wolters Kluwer. También, García Rivas, Francisco J. "La notificación a las personas jurídicas a través de la Sede Judicial Electrónica", *Diario La Ley*, Nº 9261, *Sección Tribuna*, 18 de Septiembre de 2018, Wolters Kluwer.

⁸⁸ Para ello, resulta bien descriptiva la STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero (rec.486/2018) que a continuación se reproduce en sus FFJJ 2º, 4º y 5º.

de comunicarse con la Administración de Justicia, pero que se podrá establecer legal o reglamentariamente la obligatoriedad de comunicarse con ella utilizando solo medios electrónicos cuando se trate de 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.

Y el artículo 273.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que éstas se hicieren. El artículo 152.2 señala que los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

El Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, dispone que los profesionales de la Justicia, entre otros los graduados sociales (artículo 2.b), “tienen la obligación de utilizar los sistemas electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y para la recepción de actos de comunicación”. Esta norma se aplica “en el ámbito de la competencia del Ministerio de Justicia”. El número dos del artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula de modo concreto los supuestos en los que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos en tres días, si bien recoge la prueba por el destinatario de la falta de acceso, así como el supuesto de causas técnicas puestas en conocimiento⁸⁹.

Estas previsiones vienen recogidas y desarrolladas en el Real Decreto 1065/2015, que dice que los órganos y oficinas judiciales y fiscales realizarán los actos de comunicación con las partes procesales y, en su caso, con los terceros intervinientes, mediante los siguientes canales electrónicos. Se indica el sistema LexNET, si se trata, en su caso, de otros órganos y oficinas judiciales y fiscales, cuando las partes intervinientes en el proceso estén representadas por profesionales de la justicia y así lo permitan las normas procesales y cuando los destinatarios de los actos de comunicación sean las Administraciones y organismos públicos y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El artículo 19.2 prescribe que el alta en el sistema LexNET para los profesionales de la justicia implicará la titularidad sobre un buzón virtual, al cual puede acceder el titular y otros usuarios que autorice, de manera que en el mismo se lleva a cabo “con plenitud de efectos jurídicos” la recepción de actos de comunicación. Para acceder al buzón debe acceder el titular o el usuario autorizado mediante su propio certificado electrónico. El artículo 16.3 regula que se deben depositar en los buzones virtuales de los usuarios los escritos, las comunicaciones y notificaciones, así como cualquier otro documento procesal transmitido por medios electrónicos, que se encontrará accesible por un período de sesenta días. Transcurrido este plazo se procederá a la eliminación del buzón de estos documentos, salvo los resguardos electrónicos acreditativos de la transmisión.

Cabe señalar, por el paralelismo con los supuestos de Administración electrónica, que en el caso de otras personas, distintas a los profesionales de la Justicia, que estén obligadas a

⁸⁹ “En cualquiera de los supuestos a los que se refiere este artículo, cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos. Se exceptuarán aquellos supuestos en los que el destinatario justifique la falta de acceso al sistema de notificaciones durante ese periodo. Si la falta de acceso se debiera a causas técnicas y éstas persistiesen en el momento de ponerlas en conocimiento, el acto de comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. En cualquier caso, la notificación se entenderá válidamente recibida en el momento en que conste la posibilidad de acceso al sistema. No obstante, caso de producirse el acceso transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción. No se practicarán actos de comunicación a los profesionales por vía electrónica durante los días del mes de agosto, salvo que sean hábiles para las actuaciones que corresponda”.

comunicarse con la Administración de Justicia a través de canales electrónicos o que, no estando obligados, opten voluntariamente por ello, el sistema de comunicación no será Lexnet, sino la sede judicial electrónica, dirección electrónica habilitada o correo electrónico (artículos 4 y 20 a 25 del Real Decreto 1065/2015), pero a las comunicaciones a través de la sede electrónica también le son aplicables las normas antes citadas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión⁹⁰:

a) Una vez que conste el correcto envío y recepción en el buzón electrónico del profesional de la Justicia de una comunicación o notificación, éste tiene los tres días hábiles siguientes como plazo para aceptar la misma y acceder a su contenido, directamente o a través del usuario autorizado. Si acepta la notificación y accede a la misma dentro de dicho plazo, la notificación se entiende realizada el día siguiente a la fecha de recepción, computándose los plazos procesales que tomen como referencia la misma como dies a quo desde el día hábil siguiente. Así si la aceptación de la comunicación se realizase el tercer día hábil, se entendería realizada el cuarto y por tanto los plazos comenzarían a computarse desde el quinto día hábil (acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016).

b) Si el profesional de la Justicia no accede a la notificación en dicho plazo de tres días hábiles, se entiende que la comunicación ha sido efectuada legalmente, desplegando plenamente sus efectos y los plazos comienzan a computarse desde el cuarto día hábil (acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016).

También hay que tener en cuenta que el artículo 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el destinatario tiene derecho a identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico, en cuyo caso es obligatorio que la oficina judicial le informe a través de dicho medio de la puesta a su disposición de los actos de comunicación en el correspondiente procedimiento, si bien ese aviso no tiene la naturaleza de notificación, sino de mero anuncio de la misma. Debe subrayarse que, conforme dispone expresamente la Ley procesal, la oficina judicial está obligada a enviar el referido aviso.

Cuando no se trata de profesionales de la justicia, el sistema de comunicación y notificación es la sede electrónica del Ministerio de Justicia, debiendo acceder a su buzón en la misma (comparecencia electrónica), en cuyo caso también pueden facilitar un número de teléfono móvil o dirección de correo electrónico para recibir en ellos un aviso de puesta a su disposición de un acto de comunicación por comparecencia electrónica (artículo 21 del Real Decreto 1065/2015 en aplicación del artículo 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

“El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.”

Así las cosas, especialmente resulta problemática la situación respecto de no profesionales de la justicia que son obligados a las comunicaciones electrónicas. Los mismos deben acceder a la sede electrónica para comprobar si tienen notificaciones. No obstante, es preceptivo un aviso. La cuestión esencial es la situación que se da cuando dicho aviso no se ha recibido. Dicha cuestión ha sido objeto de análisis por el TC como luego se expone.

Como recuerda Meseguer⁹¹ tras estas reformas recientes, las diversas interpretaciones que se han hecho de los artículos 4 y 17.2 del mencionado RD 1065/2015 por un lado; y de los artículos 155, 162 y 273 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, han dado lugar a situaciones en las que se han notificado las demandas a personas jurídicas, primer escrito iniciador del procedimiento, por medios electrónicos a través de la Dirección Electrónica Habilitada (en adelante DEH) portal 060.

Esto ha ocasionado que en muchos casos esas empresas demandadas se hayan enterado de la existencia de la demanda tiempo después —a veces han pasado meses— habiéndoles precluido plazos para ejercitar sus derechos y articular su defensa y sus medios de prueba.

⁹⁰ *Ibidem*, FJ 5º.

⁹¹ Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, “La notificación electrónica de la demanda... *cit.*”

2. La clara jurisprudencia constitucional sobre la obligatoriedad de la primera citación no electrónica

La STC 6/2019 de 17 de enero ha dejado claro que sólo procede la nulidad cuando no se ha dado la primera citación (FJ 4º a) 3º): “como excepción, no se ha de llevar a cabo por medios electrónicos la comunicación al demandado aún no personado en el procedimiento, en cuanto al acto de citación o emplazamiento, conforme a lo previsto en el art. 155.1 LEC, los cuales se harán por remisión al domicilio de los litigantes, regla que también opera en el proceso laboral (art. 53.1 LRJS).

La jurisprudencia era dispersa y contradictoria, si bien se apuntaban las líneas que adoptó el TC particularmente sobre la obligatoriedad de la primera citación no electrónica. Así, la jurisprudencia social STSJ de Castilla-La Mancha, sentencia núm. 179/2018 de 9 de febrero consideraba que la obligación de relación electrónica se hacía depender del nacimiento de la relación procesal, sólo a partir de la correcta notificación -no electrónica- de la existencia del mismo y la citación. Sólo caben las notificaciones electrónicas desde ese momento, pero nunca en la primera comunicación.⁹² La misma tesis la sostenía el TSJ de Murcia⁹³ o de tribunales menores.⁹⁴

La STC 47/2019, de 8 de abril, FFJJ 3 y 4, este Tribunal ha analizado el marco normativo establecido en la Ley reguladora de la jurisdicción social en relación con los actos de comunicación procesal, en línea con lo anticipado en la STC 6/2019, de 17 de enero, FJ 3, dictada por el Pleno de este Tribunal, que, si bien dicha ley procesal impone a las personas jurídicas la obligación general de comunicarse con la administración de justicia a través de medios electrónicos [art. 273.3 a) LEC], el régimen jurídico específicamente aplicable al primer emplazamiento es el del art. 155.1, 2 y 3 LEC y del art. 273.4, párrafo 2 LEC, que exigen la “remisión al domicilio de los litigantes” (art. 155.1 LEC), estableciendo de forma específica tanto la obligación de hacer constar en la demanda o en la petición o solicitud con la que se inicie el proceso “el domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de este” (art. 155.2 LEC), como la de presentar en papel “los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado” (art. 273.4, segundo párrafo LEC).

A la vista de esta regulación, este Tribunal ha concluido en la citada STC 47/2019 —y así lo ha reiterado en otras también referidas a procedimientos de despido, como las SSTC 102/2019, de 16 de septiembre, FJ 2, y 150/2019, de 25 de noviembre, FJ 3, pero también en las SSTC 122/2019, de 28 de octubre, FJ 3, en un proceso monitorio, o 129/2019, de 11 de noviembre, FJ 4, en un incidente concursal— que no se ha de llevar a cabo por medios electrónicos la comunicación al demandado aún no personado en el procedimiento, en cuanto a los actos de citación o emplazamiento, conforme a lo previsto en el art. 155.1 LEC, los cuales se harán por remisión al domicilio de los litigantes. Tal es la regla que opera en el proceso laboral (art. 53.1 LJS).

⁹² “Podría plantearse la duda de si tal, previsión queda excepcionada, para todo caso, en el supuesto de que se trate de sujetos obligados a la comunicación electrónica. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa, y que una interpretación tanto literal como sistemática, indica que los preceptos que imponen las comunicaciones electrónicas con las personas jurídicas, sólo pueden entenderse como obligaciones cuyo nacimiento depende de la válida constitución de la relación jurídico procesal, momento que en este caso se hace equivalente a la correcta notificación de la existencia del proceso, y de la citación a la parte al acto del juicio. Sólo a partir de tal evento, son ya posibles las comunicaciones telemáticas, pero no antes.

La utilidad disponible de Minerva que asocia NIF y DEH, debe utilizarse entonces como una posibilidad informativa, pero no puede servir para suplir el trámite de la primera comunicación, tal como se ha previsto en la norma.”

⁹³ TSJ Murcia, Social, sentencias de 3 de mayo de 2018, n.º de recurso 1383/2017, sentencia de fecha 6 de junio de 2018, sentencia n.º 528/2018, n.º de recurso de suplicación 138/2018; Sentencia de 20 de junio de 2018, n.º de recurso 1257/2017, n.º de resolución 592/2018 y la Sentencia de 11 de julio de 2018, n.º de recurso 348/2018, n.º de resolución 669/2018. Como recuerda Cerdá inciden especialmente que *la obligación se genera, en un momento posterior a la primera*. Audiencia Provincial de Murcia, Auto 68/2018 de 8 de marzo de 2018 dictado en Recurso de Apelación 40/2018 por la Sección 4ª o Auto n.º 17/2019, en este caso del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Murcia de fecha 21 de enero de 2019. Cerdá Meseguer, Juan Ignacio, “La notificación electrónica de la demanda... *cit.*”

⁹⁴ También otras sentencias menores de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1ª, en sentencia de fecha 9 de febrero de 2018, n.º de recurso 4/2018, n.º de resolución 22/2018 o de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, también en jurisdicción Civil en sentencia de fecha 15 de junio de 2018, n.º de recurso 74/2018.

En suma, el hecho de que, por imperativo legal (los sujetos mencionados en el art. 273.3 LEC) tengan que actuar en el proceso sirviéndose de esas vías tecnológicas y que, de acuerdo a lo previsto en el art. 152.2 LEC, ello dé lugar a que los actos de comunicación también se deban practicar por medios electrónicos, no autoriza a entender, con fundamento en ese deber de relacionarse con la administración de justicia por medios electrónicos o telemáticos, que esas personas y entidades queden constreñidas, en cualquier caso y circunstancia, a recibir los actos de comunicación a través de esos medios, hasta el extremo de quedar neutralizada la regulación legal especialmente prevista, sin distinción de supuestos o sujetos, para las primeras citaciones o emplazamientos del demandado en el art. 155.1 y 2 LEC.

Tan es así que, por su vinculación a los poderes públicos tras la publicación en el “BOE” de la STC 47/2019 [arts. 40.2 LOTC y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)], la Secretaría General de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia ha dirigido una comunicación el 21 de mayo de 2019 a las secretarías de gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, citando la STC 47/2019, en su fundamento jurídico 4, para que cuiden “que la doctrina interpretativa de las normas procesales reguladoras del primer emplazamiento de personas jurídicas sentada por el Tribunal Constitucional, cuyo obligado acatamiento impone la Ley Orgánica del Poder Judicial, sea observada en todas las oficinas judiciales del territorio”.

VI. LA CENSURABLE STC 6/2019 DE 17 DE ENERO HA DE TENER UN ALCANCE LIMITADO PARA EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

1. La criticable doctrina establecida por la STC 6/2019, de 17 de enero sobre la falta de avisos en el ámbito judicial

El TC ha tenido ocasión de abordar la posible indefensión en los supuestos de falta de aviso de la notificación electrónica a sujetos obligados en el ámbito de las notificaciones judiciales. Según se ha expuesto, el artículo 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es evidentemente paralelo al artículo 41. 6º Ley 39/2015:

“El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.”

Pues bien el TSJ Castilla y León consideró posible vulneración del artículo 24 CE⁹⁵, pues “puede afectar al derecho de defensa (art. 24.1 CE)...porque su representante procesal, un Graduado social con despacho en Tarragona, albergaba la confianza legítima de que recibiría el aviso por haber cumplido con lo pedido antes por la norma (suministrar una dirección de correo electrónico) y, merced a esa confianza, prescindió de consultar su buzón del sistema LexNET al que se le remitió, por lo demás correctamente, la notificación de la Sentencia del Juzgado de lo Social. Por ese motivo dejó de formalizar en plazo el anuncio del correspondiente recurso de suplicación, al no llegarle dicho aviso y desconocer la práctica de aquella notificación”.

Sin embargo, la STC 6/2019, de 17 de enero, ha resuelto dicha cuestión declarando, aún con un voto particular, la plena constitucionalidad de tal previsión legal. Y así lo hace sobre tres ejes⁹⁶: (i) la diferente naturaleza jurídica de los actos de comunicación procesal y el aviso regulado en este precepto; (ii) el carácter no desproporcionado o exorbitante de la carga legal que suponen las notificaciones por sistemas telemáticos y (iii), la inexistencia de una confianza legítima derivada de la obligación legal de realizar el aviso.

La sentencia ciertamente es “extraordinariamente criticable” y así lo ha sido en no pocos comentarios doctrinales⁹⁷, -o por el tribunal que formuló la propia cuestión- y va en contra de la

⁹⁵ Auto dictado de 14 de junio de 2017. Se sigue aquí la reiteración de estos argumentos en STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero.

⁹⁶ En especial, Gómez Fernández, Diego, “El Tribunal Constitucional resuelve sobre la falta de aviso electrónico en Lexnet”, *Diario La Ley*, Nº 9347, Sección Tribuna, 29 de Enero de 2019, Editorial Wolters, acceso también en <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/2019/01/25/el-tribunal-constitucional-resuelve-sobre-la-falta-de-aviso-electr%C3%B3nico-en-lexnet>

⁹⁷ Expresión de Boix Palop, Andrés, “Reforma jurídico- administrativa... cit. p. 351. Además de nota

literatura mayoritaria. Se ha llegado a apuntar “Creo que sorpresa –o quizás sea incredulidad– ha sido la sensación que me ha generado la lectura de la misma.”⁹⁸ En todo caso y como luego se señala, la misma no cierra en modo alguno todas las cuestiones que se puedan suscitar en el caso concreto y especialmente para el ámbito de las notificaciones obligatorias a personas jurídicas para el ámbito no judicial sino administrativo.

Para el TC en primer término y en esencia, no se aplica la doctrina ni las garantías de los actos de comunicación porque el aviso no lo es. Es un acto destinado a “reforzar” el nivel de atención de quienes ejercen en juicio la representación procesal de las partes, “algo por lo demás innecesario”. No le falta ironía al TSJ Castilla León que formuló la cuestión⁹⁹. Así, señala que dado que no es un acto de comunicación, tampoco es un acto procesal y por ello el incumplimiento de la obligación legalmente impuesta al órgano judicial no es constitutiva de una infracción procesal. Respecto de que la Ley procesal establece la obligatoriedad de dicho aviso, sólo cabe entender que tras la STC dicha obligación de los órganos judiciales constituye una categoría innominada, que se asimilarían al concepto doctrinal de las obligaciones naturales, no exigibles jurídicamente, pero válidas en cuanto el deudor tenga a bien su cumplimiento voluntario, su incumplimiento no tiene consecuencia jurídica alguna, sin necesidad de valorar su repercusión práctica sobre los derechos de defensa de las partes o interesados.

Segundo, el TC afirma el carácter no desproporcionado o exorbitante de la carga legal que suponen las notificaciones por sistemas telemáticos. Hay que subrayar que el TC restringe su análisis a los profesionales de la Justicia (en este caso un graduado social) y no lo hace respecto de toda persona jurídica. Pues bien, establece como criterio que dicha exigencia no constituye una carga desproporcionada, sino que forma parte de la diligencia profesional debida y es “la consecuencia natural del ejercicio de una actividad profesional continuada”. Por ello “por su trabajo y su dedicación se puede esperar que el profesional acceda a su buzón diariamente o casi a diario, no otra cosa”, lo cual además no afecta al derecho al descanso del indicado profesional, porque el sistema Lexnet prevé “un sistema de sustituciones entre compañeros”. Por lo que se refiere a la obligación de apertura diaria del buzón Lexnet por quien solamente haya actuado esporádicamente en el territorio competencia del Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional dice que “es una opción libre de dicho profesional el actuar en partidos judiciales distintos a aquel donde esté colegiado y que suya es la responsabilidad consecuente de racionalizar entonces su trabajo”.

Finalmente y en tercer lugar, el TC afirma la inexistencia de una confianza legítima derivada de la obligación legal de realizar el aviso. El argumento es sencillo, no hay confianza legítima porque la propia regulación expresamente no condiciona el sistema al propio aviso¹⁰⁰. El TC hace referencia a “la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles” (STC 51/2018). Tampoco según el Tribunal con las previas actuaciones de un órgano jurisdiccional

supra, también, Pérez Daudí, Vicente, “Las notificaciones electrónicas”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº. 142, 2020. Grande Sanz, Marta, “La validez de las notificaciones efectuadas por Lexnet a falta de aviso de su puesta a disposición tras la STC de 17 de enero de 2019”, en Pulido, Irene; Bueno de Mata Federico (dirs.) *FODERTICS 8.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia* González 2020, págs. 147-156.

Además de otros trabajos críticos antes mencionados, sobre este aspecto, Perea González, Álvaro, “Diferenciación entre el «aviso de comunicaciones» y las comunicaciones stricto sensu. «Aviso» vs «Acto de comunicación»: Análisis y comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2019 del Tribunal Constitucional, *El Derecho*, Tribuna 26-02-2019, <https://elderecho.com/aviso-vs-acto-comunicacion-analisis-comentario-constructivo-la-sentencia-17-enero-2019-del-tribunal-constitucional>

Jiménez, Matías, “La sentencia del TC sobre avisos de comunicación electrónica: ¿un paso atrás en las garantías del ciudadano?”, 28 de enero 2020, <https://jimenez-brito-abogados.com/la-sentencia-del-tc-sobre-avisos-de-comunicacion-electronica-un-paso-atras-en-las-garantias-del-ciudadano>.

Herráez, Pablo, “Sobre el aviso de puesta a disposición de la notificación electrónica”, 23 de febrero de 2019, <https://procedimentadministratiu.blogspot.com/2019/02/sobre-el-aviso-de-puesta-disposicion-de.html>

⁹⁸ Jiménez, Matías, “La sentencia del TC... *cit.*”

⁹⁹ STSJ Castilla y León, núm.126/2019, de 6 de febrero.

¹⁰⁰ FJ 6º. Considera que “no puede reclamarse una confianza legítima en la aplicación de un precepto que no existe, pues ninguno de los previstos en la LEC o en la normativa sobre comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Justicia plasman una vinculación o condicionamiento de los efectos propios de las notificaciones procesales practicadas por vía LexNET (o plataforma similar), con la realización del aviso sobre la puesta a disposición de ese acto procesal, en el dispositivo, servicio de mensajería simple dirección de correo electrónico, facilitado por el profesional interviniente”.

que hiciesen confiar en una forma determinada de proceder por el mismo (STC 58/2000). Las críticas se han centrado especialmente en este respecto¹⁰¹, especialmente por Gómez. No en vano, la ley no sólo regula que no será exigible, sino que como bien explica el voto particular, impone una obligación de aviso y reconoce un derecho al usuario de suministrar un correo electrónico para que le envíen esos avisos. Asimismo, la confianza legítima no sólo se reduce a los supuestos previstos en esa STC sino también al contemplado por la STC 70/2018, que es la confianza que se genera en el ciudadano cuando el poder público actúa de una manera habitualmente y de repente no lo hace.

Ahora bien, sin perjuicio de aceptar lo que afirma la STC, hay que subrayar que su argumentación alcanzaría en su caso a la alegación de confianza legítima en abstracto y en general, pero no ante situaciones concretas en las cuales la propia Administración -de Justicia- hubiera generado por su actuación dicha confianza legítima al remitir avisos previos, por ejemplo.

A las críticas doctrinales y jurisprudenciales se suma que la STC 6/2019, de 17 de enero cuenta con un voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos. El voto particular insiste en lo irrazonable que es una obligación jurídica de aviso cuyo incumplimiento no tenga repercusión alguna, un “elemento distorsionador”. Que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora va en contra del principio de razonabilidad y del valor justicia (art. 1.1 CE), además de generar una arbitrariedad contraria al artículo 9. 3º CE, constituyendo indefensión y una vulneración del derecho fundamental del artículo 24 CE.

2. La asunción de esta jurisprudencia por tribunales ordinarios

La STC 6/2019 y posteriores ha sido recibida por los tribunales. Ya se ha insistido en el escepticismo del TSJ Castilla-León que formuló la cuestión de constitucionalidad y reitera en su sentencia todas sus objeciones, aunque la acata para supuestos similares. El TSJ Cataluña, que se había significado especialmente en la materia la acepta pero no excluye la nulidad por confianza legítima en casos particulares. Así, la STSJ Cataluña de 28 de marzo, (4112/2019; Rec: 9/2017), con expreso conocimiento de la doctrina del TC, en este supuesto la STSJ Cataluña no anula por indefensión la notificación en DEH, si bien advierte, “Y ello por cuanto se trata de un supuesto distinto al analizado en nuestra sentencia núm. 579/18, de 15 de junio de 2018 (rec 613/2015)”. Esto es, vuelve tener en cuenta su doctrina previa a la STC especialmente si en ocasiones anteriores se había dado un aviso que generase confianza legítima al administrado. Algo similar sucede en la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 1338/2019 de 4 noviembre. JUR\2020\96519, que no anula, pero no tanto por la STC si no porque “la notificación controvertida fue realizada cumpliendo las formalidades legales, sin que la actuación de la Inspección haya producido ningún género de confusión, ni indefensión”. La STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 1593/2020 de 27 mayo, JUR\2020\197691, sí que asume plenamente la doctrina del TC.

Por el contrario, otros TSJ asumen la doctrina. Así, la STSJ de 10 junio de 2020 de Islas Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) (núm. 266/2020, JUR\2020\201138) sí que es relativa a un supuesto en el que previamente se habían utilizado avisos en el “buzón de cortesía” y se alega indefensión y vulneración de la confianza legítima. El TSJ señala que ni la Ley 11/2007, de 22 de junio; ni el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre para la AEAT contemplan la exigencia de lo que el recurrente denomina como “aviso de cortesía”, mecanismo puramente informativo. Y se apoya en la STC de 17 de enero de 2019, “, en contra del esquema argumental del recurrente”. En esta línea la STSJ Castilla-La Mancha núm. 91/2020 de 12 mayo en su FJ 6º (FJ 6º) no sólo comparte la posición del TC, sino que es contrario especialmente a la mención de la vulneración de la confianza legítima.

3. Esta jurisprudencia constitucional no puede expandirse sin más al ámbito administrativo y, en especial, a las personas jurídicas obligadas

¹⁰¹ Además de otros trabajos críticos antes mencionados, sobre este aspecto, Perea González, Álvaro, “Diferenciación entre el «aviso de comunicaciones»... cit y Gómez Fernández, D. “El Tribunal Constitucional ... cit.

No puede eludirse la posición del TC, por criticable que sea. Sin embargo, como a continuación se expone, no son pocos los motivos para atemperar el alcance y aplicabilidad de esta jurisprudencia constitucional. De la STC 6/2019 no puede inferirse una aplicación automática por la cual no pueda considerarse que se produce indefensión en las notificaciones electrónicas.

-La sentencia no elude la consolidada jurisprudencia de la necesidad de análisis concreto para cada situación concreta.

-El alcance de la sentencia es limitado al ámbito judicial.

-Han de tenerse en cuenta elementos específicos del contexto administrativo.

-La sentencia era relativa a profesionales de la representación procesal y en concreto a un graduado social. Las obligaciones singulares de estos profesionales, su hábito diario de consultar comunicaciones, en modo alguno pueden expandirse sin más al tan variado y heterogéneo colectivo de las personas jurídicas.

-El caso enjuiciado sólo implicaba acudir a un sistema Lexnet, y no a los muchos sistemas de notificación de cada Administración.

Como se viene insistiendo desde el inicio, pese a que muchos autores sostienen la inconstitucionalidad de la regulación en diversos aspectos, cabe admitir en abstracto la misma. Pero, según se ha subrayado es preciso un análisis particularizado de cada supuesto teniendo en cuenta el concreto contexto y relación jurídica -administrativa o judicial-, el sujeto obligado y sus particularidades, la existencia o no de avisos y de una trayectoria de avisos previos, circunstancias que evidencien la falta de acceso al contenido o que demuestren el cumplimiento de una mínima diligencia por el interesado, etc. Como dice señala Gómez, “Es una materia profundamente casuística y en unos casos la falta de envío del aviso habrá producido indefensión al ciudadano y en otros no.”¹⁰²

Y además, el alcance de la doctrina del TC debe limitarse al ámbito resuelto por el TC sin necesariamente expandirse a situaciones que claramente similares. Como punto de partida, pese a la identidad entre el inciso final del párrafo tercero del art. 152.2º LEC y el del art. 41.6º Ley 39/2015, cabe recordar que la STC únicamente hace referencia al ámbito de las notificaciones judiciales. La regulación que se ha expuesto y que el TC considera proporcional no es la misma que la del ámbito administrativo. Baste recordar que contiene diversas previsiones y garantías con las que no cuenta la legislación administrativa actual para el interesado, que en su caso pueden *compensar* la falta de garantías que puede suponer la falta de aviso.

En el contexto jurídico administrativo, se ha expuesto en este estudio la importancia de elementos singulares, como el derecho a la buena Administración electrónica que preside la interpretación de la regulación que afecte a derechos e intereses de los administrados, los diversos derechos de ciudadanos e interesados (arts. 12 y 13 y 53 Ley 39/2015) los diversos principios como los regulados en el artículo 3 Ley 40/2015 como los principios de buena fe y confianza legítima, servicio efectivo simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos. De ellos deriva la necesidad de una interpretación de conformidad a los intereses de los administrados y no sólo de la eficacia de la Administración. Y respecto de ésta opera especialmente el aludido principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 de la Constitución. Y como añade Gómez, cabe acudir al principio no positivizado “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” que, que, como dice el ATS de 11-11-2010 (RC 2520/2010) es un “principio jurisprudencial consistente en que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza” (SSTS de 23.05.2018, RC 666/2017 y RC 1503/2017).

Cabe recordar que la STC es relativa a profesionales específicamente obligados, en concreto a un graduado social (FJ 5º) y así se justifica en su razonamiento el específico “nivel de atención” y diligencia que deben tener los representantes procesales en el ámbito judicial, que no se puede homologar al de cualquier representante de cualquier persona jurídica obligada a recibir notificaciones tributarias. No puede compararse lo que “hace poco tiempo se llevaba a cabo en un salón de procuradores, o en la dirección del despacho profesional (abogados, graduados sociales, etc.)” con la obligación continua de cualquier persona jurídica o cualquier tipo de empresa de la consulta continua de múltiples buzones¹⁰³. Puede admitirse que obligarlos

¹⁰² Gómez Fernández, Diego, “El Tribunal Constitucional resuelve... *cit*”

¹⁰³ STC 6/2019, FJ 5º f) “Todo lo cual explica, en el caso de la reforma del artículo 152.2, párrafo tercero LEC, que lo buscado no fuera realmente “reforzar” el nivel de atención de quienes ejercen en juicio la representación procesal de las partes, algo por lo demás innecesario al estar estos obligados desde siempre, por su actividad, a ser diligentes en la recepción y traslado de los actos de comunicación que

no afecte “el bienestar de procuradores, graduados sociales o abogados” pues se ha sustituido en su caso el régimen de presencialidad diaria. Pero esto en modo alguno puede predicarse genéricamente de las personas jurídicas¹⁰⁴ en los que no tiene porqué haber ni hábitos, ni profesionalidad en la consulta diaria de comunicaciones.

En este punto, cabe recordar la STS de 2 de junio de 2011 cuando afirma que “podría comprenderse el descuido del interesado no familiarizado con estas nuevas formas de comunicación electrónica que deja transcurrir varios días sin atender las notificaciones practicadas en la DEH, pero ello no sería fácilmente trasladable a una agrupación de interés económico como la que ahora recurre, por causa que no fuera debida a su propia negligencia o inobservancia de su deber -o, al menos, a dificultades técnicas o materiales en la recepción del correo a las que no se alude-. Este mismo argumento se reitera en la STS de 28 de noviembre de 2017 (rec. 3738/2018; ROJ: STS 4322/2017) resolviendo un recurso en el que, como aquí, se invocaba el principio de confianza legítima ante una notificación realizada al amparo del mismo art 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

A lo anterior cabe añadir que para el TC no es problema que haya que acudir a consultar el sistema *Lexnet*, pues era el único que tenía que consultar el graduado social¹⁰⁵. Pues bien, cabe recordar que una persona jurídica o empresa no sólo ha de estar atenta a las notificaciones de la AEAT, la Seguridad Social, sino también las de todas las administraciones locales o autonómicas, que como se ha expuesto utilizan sistemas diferentes.

En los casos concretos de una trayectoria de uso previo de los avisos habrá que aplicar la doctrina de la confianza legítima. A lo anterior, y como punto de esperanza cabe apuntar sentencias recientes que se han mencionado, como la STSJ Comunidad Valenciana 1928/20, de 4 de noviembre 2020 y, en especial, la analizada STS 635/2021 de 6 de mayo de 2021 en la que después de siete años el TS despierta de su letargo y anula la obligación de relación electrónica estableciendo nuevos requisitos. Y ello pese a un nuevo Decreto 203/2021 poco o nada sensible a la materia.

VII. RECAPITULACIÓN Y UNA MIRADA AL FUTURO QUE PASA POR UNA INTERPRETACIÓN FAVORABLE A LA CIUDADANÍA Y NUEVAS REGULACIONES

Según se ha sostenido, la Administración electrónica es un elemento esencial para garantizar al ciudadano su derecho fundamental a una buena Administración (*digital*.” (art. XVI 7º a) borrador Carta de derechos digitales). De la actual regulación se derivan derechos y principios que llevan a afirmar una presunción de *favor civis*. Es importante su proyección en la relación electrónica para incertezas y cuestiones no abordadas o no bien resueltas por el legislador. Este principio puede amortiguar la situación de abandono en la que quedan los administrados electrónicamente. Este estudio se ha centrado especialmente en la indefensión que generan muchas veces las notificaciones electrónicas, especialmente de los obligados a recibirlas. El carácter electrónico no puede privar las garantías ya consolidadas de las notificaciones frente a la indefensión material. El contexto tecnológico favorece las actitudes negligentes del destinatario, que hacen estas garantías si cabe más necesarias. Desde 2012 la

conciernen a sus representados, sea en papel o electrónicamente. Así, lo que hasta hace poco tiempo se llevaba a cabo en un salón de procuradores, o en la dirección del despacho profesional (abogados, graduados sociales, etc.), ahora se practica en el buzón virtual de Lexnet de todos los profesionales, directamente o en el caso de los procuradores a través de la plataforma brindada por su consejo general (conforme a los convenios suscritos con las administraciones de justicia).

¹⁰⁴ FJ 6º c) “No se alcanza a ver qué obstáculo legal para el bienestar de procuradores, graduados sociales o abogados, puede suponer que el legislador sustituya el régimen presencial diario en la recepción de los actos de comunicación imperante antaño, por otro de naturaleza electrónica al que puede accederse desde diversos dispositivos y en lugares diferentes, para comodidad de la persona, protegido dicho acceso con una serie de garantías dentro de la plataforma habilitada. En realidad, y con las propias palabras del Auto que promueve la presente cuestión, por su trabajo y su dedicación se puede esperar que el profesional acceda a su buzón diariamente o casi a diario, no otra cosa.”

¹⁰⁵ FJ 5. C “Por otro lado, ya se ha dicho que la utilización del sistema Lexnet resulta claramente mayoritaria en las Administraciones de justicia competentes, pero en aquellas Comunidades Autónomas que disponen de otros sistemas, el modo de funcionamiento resulta similar. En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que parece querer referirse el Auto que promueve la cuestión respecto del Graduado Social actuante en el proceso a quo, hemos visto que precisamente la recepción electrónica de las notificaciones —supuesto planteado en el proceso a quo— se efectúa a través, también, del sistema Lexnet, lo que por tanto es conocido por los profesionales de la justicia que actúan allí.

jurisprudencia da por bueno el régimen de las e-notificaciones que aquí se ha analizado, como “una regulación razonable”. Y no es poco asumir. La conjunción de varios elementos son tóxicos y obliga al menos llevar a analizar en cada caso concreto la posible nulidad. Así se ha recordado la carrera de obstáculos que es la Administración electrónica para muchos ciudadanos; la necesidad de la consulta continua de muchas direcciones habilitadas. La generalización de la obligatoriedad de la Administración y las notificaciones electrónicas, especialmente en el caso de las personas jurídicas de modo indistinguido. No son iguales, ni su acceso a asistencia o medios para la relación electrónica. Estas cuestiones deben analizarse de cada caso concreto. A lo anterior se une la deficiente regulación de los avisos electrónicos y de su falta de uso por la Administración electrónica. Y como guinda, la propia regulación del rechazo por no acceso a la notificación en 10 días. El aviso es la clave de bóveda de la nueva y su omisión en casos concretos debería de tener consecuencias sobre la eficacia del acto administrativo. Sin aviso no habría de darse por rechazada la notificación. La situación resulta más inadmisibles si cabe en el caso en el que el administrado electrónicamente ha quedado habituado a la recepción de tales avisos previamente pero no es notificado porque no se le avisa.

Ya es bastante admitir la constitucionalidad de la regulación general, pero en modo alguno dar por buenas las muchas situaciones de indefensión a que da lugar. Debe garantizarse un análisis casuístico con todas las circunstancias concurrentes bajo un principio de favor civitatis y buena Administración. El análisis de cada caso no puede basarse en la irrealidad de un ciudadano o persona jurídica con altas capacidades tecnológicas, que obligatoriamente ha de estar hiperconectado todo el tiempo, obligado a acceder constantemente a los múltiples buzones o direcciones. Y se hace fundamental poder contar con un aviso.

Sin embargo, lamentablemente resulta ineludible la STC 6/2019, de 17 de enero que se ha expuesto. La misma ha dejado claro que sólo procede la nulidad cuando no se ha dado la primera citación (FJ 4º a) 3º). Pero da por buena la falta de aviso de la notificación. Los tribunales en general se han allanado a esta jurisprudencia. Sólo algunos mantienen la posibilidad concreta de vulneración de la confianza legítima si se recibían avisos previos por el interesado (STSJ Cataluña de 28 de marzo) o algunas sentencias aisladas parecen tener cierta sensibilidad. Desde aquí se ha pretendido limitar los negativos efectos de la STC. Así, se ha sostenido que no puede expandirse sin más al ámbito administrativo y, en especial, a las personas jurídicas obligadas. La STC 6/2019 no cierra un debate que sin duda sigue abierto respecto de las notificaciones electrónicas. Los tribunales sin duda pueden -y deben- atemperar la indefensión que se genera en muchos supuestos concretos y la última STS 635/2021 de 6 de mayo de 2021 da cierta esperanza sobre el futuro, a pesar del Decreto 203/2021.

Autores de los más relevantes sobre Administración digital (Cerrillo, Gamero, Martín Delgado, Ponce, Velasco, además de quien suscribe) en diciembre de 2020 hemos realizado una serie de aportaciones sobre la Carta de Derechos Digitales, cuyo artículo XV aborda la Administración digital¹⁰⁶. De las mismas, Gamero se ha centrado en las mejoras respecto de la Administración electrónica¹⁰⁷. Se valora positivamente la afirmación de la igualdad y no discriminación en el acceso a la Administración electrónica (ap. 1º) y especialmente que “Se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que opten por no utilizar recursos digitales” ap. 5º) y “el derecho a una buena Administración digital” (7º a), así como “Un procedimiento de toma de decisiones con las debidas garantías.” Y por lo que particularmente aquí ocupa, el régimen de notificaciones, se recuerda que “representa un deterioro de los derechos que ostentan los ciudadanos en las relaciones presenciales, especialmente cuando se encuentran obligados a relacionarse por medios electrónicos”. Sin duda que la legislación habría de seguir propuestas formuladas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cerrillo, Agustí; Gamero, Eduardo; Cotino, Lorenzo; Martín Delgado, Isaac; Ponce, Juli y Velasco, Clara, *Aportaciones de la Red DAIA a la carta de derechos digitales. Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora, Red DAIA*. Diciembre 2020, <https://bit.ly/3paFOHQ>

¹⁰⁷ “La administración electrónica en la carta”, págs. 11 y ss.

¹⁰⁸ “Se reconoce el derecho a recibir todas las notificaciones administrativas en una dirección electrónica habilitada única. La Administración General del Estado dará soporte a un sistema de información mediante el que articular ese derecho. La ciudadanía tiene derecho a indicar en ese sistema de información un dispositivo o medio mediante el que recibir el aviso de notificación a que alude la legislación del procedimiento administrativo común. En tanto que no se pongan en marcha estas medidas, no se podrán remitir notificaciones electrónicas a direcciones electrónicas creadas de oficio por la Administración sin comunicación previa a la persona interesada, indicándole el medio por el que acceder al contenido de las notificaciones e invitándole a señalar el dispositivo o modo de recibir avisos de notificación”.