

Consideraciones sobre la notificación electrónica administrativa

Los actos de comunicación interpersonales en la actualidad son casi siempre electrónicos. En consecuencia, los actos de comunicación para que sean eficaces deberían cursarse también a través de canales electrónicos. Sin embargo, el entorno digital es un entorno muy frágil desde un punto de vista probatorio, por la intrínseca facilidad de manipulación de los ficheros electrónicos. La forma de solucionar esta contingencia es mediante la interposición de tercerías electrónicas. En las siguientes



líneas el autor reflexiona y expone algunas importantes consideraciones relativas a la libre competencia e, incluso, a la presunta inconstitucionalidad vinculadas a la notificación electrónica administrativa.

José María Anguiano

1. ALCANCE NORMATIVO

Para el estudio que me propongo, conviene comenzar con un somero análisis terminológico. La notificación, tal y como se entiende por la normativa vigente y la jurisprudencia, es un acto de comunicación que reviste unas específicas características en relación a la efectividad del mismo.

Partiendo de la premisa de que se trata de un acto de comunicación, cabe poner de manifiesto que no existe norma alguna que defina la comunicación como tal. Sin embargo, la doctrina constitucional, en atención a la trascendencia que la actividad comunicativa tiene sobre el efectivo disfrute de algunos derechos fundamentales, ha considerado conveniente definir el término en la STC 281/2006 entendiendo que “es un proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”. La interesante fundamentación de la sentencia declara el objetivo de lograr una definición común a todos los procesos comunicativos, con independencia de los concretos procedimientos que se utilicen, así como el concurso de una u otras tecnologías.

El término “expresiones de sentido” debe ser, en mi opinión, asimilado a información. La traslación de expresiones que carecen de sentido para los destinatarios de las mismas no pueden ser consideradas como un acto de comunicación. Cuando sí lo tienen, los destinatarios obtienen información de ese proceso comunicativo. Cuando lo que se traslada solo tiene sentido para algunos, estamos ante comunicaciones públicas con propósito privado. Sólo los destinatarios que conocen la lógica aplicada a los signos, señales o sonidos tienen la capacidad de inferir expresiones de sentido de esa concreta comunicación. En este caso, estamos ante comunicaciones cifradas.

Por otro lado, el término “proceso de transmisión” debe ser entendido como una efectiva puesta a disposición de esa información con

origen en los emisores del acto comunicativo y destino en los receptores del mismo.

En consonancia con la definición constitucional de comunicación, la normativa administrativa vigente entiende que un acto de notificación ha de ser un acto eficaz. La propia configuración normativa de las notificaciones, resumida en el punto 1º del art. 59 de la Ley 30/1992, supone una declaración del afán eficaz de la misma cuando alude a la constancia de la recepción. La utilización del término “constancia de la recepción” por el legislador responde en principio, en mi opinión, a una voluntad de eficacia material y acreditativa. La

La imposición a la administración de la obligación de dejar constancia que enuncia la eficacia acreditativa hace necesaria la actuación de los notificadores, como terceros ajenos a las partes con capacidad de testificar sobre el cumplimiento de la obligación por parte de la Administración.

material por que la obligación de la administración que notifica es la “recepción” de la notificación por el interesado o su representante. Se establece de esta forma una obligación de resultado a la Administración. El cumplimiento de la obligación material es presupuesto necesario para el cumplimiento de la segunda: la acreditativa. Para que la Administración cumpla el precepto, deberá asimismo estar en disposición de acreditar el cumplimiento de la primera. El cumplimiento de esta segunda obligación (la acreditativa) es el que ha propiciado el concurso de los notificadores, como terceros interpuestos en el trámite de la comunicación que acreditan el cumplimiento de la obligación de informar. De no existir la figura de los notificadores, la acreditación del cumplimiento de la obligación descansaría en una simple declaración de cumplimiento por parte del obligado. Como es evidente que la declaración de cumplimiento por quien está obligado no es acreditativa de dicho cumplimiento, los procesos de comunicación obligatorios se han venido

realizando con el concurso de un tercero ajeno a la obligación: el notificador

También es cierto que esta inicial voluntad de imposición de la obligación de eficacia acreditativa se ve atemperada por la redacción del 58.3 de la 30/1992, que dice:

“Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”.

En definitiva, la introducción de este texto, mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios, refuerza el requisito de eficacia material comentado. Ante la constatación de la recepción por los actos propios del interesado o su representante, la obligación acreditativa decae. En consecuencia con lo anterior, la obligación acreditativa del cumplimiento de la obligación de informar resulta relevante solo en los supuestos en los que la persona física o jurídica beneficiaria del derecho a ser informado no haya reconocido por declaraciones o actos la efectiva recepción del texto comunicado.

Lo antedicho es coherente con el planteamiento administrativo que alumbra la regulación de las notificaciones. Efectivamente, la notificación se configura como un trámite necesario para dotar a los actos administrativos de la eficacia preceptuada en el último inciso del art. 57 de la

misma Ley, que supedita la eficacia de los actos administrativos a (i) aprobación superior y (ii) notificación o publicación.

Por otro lado, la imposición a la administración de la obligación de dejar constancia que enuncia la comentada eficacia acreditativa hace necesaria la actuación de los notificadores, como terceros ajenos a las partes con capacidad de testificar sobre el cumplimiento de la obligación por parte de la Administración. Para que, cumpliendo con lo anterior no sea precisa la reunión de Administración y administrado para el trámite de la notificación, se comisiona en el testigo para la realización material de dicho trámite. Con el fin de que no sea precisa la constante citación del notificador para que declare sobre la efectiva realización del trámite de notificación, se sustituye el medio testifical por el documental, mediante la expedición de documento firmado por parte del notificador en el que certifican las distintas circunstancias que hayan podido concurrir durante el trámite. Ésta es la ratio legal de notificación

certificada, que es el sistema de notificación más empleado en la actualidad.

La obligación normativa de eficacia del último inciso del artículo 57, como es obvio, no es caprichosa. Las notificaciones ineficaces colocan a los interesados en situaciones de indefensión, privándoles del derecho a ser informados de actos administrativos que les incumben, para de esta forma poder personarse y combatir los que les afectan. El perjuicio que en estas condiciones se ocasiona al interesado tiene amparo constitucional por infracción del art. 24 de la Carta Magna, por lo que existen interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta concreta materia.

Así, entre otras muchas, la Sentencia nº 99/1991 de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional de 9 de mayo dice:

Reiteramos ahora, siquiera sea de modo conciso, la decisiva importancia que desde la perspectiva constitucional tienen los actos judiciales de comunicación, imprescindibles para salvaguardar el derecho de las partes de estar presentes, comparecer y defender sus intereses y conductas en toda clase de procesos del orden jurisdiccional que fuere. La comunicación, el llamamiento a la parte legitimada, es decir, con derecho a comparecer y ser oída en contradicción, por ostentar interés legítimo o derecho bastante, ha de ser efectiva, cierta y real, de tal modo que conste la seguridad o certeza de la recepción y con ello la posibilidad, sin obstáculos, de ejercitar la oportuna defensa u oposición en el correspondiente proceso judicial. Esto es lo que quiere, efectivamente, el art. 24 C.E. al ordenar, de modo tajante, que en ningún caso pueda producirse indefensión. Indefensión que sería más acentuada, de producirse, en el orden jurisdiccional penal, como es lógico.

De todo lo anterior, se infieren tres consecuencias fundamentales; i) el acto de notificación lleva implícita una obligación de resultado para que no se vea afectado el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados, ii) como la normativa impone al obligado al trámite de la notificación la obligación de acreditar que ha cumplido con ésta, será precisa la interposición de tercerías que expidan documento acreditativo de que el trámite se ha cumplido según lo preceptuado y iii) de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, los procedimientos de notificación electrónica que se establezcan han de mantener la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992 (obligación de resultado y acreditación).

2. SOBRE LA DIRECCION ELECTRÓNICA HABILITADA (DEH)

Una vez analizados los requisitos normativos que afectan a las notificaciones electrónicas administrativas, entiendo conveniente el análisis crítico del principal procedimiento de notifica-

ción electrónica utilizado hasta la fecha por los órganos administrativos; la Dirección Electrónica Habilitada.

Sobre este procedimiento de comunicación hay en mi opinión dos cuestiones especialmente preocupantes: i) la prestación de estos servicios en régimen de libre competencia y ii) la constitucionalidad del procedimiento utilizado.

Sobre la prestación de los servicios de notificación-e administrativa en régimen de libre competencia

Conviene de entrada poner de manifiesto que los servicios de notificación electrónica no son servicios postales sino de la sociedad de la información. En consecuencia, no resulta de aplicación la reserva establecida en la Ley 43/2010 de 30 de diciembre (Ley postal) a favor de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. Para acreditarlo, basta acudir al art. 4 –ámbito de aplicación– de esta norma, que dice:

La creación de estas tercerías no debe servir de disculpa para el establecimiento de monopolios a favor de las sociedades estatales ni para menoscabar las garantías constitucionales de los ciudadanos españoles.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los servicios realizados en régimen de autoprestación, así como los servicios relativos a los envíos sin dirección postal del destinatario.

Los manejos para sostener artificialmente la sociedad estatal no terminan con lo comentado. Se extienden también al mantenimiento de un derecho exclusivo y excluyente a favor de Correos que consiste en la caprichosa asignación a ésta de una presunción de veracidad y fehaciencia en los envíos cursados a través del operador estatal, que ha sido denunciado por la jurisdicción administrativa y por el Tribunal de Defensa de la Competencia sin que, hasta la fecha, los reproches judiciales hayan ocasionado un cambio de actitud que impida la instauración de un régimen de monopolio a favor de la Sociedad Estatal en el ámbito de las notificaciones administrativas.

Sobre la constitucionalidad de la Dirección Electrónica Habilitada

También merece análisis específico la constitucionalidad del procedimiento establecido. Dos son las cuestiones que me llevan a decantarme categóricamente por su inconstitucionalidad.

La primera es obvia. Tal y como se ha comentado en este artículo, el obligado al trámite (la Administración) tiene que acreditar el cumplimiento del mismo. También se ha dicho que la forma de lograr lo antedicho es mediante la interposición de una tercería. El concepto de tercería implica necesariamente que ese tercero lo sea de verdad. Que esté desvinculado de las

partes que intervienen en el acto comunicativo. En el caso que nos ocupa, la DEH está gestionada por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, que es 100% de Estado. En consecuencia, la dependencia de una y otra es clara. Por poner un claro y reciente ejemplo. En los presupuestos generales del estado de este ejercicio, el Ministerio de Fomento ha asignado más de 500 millones de euros para cubrir las pérdidas de la Sociedad Estatal. Conociendo estos datos, ¿alguien puede pensar que estamos ante una auténtica tercería? ¿Cómo reaccionarían los jueces si acreditásemos el cumplimiento de una obligación exclusivamente a través de la testifical de un hijo?

La segunda también lo es. Con este procedimiento se sustituye la notificación personal por una notificación edictal. No se remite lo comunicado a la dirección personal del administrado, donde accede todos los días, sino que se cuelga de un buzón de asignación estatal. Lo grave de la situación es que se impone al administrado una responsabilidad “in vigilando”, produciéndose

una suerte de inversión de la responsabilidad probatoria. Si el administrado no accede a la DEH en el plazo de 10 días, padece las consecuencias jurídicas de toda índole derivadas de no acceder. Se le da por notificado.

CONCLUSIÓN

Los actos de comunicación interpersonales en la actualidad son casi siempre electrónicos. En consecuencia, los actos de comunicación para que sean eficaces deberían cursarse también a través de canales electrónicos. Sin embargo, el entorno digital es un entorno muy frágil desde un punto de vista probatorio, por la intrínseca facilidad de manipulación de los ficheros electrónicos. La forma de solucionar esta contingencia es mediante la interposición de tercerías electrónicas.

No obstante lo anterior, la creación de estas tercerías no debe servir de disculpa para el establecimiento de monopolios a favor de las sociedades estatales ni para menoscabar las garantías constitucionales de los ciudadanos españoles. ■

JOSÉ MARÍA ANGUIANO
Vicepresidente
LOGALTY
Socio
GARRIGUES