

NATURALEZA, CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA*

ISAAC MARTÍN DELGADO
Profesor Contratado-Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA EN EL MARCO DE LAS CONCEPCIONES CLÁSICAS DE ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO: 1. *Los planteamientos doctrinales surgidos recientemente*. 2. *El —posible— encaje de la actuación administrativa automatizada en la teoría del órgano y en el concepto tradicional de acto administrativo*: A) Las concepciones clásicas. B) El órgano administrativo y el acto administrativo en la LAE. C) Un intento de conciliación: a) La validez de la teoría clásica de órgano administrativo. b) La vigencia del concepto clásico de acto administrativo.—III. EL CONCEPTO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. *El concepto de actuación administrativa automatizada*. 2. *El ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada*.—IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA: 1. *Consideraciones generales*. 2. *La necesidad de habilitación normativa previa*. 3. *La determinación del órgano competente para la aprobación, diseño y gestión de la aplicación empleada en la actuación automatizada*: A) Determinación y publicidad del órgano encargado del diseño y gestión de la aplicación informática. B) Publicidad (y aprobación) de las especificaciones y programas. C) El problema de la determinación del órgano responsable de la aprobación de la aplicación informática. 4. *La autenticación del ejercicio de la competencia*. 5. *Los requisitos de archivo de los actos administrativos en soporte electrónico*. 6. *Los vicios de la actuación administrativa automatizada y su control en vía administrativa y judicial*: A) Los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos electrónicos adoptados de forma automatizada y las consecuencias de su incumplimiento. B) El control de los actos administrativos en vía administrativa. C) El control de los actos administrativos en vía judicial.

RESUMEN

La actuación administrativa automatizada se define en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, como «actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular». Ello ha llevado a la mayor parte de la doctrina administrativista a plantear la posibilidad de la superación de la teoría del órgano y la redefinición del concepto de acto administrativo, ya que la total ausencia de intervención de persona física en la adopción de una resolución administrativa parece no encajar en la construcción dogmática de ambos conceptos. En el artículo se mantiene que es posible constatar la vigencia de la teoría del órgano como unidad administrativa que tiene asignadas funciones de cuyo ejercicio se derivan efectos jurídicos frente a terceros, y de la teoría del acto administrativo como declaración de un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa. Ello no conduce, sin embargo, a entender que la implantación de las nuevas tecnologías en la organización y la actuación de las Administraciones públicas carezca de efecto alguno. Antes al contrario, de ello se derivan consecuencias que afectan no al concepto de órgano o de acto (y, por tanto, no al concepto de actuación administrativa automatizada), sino

* El presente trabajo se inserta en la Ayuda a la Investigación, concedida por la Universidad de Castilla-La Mancha, PL20091301: «La actuación administrativa automatizada: concepto y régimen jurídico».

a su régimen jurídico. Tanto el concepto como el régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada son el objeto de análisis del presente artículo.

Palabras clave: Administración electrónica; actuación administrativa automatizada; órgano administrativo; acto administrativo; discrecionalidad.

ABSTRACT

The concept of automated administrative decision is defined under the Ley 11/2007, of 22nd of June, on electronic access for citizens to public services, as the «*administrative decision produced by a duly programmed informational system without intervention of any person in each singular case*». As consequence, legal literature has defended the possibility of overcoming the so called «theory on the administrative body» and to redefine the concept of administrative act: the absence of human intervention in the adoption of administrative decisions is not coherent with the dogmatic construction of both concepts. This article supports the maintenance of the classical concepts of administrative body and administrative act and, at the same time, analyses the changes in the legal regime of the administrative decisions adopted by a virtual machine.

Key words: Electronic Administration; automated administrative decisions; administrative bodies; administrative act; discretionary powers.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

«*Hablar hoy de Administración Pública es hablar necesariamente de administración electrónica*». Esta afirmación, realizada por la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se aprueba la imagen promocional de las actividades de administración electrónica y se establecen criterios para su utilización (Orden APU/959/2003, de 11 de abril), pone de manifiesto una realidad: la aparición de nuevas tecnologías ha dado lugar a una revolución tecnológica de indudables consecuencias en el ámbito económico y social que está afectando a la Administración y, con ello, a la propia forma de entender el Derecho administrativo¹.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAE), ha venido a llenar uno de los más amplios espacios necesitados de regulación de todo el ordenamiento jurídico-administrativo. Regula con carácter general el empleo de las nuevas tecnologías en la Administración pública, tanto en su organización como en sus formas de actuación, y lo hace con decisión y, en términos generales, acierto.

Aun así, siendo cierto que ha colmado lagunas normativas y que ha configurado una base legal lo suficientemente sólida como para conseguir impulsar la implantación definitiva de la Administración electrónica en nuestro

¹ Para una profundización acerca de la influencia de las TIC en la Administración pública puede verse mi trabajo «La Administración electrónica como reto del Derecho Administrativo en el siglo XXI», en GARCÍA COSTA y PARDO LÓPEZ (Dir.), *Los retos del Derecho en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 309 a 338.

país, no menos cierto es que son aún muy numerosos los retos dogmáticos y jurídicos que quedan pendientes de ser afrontados.

No existe una definición normativa de Administración electrónica. La LAE ha desaprovechado una excelente oportunidad para regular este concepto. Sin embargo, una lectura de su articulado pone de manifiesto que comparte la definición que, de todas las ofrecidas, mayor éxito ha tenido: aquella en virtud de la cual por Administración electrónica se entiende «*el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas*»².

La Administración electrónica, de este modo, no es más que la combinación entre TIC y Administración con la finalidad de mejorar la satisfacción del interés general. No se introduce con ella un modelo de Administración que rompa radicalmente con el anterior. La Administración sigue siendo Administración, organización pública privilegiada que tiene como finalidad la satisfacción del interés general. Lo que varía son sus formas: tanto la organización administrativa como el ejercicio de la función administrativa quedan marcadas por el empleo de las nuevas tecnologías, con todo lo que ello significa. De la misma manera, el procedimiento administrativo electrónico no es diferente del procedimiento administrativo común, sino el resultado de la aplicación al mismo de las TIC³, con las nuevas oportunidades para el mejor cumplimiento del principio de eficacia que ello trae consigo.

La Administración electrónica, como anticipábamos, trae consigo nuevos retos. Uno de los más importantes —que constituye el objeto de este estudio— es el relativo a la construcción del concepto y del régimen jurídico de la actuación administrativa realizada íntegramente por medios electrónicos, sin intervención de persona física, denominada en la LAE actuación administrativa automatizada.

Se trata de una institución jurídica ya existente en nuestro ordenamiento con anterioridad a esta Ley. Efectivamente, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), contempla en su artículo 96 —bajo el título de «Utilización de tecnologías informáticas y telemáticas»— el empleo por parte de la Administración tributaria de las nuevas tecnologías en el desarrollo de su actividad y para el ejercicio de sus competencias. Concretamente, en el tercer apartado de ese mismo artículo hace una mención directa a la posibilidad de adopción de decisiones de forma automatizada, al precisar que «*cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada*

² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, COM (2003) 567 final, pág. 7. Sobre el concepto y, en general, el origen de la Administración electrónica, vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007, págs. 79 a 100.

³ Comparte esta afirmación PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos. A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 52.

se garantizará la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse».

A pesar de que han transcurrido varios años desde la entrada en vigor de esta previsión normativa, ahora ampliada al conjunto de la actuación de las Administraciones públicas, son muchas las cuestiones que quedan por resolver. Además, la LAE no se ha atrevido a ofrecer un mayor desarrollo de esta posibilidad, sino que se ha limitado simplemente a reproducir, si bien con alguna variación más o menos relevante, lo que ya se decía en la LGT⁴.

Al análisis sobre qué es, cómo se define y de qué forma queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico la actuación administrativa automatizada se dedicarán estas páginas.

II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA EN EL MARCO DE LAS CONCEPCIONES CLÁSICAS DE ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO

1. *Los planteamientos doctrinales surgidos recientemente*

La actuación administrativa automatizada se define en la LAE (en su Anexo de definiciones) como «*actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*». Ello ha llevado a no pocos autores a plantear la posibilidad de la superación de la teoría del órgano y la redefinición del concepto de acto administrativo.

Efectivamente, y dicho de forma muy resumida, la total ausencia de intervención de persona física en la adopción de una resolución administrativa parece no encajar en la construcción dogmática de ambos conceptos. El órgano administrativo es el resultado de una agrupación de funciones en torno a la persona de su titular; el acto administrativo es una declaración de voluntad, cualidad exclusiva del ser humano. En la actuación automatizada la función la ejerce una máquina y el acto resultante, como producto de una máquina, no puede ser entendido como expresión de voluntad, porque carece de ella.

El primero en plantearse esa cuestión —como también ha sido el primero en estudiar tantas otras cuestiones relacionadas con el mundo de la Administración electrónica— ha sido VALERO TORRIJOS. En su opinión, la adopción de los actos administrativos como resultado de un proceso automatizado en el que se ha desplazado completamente toda intervención humana directa «produce una quiebra del elemento subjetivo del acto administrativo en la medida en que no existe una intervención inmediata del titular del órgano en la determinación de su contenido, por lo que difícilmente cabe imputarle de forma directa la producción del acto incluso en el caso de que estampa

⁴ Llama la atención en este sentido que la Exposición de Motivos de la LAE no dedique ningún comentario a la actuación administrativa automatizada.

personalmente su firma en el mismo dado que se limita a validar formalmente la respuesta elaborada por un sistema automatizado»⁵. Esa ruptura, en su opinión, no encaja con la configuración actual del concepto de órgano administrativo y el rigorismo de las normas en cuanto al ejercicio de la competencia por el mismo.

VALERO no ha sido el único estudioso en realizar afirmaciones de este tipo. URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO comparten esta misma preocupación⁶.

En esta misma línea, DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO hablan de una quiebra en el concepto tradicional de acto administrativo como instrumento que encierra una manifestación de voluntad, conocimiento o juicio del órgano administrativo⁷.

En un punto intermedio se encuentra PALOMAR OLMEDA, quien plantea dos soluciones teóricas: reconducir la responsabilidad final del acto administrativo al órgano encargado de aprobar el sistema de información, en aras del principio de seguridad jurídica; o imputar la actuación al órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia y que habría adoptado la decisión de no haber hecho uso de medios electrónicos⁸. Finalmente, se pronuncia a favor de esta última⁹.

En mi opinión, la actuación administrativa automatizada resulta perfectamente compatible con la teoría del órgano y con el concepto actual de acto administrativo.

⁵ *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pág. 73. Este planteamiento ya se contenía en la primera edición de este libro, publicada en 2004.

⁶ «Los límites a la utilización del sello del órgano por parte de las Administraciones Públicas en la Ley 11/2007», Comunicación presentada a las Jornadas Tecnimap, celebradas en Gijón del 27 al 30 de noviembre de 2007, pág. 4, disponible en www.tecnimap.es (última fecha de consulta: 4 de enero de 2009). En la pág. 7 de esta Comunicación afirman que se quiebra la tradicional concepción de acto administrativo y, en la pág. 10, que la introducción de esta posibilidad lleva a una necesaria reforma de la teoría general del órgano administrativo.

⁷ «Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica tributaria», Comunicación presentada en las Jornadas Tecnimap, celebradas en Sevilla del 30 de mayo al 2 de junio de 2006, pág. 7, disponible en www.csi.map.es/csi/tecnimap/tecnimap_2006/01T_PDF/regulacion%20de%20la%20informatica.pdf (última fecha de consulta: 30 de enero de 2009).

Esta misma idea ha sido reiterada en ulteriores trabajos de estos mismos autores: «Hacia una nueva regulación de la Administración electrónica: especial referencia al ámbito tributario», *Revista de Derecho Informático*, núm. 105, 2007, y «La actuación administrativa automatizada. Algunas experiencias en el ámbito tributario», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, 2007.

⁸ *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, *op. cit.*, págs. 49 y 50.

⁹ Entiende que «el legislador procedimental no ha querido reconcebir la teoría del órgano sino exclusivamente imputar al que resulte competente, de conformidad con las reglas generales, los efectos de los actos o de los trámites realizados en el marco de un procedimiento tramitado electrónicamente que cumpla los requisitos generales en igualdad de configuración con lo que ocurriría en cualquier otro procedimiento que no se tramite de forma electrónica». *Ibidem*, pág. 68.

2. *El —posible— encaje de la actuación administrativa automatizada en la teoría del órgano y en el concepto tradicional de acto administrativo*

A) *Las concepciones clásicas.*

El artículo 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPC), dispone en su primer apartado que «[L]os actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido». Por su parte, el artículo 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, establece que «[t]endrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo».

Ambas definiciones legales condensan miles de páginas escritas en torno al concepto de órgano administrativo.

En nuestro país ha sido el profesor SANTAMARÍA PASTOR quien mayor atención ha dedicado a la reflexión sobre esta cuestión. En un profundo y documentado estudio¹⁰, explica cómo la teoría del órgano es tributaria del dogma de la personalidad jurídica del Estado y busca conectar las actuaciones de la Administración pública llevadas a cabo por las personas físicas que se integran en su organización con la persona jurídica que es el Estado. Tras analizar las distintas corrientes doctrinales sobre la cuestión y mostrar su escepticismo al entender que, aún hoy en día, continuamos sin una tesis comúnmente aceptada, concluye que órgano es «un centro funcional unificado, de estructura interna compleja, cuya actividad se imputa a la persona jurídica en que se integra». Son dos, por tanto, los aspectos esenciales: la unificación funcional y la imputación. Una y otra tienen lugar a través del elemento de la titularidad del órgano: «la voluntad y los actos de dicha persona devienen en voluntad y actos del ente público en la medida en que desarrolla las funciones de que ha sido investida»¹¹. En definitiva, «la figura del órgano (...) no es sino un artificio técnico para explicar jurídicamente la traslación de los actos (o de sus efectos) realizados por los servidores de una persona pública a la esfera jurídica de ésta»¹².

Conectando las posiciones doctrinales con las definiciones normativas hoy vigentes en nuestro país, podemos afirmar que un órgano administrativo es el resultado de la agrupación de funciones administrativas en atención de criterios organizativos en torno a una persona, designada como titular del mismo, cuyo ejercicio —el resultado del mismo— se imputa directamente al conjunto de la organización. En palabras del maestro italiano SANTI RO-

¹⁰ «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, 1984 (cito por la versión electrónica de la Revista).

¹¹ *Ibidem*, pág. 11.

¹² *Ibidem*, pág. 22.

MANO, «es el ente mismo visto desde la perspectiva del conjunto de atribuciones que tiene encomendadas»¹³. Se trata, pues, de una construcción organizativa basada en criterios normativos.

Si se ha afirmado que mucho se ha escrito sobre la teoría del órgano, con mayor motivo puede realizarse esta misma afirmación en relación con el concepto de acto administrativo. En lo que interesa a este estudio, basta con señalar que son dos las grandes definiciones de acto administrativo hoy seguidas en nuestro sistema. La primera de ellas, puramente legal, responde a una concepción procedimentalista: acto administrativo es toda actuación de una Administración pública sometida a Derecho administrativo. Es la que sigue el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). La segunda, de carácter doctrinal, tiene su origen en el maestro italiano G. ZANOBINI, y entiende el acto administrativo como declaración de voluntad, conocimiento, juicio o deseo, realizada por la Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria¹⁴.

B) *El órgano administrativo y el acto administrativo en la LAE.*

Cuando se habla de Administración electrónica (y el caso de la actuación administrativa realizada por medios electrónicos no es una excepción), no debe perderse de vista que ésta se define como el uso de las TIC en el ejercicio de la función administrativa y que, por tanto, no implica una nueva Administración en sustancia, sino una Administración diferente en las formas. Debe, pues, tenerse muy presente la definición ofrecida al inicio de estas páginas.

La LAE contiene numerosas referencias tanto a los órganos administrativos como a los actos administrativos a lo largo de su articulado. Sin embargo, en todas ellas lo electrónico es accesorio y el concepto tradicional es lo esencial. En otras palabras, la Ley no redefine ni el concepto de órgano ni el concepto de acto administrativo. No crea la figura del órgano administrativo electrónico, sino que habla del empleo de medios electrónicos por parte de los órganos administrativos en el ejercicio de las funciones encomendadas; el órgano sigue siendo el mismo, pero ejerce sus funciones por medios distintos de los convencionales. Tampoco inventa el concepto de acto administrativo electrónico, sino que hace referencia al uso de las nuevas tecnologías en la actuación de la Administración y en el procedimiento administrativo; el acto administrativo se plasmará en un documento electrónico, pero la información, el contenido del acto, seguirá siendo la misma.

¹³ *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libraia, Milán, 1912, pág. 77. Su maestro, V. E. ORLANDO, había definido el órgano como el «conjunto de tareas que el Estado encomienda a una persona física con la finalidad de cumplir una función que pertenece al propio Estado, con una finalidad pública, esto es, en el interés jurídico o social de la colectividad». *Principii di Diritto Amministrativo*, Manuali Barberà, Florencia, 1919, pág. 43.

¹⁴ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 540.

La prueba de ello se condensa en su artículo 33, según el cual «[l]a gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración Pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad». El hecho de que la resolución administrativa sea materialmente adoptada por un ordenador en ejecución de una aplicación informática especialmente diseñada a tal fin y plasmada en un soporte diferente influye sobre la forma, pero no sobre la sustancia. Órgano administrativo y acto administrativo continúan siendo concebidos de la misma manera¹⁵.

C) *Un intento de conciliación.*

Expresado de una manera quizás excesivamente sucinta, los elementos de toda actuación administrativa son tres: potestad-competencia, imputación y declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que surte efectos fuera del ámbito puramente interno de la Administración pública. A esa declaración se llega mediante el desarrollo de un proceso intelectual: producidas las circunstancias integrantes del supuesto de hecho de una norma y tras valorar el conjunto de elementos concurrentes y el cumplimiento de los requisitos exigidos por ella, se adopta una decisión que se atribuye a la concreta Administración actuante y en la que se explicitan las razones que han llevado a adoptarla.

Así ocurre cuando la decisión es adoptada por una persona física y también debe ocurrir cuando quien actúa es un sistema informático. La única diferencia radica en el proceso intelectual: mientras que en el primer caso lo realiza una persona, en el segundo se encuentra automatizado, de tal modo que la máquina decide simplemente en ejecución de los parámetros que han sido introducidos en el sistema de información por ella empleado.

Las preguntas que se están planteando son dos: de un lado, si es posible mantener la teoría clásica del órgano administrativo en el supuesto de actuación administrativa automatizada; de otro, si encaja en la concepción de acto administrativo el adoptado por medios electrónicos.

a) *La validez de la teoría clásica de órgano administrativo.*

El hecho de que la decisión haya sido adoptada por una máquina de forma automatizada no implica que la actuación se le impute a ella, sino que la autoría del acto recaerá sobre el órgano administrativo que ejerce la potestad y tiene encomendada la competencia. La imputación no deja de ser una fic-

¹⁵ Esta previsión es reiterada más adelante por el artículo 38 LAE y, en relación al uso de los sistemas de firma electrónica por el personal al servicio de la Administración, por el artículo 19. Ello debe ser leído como un intento del legislador en evidenciar que el empleo de las TIC no implica alteración competencial.

ción normativa: la autoría de una actuación llevada a cabo por una persona —o, en este caso, por una aplicación informática— integrada en un órgano de una Administración pública se atribuye a esta última porque así lo impone la ley. El nexo de unión entre la realización material de la actuación y la organización personificada es el titular del órgano administrativo que tiene atribuida la competencia ejercitada. Y, hoy por hoy, ese titular es siempre una persona que, además, debe haber cumplido dos requisitos: designación (libre o mediante procedimiento selectivo) y toma de posesión. La máquina, la herramienta informática, no deja de ser un medio material, como tantos otros, al servicio del titular del órgano. La diferencia en este caso radica en que el medio material no se limita simplemente a ayudar al titular del órgano a adoptar una decisión en el ejercicio de sus funciones, sino que procede directamente a adoptar la decisión, sin intervención alguna del titular en ese caso concreto. La conexión entre el producto decisional automatizado y el titular del órgano tiene lugar a través de la entrada en juego de la firma electrónica.

Así se deriva de lo dispuesto en los artículos 38 y 18 LAE, que dejan claro que la competencia corresponde al órgano. El primero de ellos exige que la resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos garantice la identidad del órgano competente. Ello remite al segundo, según el cual, para la identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada cada Administración pública deberá concretar sistemas de firma electrónica, entre los que se encuentra el sello electrónico de órgano o Administración, y el código seguro de verificación de firma de órgano o Administración; en ambos casos, certificado de sello electrónico y código de verificación se vinculan de un modo u otro a una persona, sea el titular del órgano o quien se encuentre en la cúspide de la Administración.

Las posibilidades de las nuevas tecnologías, si bien no son ilimitadas, sí son prácticamente imposibles de predecir. Por tanto —soy consciente de ello—, afirmar que en el futuro la concepción del órgano seguirá siendo exactamente la misma es una posición arriesgada. ¿Puede ser la máquina órgano administrativo, esto es, unidad funcional integrada en la Administración con competencia para expresar externamente su voluntad y vincular a ésta, sin intervención ni puntual ni general, ni anterior ni posterior, de persona alguna? No es difícil imaginar un Registro administrativo completamente electrónico, en el que la entrada, salida, archivo y organización de comunicaciones electrónicas estén completamente automatizadas. Tampoco un centro informático específicamente encargado de la producción de un concreto tipo de actos administrativos (pensemos en certificaciones del padrón municipal, concesión de licencias regladas o adjudicaciones en subastas electrónicas). Sin embargo, la norma siempre conectará ese órgano y su actuación con una persona física, tanto con carácter previo como con posterioridad a la actuación.

Es lo que ocurre, por señalar un ejemplo ya en funcionamiento, con la sede administrativa electrónica, definida por el artículo 10 de la LAE como «*aque-lla dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a*

una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias». A través de ella se ofrece información, pero también se prestan servicios y, por tanto, se dictan actos administrativos. Desde esta perspectiva, la sede se convierte en centro de imputación de la decisión¹⁶. Sin embargo, esa imputación es material pero no formal, porque la actividad se imputará al órgano que tiene encomendada la competencia ejercida en la adopción del acto administrativo en cuestión.

En consecuencia, lo ordinario —en el sentido de generalizado— será que la plena automatización de unidades administrativas quede integrada en el marco de las unidades auxiliares, sin capacidad para expresar externamente la voluntad de la Administración. Y aun en el caso en que la actuación tenga efectos externos y se adopte, e incluso se notifique, de forma automatizada sin intervención de persona alguna, ésta siempre se conectará con el órgano que tiene atribuida la competencia y, por tanto, con su titular.

Efectivamente, como ha sido anticipado, tal conexión viene dada por la firma del acto y la autenticación del ejercicio de la competencia. Toda actuación administrativa debe ser debidamente firmada como garantía de la identidad del autor de la misma y de que aquélla es expresión de la voluntad de éste, que asume su contenido. La actuación administrativa automatizada no es una excepción. En este caso, la firma es electrónica y, como ha sido mencionado, debe producirse mediante el empleo de dos sistemas de firma: el sello electrónico y el código seguro de verificación de firma. Aunque no es éste el momento para profundizar sobre el análisis de ambos instrumentos, interesa destacar que uno y otro pueden ser de titularidad del conjunto de la persona jurídica —la Administración actuante— o de alguno de los órganos que la forman. Sin la mediación de uno de ellos, sin la firma, no hay actividad administrativa válida, porque no existe imputación. A estos efectos es indiferente que el sello o el código sean utilizados por un funcionario, persona física, o por una aplicación informática de forma automatizada¹⁷. Lo importante es que se produce la imputación por voluntad de la norma y que se aplica la ficción consistente en atribuir a la Administración o al órgano titular del sistema de firma (y, en este caso, desde él a la Administración) la autoría de tal actuación. Si la firma es del órgano y la competencia se atribuye legalmente al órgano —que, además, no puede renunciar a ella en aplicación del artículo 12.1 LPC—, el hecho de que quien firme o quien ejerza la competencia materialmente sea un sistema de información no es relevante a efectos de conceptualización¹⁸.

¹⁶ La expresión es de GAMERO CASADO, quien califica en este sentido las sedes como «centros virtuales de imputación de la actividad administrativa», en GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 444.

¹⁷ De hecho, el segundo apartado del artículo 18, al hacer referencia a los certificados electrónicos en que se basen los sellos electrónicos, señala que éstos «*incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, pudiendo contener la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos*».

¹⁸ Comparte esta posición FABRA VALLS, según el cual la imputación de las resoluciones automatizadas a un órgano concreto a través de la identificación y autenticación del ejercicio de la competencia mediante un sistema de firma permite mantener la estructura tradicional

En definitiva, dado que lo que se automatiza es el proceso de toma de decisiones, esto es, el ejercicio de la función o las funciones asignadas al órgano y no el órgano mismo, la actuación automatizada no es sino una forma de adoptar resoluciones administrativas que ni afecta al órgano (que sigue estando integrado por personas físicas ayudadas de medios materiales y regido por su titular, también persona física) ni altera la competencia. Es el resultado de la aplicación de las TIC al proceso decisorio de la Administración pública en el marco del procedimiento administrativo, en su fase de terminación. La teoría del órgano, por tanto, sigue vigente y no hay quiebra alguna del elemento subjetivo del acto administrativo, pues la conexión entre actividad automatizada y órgano se produce a través del uso de un sistema para firmar y autenticar el ejercicio de la competencia¹⁹.

Es más, esa conexión puede apreciarse igualmente en la necesidad de que el órgano competente para adoptar la resolución apruebe los programas y aplicaciones utilizados por el sistema de información que sirve de base a la actuación administrativa automatizada. Sólo producida aquélla puede ésta entrar en juego. Se trata de una forma para controlar la corrección de las decisiones automatizadas²⁰ que será objeto de análisis más adelante.

Todo lo anterior lleva a defender igualmente la vigencia de la configuración del acto administrativo de conformidad con la teoría del negocio jurídico, actualmente mayoritaria en nuestro país.

b) *La vigencia del concepto clásico de acto administrativo.*

La pregunta que se plantea en este caso es si encaja el acto administrativo adoptado por medios electrónicos sin intervención de ser humano en el concepto tradicional de acto administrativo. Nos estamos refiriendo más en concreto a los actos que ponen fin a un procedimiento, esto es, a las resoluciones

de competencias y recursos y, por tanto, «puede mantenerse la teoría del órgano entendiendo que la imputación se produce a alguno de los órganos que tiene funciones legalmente atribuidas respecto al sistema de información que las emite». «La reforma de la Administración electrónica y su incidencia en los procedimientos tributarios», en FABRA VALLS y BLASCO DÍAZ (Eds.), *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectiva de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 264.

¹⁹ Es aquí donde radica, en mi opinión, el error del planteamiento de VALERO TORRIJOS. Para él, en la medida en que no existe una intervención inmediata y directa del titular del órgano en la determinación del contenido del acto administrativo adoptado de forma automatizada, existe quiebra del elemento subjetivo y, por tanto, «difícilmente cabe imputarle de forma directa la producción del acto incluso en el caso de que estampara personalmente su firma en el mismo dado que se limita a validar formalmente la respuesta elaborada por un sistema automatizado»; entiende, en consecuencia, que el mantenimiento de la imputación sólo es posible «cuando exista por su parte al menos una actividad de dominio y supervisión en el funcionamiento de los sistemas empleados». *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, pág. 73. Según se ha intentado justificar, dado que la voluntad que expresa un acto administrativo es una voluntad normativa y teniendo en cuenta que la imputación no es sino la atribución normativa de la autoría de un acto, basta con la conexión actuación-sello del órgano para mantener la validez de la teoría del órgano.

²⁰ Así lo entiende el propio VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, pág. 80.

administrativas, pues no se plantea duda alguna respecto de los actos de trámite, que pueden ser adoptados perfectamente por medios electrónicos sin que se planteen problemas más allá de los derivados del uso de tales medios.

En este sentido, si se acude a la clásica definición de resolución administrativa del profesor GIANNINI, según la cual ésta sería «el acto administrativo mediante el cual la autoridad administrativa actúa el interés público que tiene encomendado en el ejercicio de sus potestades y afectando a la situación subjetiva del particular»²¹, resulta evidente que dentro de la misma encaja tanto la resolución materialmente adoptada por una persona física como la realizada por una aplicación informática.

La clave de este concepto radica en la elección sobre el modo de satisfacer el interés público en el caso concreto o, dicho en otras palabras, en la voluntad del órgano.

Para determinados autores, que parten de una concepción excesivamente rigorista, no sería posible considerar resolución administrativa la adoptada de forma automatizada, porque las máquinas carecen de voluntad. Así lo entiende el profesor PARADA VÁZQUEZ, quien afirma rotundamente que «los actos administrativos son manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos y lo que reflejan no es más que el resultado de los datos y programas que se introducen en ellas, por lo que la producción jurídica sigue estando referida a los funcionarios y autoridades que se sirven de aquéllas»²².

Comparto la segunda parte de la afirmación, en cuanto que se refiere a la validez de la teoría del órgano como centro de imputación de toda actividad administrativa, también la automatizada, pero no la primera parte de la misma. Efectivamente, la voluntad de la que es expresión un acto administrativo no es una voluntad de persona física, sino voluntad procedimental, voluntad normativa, una hipóstasis²³: el órgano administrativo, a través de las personas —o, en su caso, máquinas— que lo integran, procede a emanar una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo en ejecución de una norma para la satisfacción del interés general. Cuando esa actuación es reglada, las posibilidades son claras: si se cumple el supuesto de hecho previsto en la norma, se aplica la consecuencia jurídica en ella contenida y, mediante este simple proceso, se satisface el interés general. En estos casos, tal proceso intelectual puede ser desarrollado por una persona o por una máquina, sin que ello suponga alteración alguna en el resultado final en cuanto al aspecto relativo a su definición²⁴.

²¹ *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 1988, pág. 672.

²² *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 194.

²³ Sigo nuevamente a GIANNINI, para quien esa voluntad «es el resultado de secuencias de actos de distintas unidades u órganos, cada uno de los cuales aporta sus propios juicios, valoraciones, opiniones; si la resolución, una vez adoptada, es considerada acto de una determinada persona jurídica lo es a los efectos de imputación formal, como consecuencia del principio de seguridad jurídica». *Diritto Amministrativo...*, *op. cit.*, pág. 677.

²⁴ La voluntad imputada al órgano administrativo no deja de ser una ficción. También lo es la imputación de la voluntad automatizada expresada por una máquina: la única diferencia está en el proceso de adopción de la decisión, pero no en la imputación.

Dicho en otras palabras, el acto administrativo es acto típico. Con él, el titular del órgano que tiene encomendada la competencia para el ejercicio de la potestad administrativa que se concreta en el acto no expresa su propia voluntad, sino la voluntad de la norma. Y ello ocurre también cuando la resolución es automatizada.

Llama la atención, en este sentido, que la LAE hable en todo momento de actuación administrativa automatizada, en lugar de hacer referencia a acto administrativo automatizado. La razón es sencilla —y avala la interpretación que se está argumentando en estas páginas—: lo relevante de aquélla no es el producto, que no deja de ser un acto administrativo normal y corriente, sino la forma en que se adopta, la actuación que permite llegar a ese producto final. De la misma manera en que la actuación de un funcionario en el marco de un procedimiento da lugar a un acto administrativo concreto, la actuación de una aplicación informática en el marco de un procedimiento administrativo da lugar a un acto administrativo que es electrónico, esto es, que posee un soporte diferente (digital) pero que tiene el mismo contenido.

Efectivamente, un acto administrativo adoptado —aun en su integridad— por medios electrónicos puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un contrato por subasta electrónica); en una declaración de juicio (valoración de los méritos de un candidato en el marco de un proceso de evaluación de su actividad); en una declaración de conocimiento (certificado electrónico de empadronamiento); o en una declaración de deseo (propuesta de sanción por infracción en materia de tráfico). En definitiva, un acto administrativo automatizado adoptado por medios electrónicos es igual en contenido que un acto administrativo adoptado por medios humanos. La única diferencia radica en que, como se verá más adelante, la actuación administrativa automatizada no puede ser medio de actuación en el ejercicio de todas las potestades administrativas y, por tanto, existirán determinados actos administrativos que no podrán ser adoptados de manera automatizada por medios electrónicos.

La duda que surge, una vez demostrado que el acto administrativo electrónico cumple los requisitos de la definición clásica de acto administrativo, es si también cumple el resto de exigencias de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Es de todos conocido que un acto administrativo, para resultar plenamente válido y eficaz, ha de ser ajustado a Derecho —conforme al ordenamiento jurídico y dictado en el ejercicio de una potestad por el órgano competente con arreglo al procedimiento legalmente establecido—, de contenido determinado y posible, adecuado al fin de la potestad, coherente con los hechos que le sirven de presupuesto y motivado. Pues bien, en principio y en términos generales, no parece que exista ningún obstáculo para que todos estos requisitos sean cumplidos por un acto administrativo adoptado de forma automatizada.

Es en este punto donde radica la importancia de la aplicación informática que sirve de base a la actuación administrativa automatizada a la que hace referencia el artículo 39 LAE, según el cual para este tipo de actuación «*deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos,*

para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría, del sistema de información y de su código fuente». Y es precisamente con relación a este extremo donde se plantean los límites al ámbito de aplicación de las posibilidades de la actuación administrativa automatizada: tal automatización no puede desarrollarse respecto de todo tipo de actividad administrativa, sino sólo respecto de aquella que supone ejercicio de potestades regladas o, al menos, de baja discrecionalidad, en los que es posible la parametrización de las posibilidades de actuación del órgano administrativo competente. La cuestión será tratada más adelante.

En conclusión, toda persona jurídica —también la Administración— necesita con carácter general de personas físicas que realicen materialmente las actuaciones que pueden-deben llevar a cabo. Esa actividad material, y aquí radica la novedad, puede ser actualmente desarrollada por un ordenador en ejecución de una aplicación informática específicamente creada y configurada para ello. Pero esto es irrelevante para la teoría del órgano, pues la actuación se sigue imputando al órgano que tiene encomendada la competencia, que es además quien firma el acto; y también lo es para la concepción del acto administrativo, pues su contenido puede ser el mismo. La única diferencia radica en que la conexión no tiene lugar a través de la intervención directa del titular del órgano, sino mediante el empleo de un sistema de firma²⁵.

La constatación de la vigencia de la teoría del órgano como unidad administrativa que tiene asignadas funciones de cuyo ejercicio se derivan efectos jurídicos frente a terceros y de la teoría del acto administrativo como declaración de un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa no conduce, sin embargo, a entender que la implantación de las nuevas tecnologías en la organización y en la actuación de las Administraciones públicas carezca de efecto alguno. Antes al contrario, de ello se derivan consecuencias, pero no sobre el concepto de órgano o de acto (y, por tanto, no sobre el concepto de actuación administrativa automatizada), sino sobre su régimen jurídico, puesto que la LAE exige el cumplimiento de toda una serie de condiciones adicionales que influyen sobre la validez y la eficacia de los actos administrativos adoptados de forma automatizada: identificación y autenticación; habilitación normativa previa; aprobación y publicidad de los programas y especificaciones empleados; o notificación electrónica.

Antes de proceder a su análisis, no obstante, resulta conveniente delimitar el concepto y el ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada.

²⁵ Como precisa LINARES GIL, el acto puede imputarse directamente a un órgano administrativo o, incluso, a una Administración pública. «Identificación y autenticación de las Administraciones públicas», en GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS, *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 310. Esto es lo que explica que la LAE, al regular los sistemas de identificación y autenticación del ejercicio de la competencia en los casos de actuación administrativa automatizada, permita el uso indistinto de diferentes alternativas de firma: sello de órgano o de Administración y código seguro de verificación de firma de órgano o de Administración.

III. EL CONCEPTO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. *El concepto de actuación administrativa automatizada*

Como fue anticipado, la letra a) del Anexo de definiciones de la LAE (al cual hay que acudir en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, que remite a él para comprobar el sentido de las distintas expresiones contenidas en la Ley) define la actuación administrativa automatizada como «*la actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*».

Las palabras empleadas en el Anexo no pueden ser más iluminadoras: la actuación administrativa automatizada es, desde la perspectiva de su naturaleza, actuación administrativa, es decir, actividad llevada a cabo por una Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa en función de las competencias que tiene encomendadas. La diferencia respecto a cualquier otra actividad realizada por medios convencionales radica precisamente en su fuente de producción. En este caso, la producción corresponde a un sistema de información programado y no a una persona física. Ahora bien, la ausencia de persona física no es total, sino «*en cada caso singular*», esto es, en cada concreto supuesto en que se hace uso de ese sistema de información para desarrollar la correspondiente actuación administrativa exigida por el ejercicio de la potestad.

Son tanto ese carácter administrativo de la actuación como la inclusión del inciso «*en cada caso singular*» elementos que confirman la imputación de su autoría a una Administración y, con ello, la validez de la teoría del órgano y la validez del concepto clásico de acto administrativo.

Así pues, actuación administrativa automatizada es toda declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo realizada por una Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa mediante el empleo de un sistema de información adecuadamente programado, y adoptada en el caso concreto sin necesidad de intervención de una persona física.

La consecuencia de esta definición es que la actuación administrativa automatizada, junto con los preceptos que integran el contenido de la LAE, se regirá por los recogidos en la LPC con carácter general para toda actuación administrativa.

2. *El ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada*

El Anexo de definiciones, tras definir qué se entiende por actuación administrativa automatizada, precisa que la misma «*[i]ncluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación*».

Es claro, pues, que la automatización de actuaciones administrativas no se refiere sólo al momento decisorio, sino a todas las actuaciones administrativas que puedan darse en el marco de un procedimiento administrativo²⁶. Además, junto con lo anterior, también resulta manifiesto —como no podría ser de otro modo— que no cabe automatización del ejercicio de la potestad reglamentaria, dado que sólo se habla de actos administrativos.

Sin embargo, es preciso ir más allá y concretar los límites en los que debe moverse la automatización de la actividad administrativa.

Un primer límite a las posibilidades de la actuación administrativa automatizada es el que se deriva del carácter de la actividad: aquélla sólo podrá ser empleada en el marco de la actividad administrativa formalizada, es decir, en el marco de un procedimiento administrativo, puesto que la máquina sólo podrá llevar a cabo actuaciones jurídico-formales, y nunca aquellas otras que sean puramente materiales²⁷.

El segundo límite, y sin duda alguna el principal, es el que viene determinado por la naturaleza de la potestad ejercida.

Efectivamente, como muy bien expresa VALERO TORRIJOS, es necesario atender a la naturaleza de la potestad ejercida, de tal modo que cuando el acto tenga carácter estrictamente declarativo o certificador cabe admitir sin problemas su completa automatización, algo que no siempre ocurre cuando aquél posea efectos constitutivos de una relación jurídica, supuesto en el que habrá que tomar en consideración el carácter discrecional o reglado de la potestad. En su opinión, sólo en este último caso cabe la automatización²⁸.

Para URÍOS y ALAMILLO, «la resolución automatizada de procedimientos administrativos habría de ser excepcional y debidamente justificada», lo que también les lleva a excluir esta posibilidad allí donde exista discrecionalidad y a limitarla, en consecuencia, a los supuestos reglados. No obstante, van más allá y señalan que esa misma exclusión debe tener lugar igualmente «en todos aquellos supuestos en que exista un elemento subjetivo, valoración o motivación en la actuación administrativa, pues en caso contrario, se estarían vulnerando los principios generales del procedimiento administrativo y, por

²⁶ No distinguiremos a lo largo de estas páginas entre actos definitivos y actos de trámite automatizados. Con carácter general, las consideraciones que se realizan a lo largo de las mismas son aplicables a las resoluciones administrativas, aunque en algunos momentos se hará referencia también a actos de trámite.

²⁷ O, en todo caso, mixtos. Pensemos, por ejemplo, en la remisión de un documento solicitado por otra Administración o en la notificación telemática. Se trata de actuaciones que implican —cuando se hacen por medios ordinarios— una actividad material (desplazamiento), actividad que, en su versión electrónica, supone desplazamiento pero susceptible de ser asumido por la red. Aun así, desde el punto de vista jurídico, son actividades formales.

²⁸ *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, págs. 74 y 75. En esta misma línea, LINARES GIL, «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 311, y PALOMAR OLMEDA, «Gestión electrónica de los procedimientos», en GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS, *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 433.

otro lado, se produciría una rebaja en los derechos de los ciudadanos que no estaría amparada por la Ley 11/2007»²⁹.

Tomando como referencia el concepto y el significado de la actuación administrativa automatizada, es claro que la mayor parte de sus posibilidades de aplicación se concentrarán en la adopción de actos administrativos de trámite³⁰ o, en todo caso, tal y como defienden DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO, siguiendo a CERVANTES³¹, en relación con procedimientos sencillos, en los que el sentido de la resolución viene determinado por la aplicación automática de unos parámetros ya delimitados y no hay margen alguno de desvío respecto de la resolución que hubiera adoptado el órgano administrativo por medios convencionales. Ello conduce a delimitar el marco del empleo de las TIC en el proceso decisorio al ejercicio de potestades regladas.

La pregunta que cabe plantearse es si cabe la actuación automatizada más allá de la actuación automática, en el sentido de reglada³². Unida a la misma es posible añadir una segunda cuestión: dado que la actuación administrativa automatizada supone parametrizar los elementos configuradores de la decisión administrativa mediante la introducción de los criterios que la aplicación informática tendrá en cuenta y manejará para la adopción de la resolución, ¿puede ello conllevar la transformación de potestades discrecionales en potestades regladas? O, dicho de otra manera, ¿resulta posible introducir en el programa informático que sirve de base a la actuación automatizada todas las eventuales variables que permiten adoptar la solución más acorde con el interés general en el caso concreto, sin necesidad de examinar las circunstancias específicas concurrentes en el mismo en el momento de aplicar la norma?

Es evidente que si se circunscribe el ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada exclusivamente al campo de las potestades regladas no ha lugar a la duda. Sin embargo, no debe descartarse el uso de sistemas de información en el ejercicio de potestades discrecionales en las que

²⁹ URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO, «Los límites a la utilización del sello del órgano...», *op. cit.*, págs. 8 y 9, respectivamente.

³⁰ A modo de ejemplo, URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO incluyen en su trabajo una serie de supuestos en que cabe el uso del sello de órgano. La mayor parte de ellos son actos de trámite: expedición de recibos de presentación de documentación por parte del registro electrónico; actos automáticos de impulso del procedimiento; actuaciones de comprobación; foliado automático de expedientes administrativos electrónicos; apertura y cierre de libros electrónicos; emisión de copias auténticas de documentos electrónicos; digitalización de documentos en soporte papel; actos de comunicación por medios electrónicos; migraciones y cambios de formato automáticos; o intercambio de datos entre Administraciones en entornos cerrados. En realidad, sólo mencionan un acto resolutorio: la expedición de certificaciones administrativas. «Los límites a la utilización del sello del órgano...», *op. cit.*, págs. 10 y 11.

³¹ «Regulación de la informática decisional...», *op. cit.*, pág. 7.

³² La expresión «automática» en relación con el carácter reglado del acto es de LINARES GIL, para quien «mientras que la *actuación automatizada* puede entenderse como la producción de actos administrativos (de trámite o resolutorios) mediante sistemas de información adecuadamente programados y sin la intervención directa en el acto concreto de una persona humana (informática decisional), la *actuación automática* pretende enfatizar una actuación reglada sin margen de discrecionalidad administrativa». «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 306.

la discrecionalidad sea de baja intensidad. Me estoy refiriendo, en concreto, a la discrecionalidad técnica. No es difícil parametrizar en estos casos. Los méritos que reúne el aspirante a una plaza de funcionario público o la puntuación que debe obtener una oferta para la adjudicación de un contrato administrativo, aun cuando son susceptibles de valoración por el órgano llamado a concretarlos, tal valoración, técnicamente hablando, puede ser llevada a cabo por una máquina en uso de una aplicación informática debidamente configurada. En consecuencia, también cabría la automatización de la decisión en el ejercicio de una potestad administrativa discrecional cuando la libertad decisoria se concreta en criterios técnicos y no políticos.

Efectivamente, la discrecionalidad debe ser entendida, como hace DESDENTADO DAROCA, como *modus operandi*: el ordenamiento jurídico encomienda a un órgano administrativo en cuestión la realización de elecciones —políticas, científicas, técnicas, etc.— para la satisfacción del interés público dentro de un ámbito de poder de decisión reconocido y atribuido por el propio ordenamiento, con el límite del respeto a la legalidad³³. Es, pues, un instrumento para el ejercicio de una función constitucionalmente encomendada³⁴. De esta forma, siguiendo a PAREJO, la Administración posee libertad para valorar la concurrencia de los hechos que integran el supuesto de hecho habilitante de la norma, para decidir si, concurriendo el supuesto, actúa o no actúa (discrecionalidad de actuación) y, en caso afirmativo, determinar por cuál de entre las distintas alternativas legítimas opta (discrecionalidad de elección)³⁵. Por tanto, la discrecionalidad abarca no sólo la elección de una consecuencia jurídica de entre las distintas posibles e igualmente legítimas, sino también la elección de los propios criterios determinantes de esa consecuencia jurídica³⁶.

En cierto modo, dado que —insisto en ello— la discrecionalidad implica también la elección de los criterios que va a tener en cuenta el órgano administrativo actuante a la hora de decidir en ejercicio de la potestad que tiene encomendada, podría entenderse que la parametrización de la discrecionalidad técnica, en los supuestos en que resulte viable, supone adelantar esos criterios del momento de la decisión al momento de la programación del sistema de información que se va a encargar de valorarlos. No hay, pues, transformación de potestad discrecional en potestad reglada, sino anticipa-

³³ *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997, págs. 69 y 80.

³⁴ Y, como instrumento, posee carácter limitado en función de su ámbito de actuación y de su propio carácter instrumental. En este sentido, DESDENTADO, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico...*, op. cit., pág. 59.

³⁵ *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 122.

Igualmente, BACIGALUPO, que define la discrecionalidad administrativa «como *margin de volición* para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse». *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 116.

³⁶ Así, BACIGALUPO, *ibidem*, pág. 183.

ción de una parte del ejercicio de la discrecionalidad y cambio en quien se encarga materialmente de la valoración de los criterios. La adopción de decisiones de forma automatizada en ejercicio de potestades de baja discrecionalidad es posible.

No debe olvidarse que la LAE consagra el principio de proporcionalidad en su artículo 4.g), principio que se traduce en la exigibilidad sólo de aquellas garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Por su parte, el artículo 33.1 apuesta decididamente por el impulso de la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa, siempre que ello sea técnica y jurídicamente posible. La combinación de ambos principios actúa como instrumento de ruptura de las reticencias hacia la adopción de decisiones administrativas de manera automatizada.

En conclusión, la clave para la determinación del ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada en relación con la cuestión de la discrecionalidad radica en el cumplimiento de dos presupuestos: de un lado, la inalterabilidad en la adopción de la decisión o, dicho en otras palabras, el manejo por parte del sistema de información de los mismos criterios utilizados por las personas físicas integrantes del órgano que tiene encomendada la competencia decisora³⁷; de otro, el respeto de todas y cada una de las garantías derivadas de los principios de legalidad, seguridad jurídica y defensa de los administrados. Siendo esto así, sólo cuando exista discrecionalidad política o discrecionalidad técnica no parametrizable le estará vedado a la Administración el uso de medios electrónicos en la adopción de su actuación administrativa sin intervención de persona humana.

En definitiva, deberá ser la concreta norma reguladora del procedimiento, que es la encargada de habilitar la automatización de la actuación administrativa, la que delimite su ámbito de actuación en atención a los criterios que acaban de ser expuestos.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

1. *Consideraciones generales*

Ya ha quedado dicho en las páginas anteriores que desde el momento en que el acto administrativo adoptado de forma automatizada no deja de ser

³⁷ Como muy bien expresa PALOMAR OLMEDA, la actuación administrativa automatizada, para ser válidamente emitida, debe «conseguir la representación gráfica y con una mínima seguridad de que el proceso de decisiones que se plasma en el programa contiene el conjunto de alternativas que se derivan de la aplicación de la norma en cuestión y que, por tanto, el proceso tecnológico no ha limitado el conjunto de interpretaciones sino que únicamente ha modificado al titular de dichas decisiones». En otras palabras, sólo ha de haberse producido un cambio en el aspecto operativo, pero no en el aplicativo. *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, op. cit., pág. 61.

acto administrativo y que el empleo de las TIC no influye en el reparto competencial, aquél ha de reunir todos y cada uno de los requisitos y condiciones que la LPC exige para la completa validez y eficacia de los actos administrativos. Ésta es, como ya se ha manifestado, la interpretación que ha de darse al primer apartado del artículo 33 cuando afirma que «[L]a gestión electrónica de la actividad administrativa respetará (...) el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad»³⁸.

Debe tenerse muy presente, por otro lado, que la LAE consagra el principio de legalidad, entendido como el «mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992». Las exigencias que contempla esta última en relación con la validez y eficacia de los actos administrativos son garantías para el administrado y, por tanto, el mencionado principio de legalidad debe entenderse igualmente en el sentido de aplicación a los actos administrativos electrónicos de las mismas exigencias que se aplican a los actos administrativos adoptados por medios convencionales.

Por tanto, desde esta perspectiva, acto administrativo convencional y acto administrativo totalmente electrónico coinciden en cuanto a régimen jurídico.

Ahora bien, la concurrencia de toda una serie de exigencias adicionales impuestas por la LAE a la actuación administrativa automatizada hace que el régimen jurídico de ésta posea especialidades, que son precisamente las que se van a analizar a continuación. En definitiva, la actuación administrativa automatizada posee su propio régimen jurídico, que es la suma de las exigencias predicables respecto de la actuación administrativa ordinaria y las contenidas en la LAE como requisitos específicos.

Es preciso anticipar en este momento que serán la norma que prevea la posibilidad de la actuación administrativa automatizada y el sistema de información que le sirve de base los medios de que dispone la Administración actuante para garantizar el cumplimiento de las mencionadas exigencias.

2. La necesidad de habilitación normativa previa

El acto administrativo es, por definición, un acto de naturaleza típica. Normalmente, la actividad administrativa es formalizada y se expresa después de haberse sucedido las distintas fases y haberse realizado los diferentes trámites de un procedimiento legalmente establecido. Así sucederá igualmente con la actividad administrativa automatizada, pero con una exigencia adicional: la posibilidad de expresar tal actividad por medios electrónicos, sin intervención de persona alguna, debe estar expresamente prevista y autoriza-

³⁸ Como señala PALOMAR OLMEDA, «[L]a utilización de la tecnología en el ámbito procedimental no debe ser la causa ni el elemento para la alteración de los elementos estructurales del acto administrativo». *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, *op. cit.*, pág. 49.

da con carácter previo. No basta con la habilitación genérica de la LAE, sino que la norma reguladora de cada procedimiento deberá incluir una habilitación específica.

Así se deriva de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 38 LAE, según el cual «[p]odrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto». Además, debe tenerse en cuenta que la Disposición final tercera exige en su tercer apartado la publicación de una relación de procedimientos y actuaciones adaptados a la Ley en cuanto a la posibilidad de ejercer en su seno los derechos en ella consagrados³⁹, con lo que puede concluirse que, salvo en los supuestos en los que ya se prevea expresamente, la adaptación de procedimientos a la LAE exige la revisión de las distintas normas que regulan los procedimientos de cada Administración pública. Pues bien, será ése el momento para prever expresamente en qué procedimientos y sobre qué actuaciones es posible la toma de decisiones mediante un sistema de información. No debe olvidarse, por otro lado, que el artículo 34 —encargado de prever los criterios para la gestión electrónica de los procedimientos administrativos— dispone que «[l]a aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio». Ese rediseño, aunque no se establezca expresamente, debe llevar consigo también la valoración sobre la posibilidad de terminar el procedimiento por medios electrónicos.

En definitiva, sólo cuando la normativa reguladora del concreto procedimiento, después de valorar su legalidad, oportunidad y conveniencia, prevea la posibilidad de terminar el mismo de forma automatizada mediante un sistema informático podrá hacerse uso de la actuación administrativa automatizada. En otras palabras, es necesaria una habilitación normativa previa⁴⁰.

Se trata de una cautela que responde a la lógica del ordenamiento jurídico-administrativo: como se ha analizado, no toda resolución administrativa puede ser adoptada por medios electrónicos, porque no todos los criterios que valora el órgano decisor son parametrizables, reconducibles a la inteligencia informática. La norma que habilita para el uso deberá explicitar convenientemente las razones que avalan la posibilidad de automatización del proceso decisor y, además, deberá concretar las exigencias que debe reunir el sis-

³⁹ Así lo ha hecho ya la Administración General del Estado a través del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2007, por el que se aprueba para la Administración del Estado el Plan de Desarrollo de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, disponible en http://www.060.es/guia_del_estado/programas_de_la_administracion/administracion_electronica/LAECSP_11_2007/index-ides-idweb.html (última fecha de consulta: 14 de enero de 2009).

En general, las Administraciones que están apostando por la implantación de las nuevas tecnologías en sus procesos de actuación están procediendo a elaborar catálogos de los procedimientos que se tramitan en su ámbito territorial y funcional de competencia

⁴⁰ Comparten la exigibilidad de habilitación previa LINARES GIL, «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 311, y PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, *op. cit.*, pág. 276.

tema de información en que la actuación automatizada se basa para satisfacer los requisitos legalmente exigidos para los actos administrativos. Con ello se garantiza el cumplimiento de los principios de legalidad y seguridad jurídica constitucionalmente consagrados.

3. *La determinación del órgano competente para la aprobación, diseño y gestión de la aplicación empleada en la actuación administrativa automatizada*

La normativa encargada de ofrecer respaldo legal a la actuación administrativa automatizada, sin embargo, no debe limitarse a la previsión de la mencionada posibilidad. Antes al contrario, debe abarcar igualmente, tal y como exige el artículo 38, la determinación del «*órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente*».

El artículo 4.k) de la Ley proclama como uno de los principios generales por los que se regirá la utilización de las TIC por la Administración el principio de transparencia y publicidad, que implica la difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas a través del uso de medios electrónicos. La conexión entre este principio y el deber mencionado implica una doble exigencia: de un lado, la determinación y publicidad del órgano encargado del diseño y gestión de la aplicación informática; de otro, la publicidad y aprobación de las especificaciones y programas.

A) *Determinación y publicidad del órgano encargado del diseño y gestión de la aplicación informática.*

Con esta exigencia se busca dar a conocer el concreto órgano administrativo encargado de la gestión de los medios para la adopción de la decisión administrativa de forma automatizada, absolutamente sustancial a efectos de garantizar la total independencia de actuación de la aplicación informática.

Se ha afirmado por algún autor que una de las consecuencias de la automatización de las decisiones administrativas es la no aplicabilidad de la institución de la abstención y recusación: dado que no hay persona física actuante, sino que quien tramita y resuelve es una aplicación informática, carecerá obviamente de todo interés en el asunto y, por tanto, actuará siempre de forma independiente y objetiva. La realidad nos dice que las aplicaciones informáticas se diseñan para la adopción de decisiones en un determinado procedimiento, no para un supuesto concreto, sino para la resolución de múltiples supuestos. En otras palabras, difícilmente el titular del órgano (o las personas físicas que integran sus unidades) encargado del diseño de la aplicación tendrá en cuenta su interés en un caso concreto en el ejercicio de su función programadora. Es por ello que puede afirmarse con LINARES GIL que la automatización del proceso de toma de decisiones administrativas es,

en sí misma, garantía de imparcialidad y favorece indudablemente la igualdad de trato de los administrados por parte de la Administración, así como la seguridad jurídica⁴¹.

Siendo esto así, no menos cierto es que esa actuación se produce en ejecución de los parámetros y criterios integrados en la aplicación informática que sirve de base a la máquina para adoptar la decisión: la programación del sistema informático determina el contenido de la actuación automatizada. Y tales parámetros y criterios deben ser introducidos por una persona. Es aquí donde se corre el riesgo de parcialidad y resulta, por tanto, totalmente adecuada la exigencia de que se le dé a conocer. Un riesgo menor que el que se produce cuando la decisión se adopta por una persona, pero igualmente existente. Por tanto, la abstención y la recusación continúan teniendo sentido cuando se demuestra que puede existir una relación entre el titular del órgano encargado de la programación y los asuntos que se resuelven de forma automatizada.

El problema que se deriva, en consecuencia, es cómo proceder a plantear la abstención y, en su caso, la recusación. La sustitución no debe afectar al órgano al que formalmente se le imputa la decisión administrativa, que no interviene en la configuración del sistema de información, sino al órgano encargado de la programación de la aplicación informática en cuestión. Sin embargo, dado que el programa se habrá diseñado para ser empleado en ilimitadas ocasiones —cada vez que se tramite ese procedimiento—, carece de sentido exigir que el creador-gestor de la aplicación sea sustituido por otro, porque ello implicaría diseñar una nueva aplicación informática, con los costes que ello conlleva en términos económicos y de tiempo. En consecuencia, producida causa de abstención por la especial relación entre el mencionado órgano y el fondo del asunto, procede sustituir la adopción automatizada de la decisión por la resolución a través de medios convencionales por parte del órgano que tiene encomendada la competencia. Ello salvo en el supuesto en que el órgano encargado del diseño y mantenimiento de la aplicación sea también el llamado a resolver, en cuyo caso se sustituirá al titular de éste. De otro lado, cuando se demuestre que la relación entre el titular del órgano encargado del diseño de la aplicación informática y los asuntos resueltos de forma automatizada ha afectado al sistema de información —de ahí la importancia de la publicidad de sus especificaciones y contenidos, a la que inmediatamente nos referiremos—, se procederá a la configuración de un nuevo programa para la adopción de futuras resoluciones.

Debe tenerse en cuenta que la LPC configura la abstención y la recusación como una garantía de imparcialidad, sin importarle inicialmente si, en efecto, se produce o no una resolución parcial por la especial conexión del autor de la misma con el asunto resuelto. En el diseño de las mismas sólo le preocupa la posibilidad de que tal riesgo exista. Y ese riesgo puede producirse tam-

⁴¹ Entre otros, LINARES GIL, para quien ni tiene sentido en este marco ni resulta en la práctica posible conocer *a priori* su concurrencia por el órgano responsable del sistema. «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 312.

bién en el marco de una actuación administrativa automatizada, de ahí que las garantías que implican aquéllas le sean de aplicación.

A pesar de lo afirmado, debe señalarse que la excepcionalidad de los casos en que esto ocurrirá hace que el uso de las TIC en el procedimiento administrativo no resulte perjudicado.

B) *Publicidad (y aprobación) de las especificaciones y programas.*

La segunda exigencia derivada del principio de transparencia al que antes se hacía mención es la relativa a la publicidad de las especificaciones y programas empleados en la actuación administrativa automatizada.

Esta exigencia se deriva de lo dispuesto en el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado. En concreto, su artículo 5 somete al requisito de difusión pública «[l]os programas y aplicaciones que efectúen tratamientos de información cuyo resultado sea utilizado para el ejercicio por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado de las potestades que tienen atribuidas»⁴².

La LAE no contiene ninguna exigencia en esta línea. Se limita, por el contrario, a requerir la concreción del órgano que se va a encargar de diseñar la aplicación informática utilizada en la adopción automatizada de decisiones, pero sin hacer mención alguna a la publicidad de las mismas. Es más, al derogar en su Disposición derogatoria única el cuarto apartado del artículo 45 de la LPC —que, precisamente, consagraba la obligación de aprobación previa y difusión pública de los programas y aplicaciones que fueran a ser utilizados por las Administraciones—, parece manifestar su voluntad de eliminar tal requisito. En consecuencia, se ha deslegalizado este requisito, quedando a la voluntad de cada Administración su exigencia o no.

El principio de transparencia y el principio de legalidad, sin embargo, apuntan hacia el mantenimiento de la exigencia, y la vigencia del mencionado Real Decreto así lo confirma: resulta necesario dar a conocer a los interesados en el procedimiento con base en qué criterios y de qué forma se va a adoptar la decisión finalizadora del mismo. Lo contrario podría perjudicar a su derecho de defensa⁴³ y, por tanto, ser contrario a la conservación de las ga-

⁴² Ello es así salvo, como precisa el segundo apartado, que el uso de los medios electrónicos se refiera al ejercicio de potestades de carácter auxiliar e instrumental, sin efectos jurídicos frente a terceros: «[n]o será precisa la aprobación y difusión pública de los programas y aplicaciones cuya utilización para el ejercicio de potestades sea de carácter meramente instrumental, entendiéndose por tales aquellos que efectúen tratamientos de información auxiliares o preparatorios de las decisiones administrativas sin determinar directamente el contenido de éstas».

⁴³ Así lo apunta VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración...*, op. cit., pág. 81. Yendo más allá, y también en aras de la tutela de los intereses del administrado, DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO señalan la necesidad de que el propio acto administrativo explice claramente su condición de acto automatizado con el fin de garantizar que el administrado es conocedor de tal circunstancia. «Regulación de la informática decisional...», op. cit., pág. 8. Finalmente, PALOMAR OLMEDA entiende que, al tratarse de programas que sirven al ejercicio de potestades públicas, su aprobación y difusión son requisitos formales y elementos de garan-

rantías procedimentales que proclama la propia LAE y, junto con ello, dificultar la ulterior revisión judicial, al imposibilitar la reconstrucción del entero proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo⁴⁴. Si, además, tenemos en cuenta que la motivación de una decisión administrativa automatizada estará normalmente parametrizada, resulta absolutamente razonable que sus destinatarios conozcan cómo el sistema informático ha concretado la voluntad normativa que se expresa en el acto administrativo decisorio⁴⁵ a través de la publicidad, que, precisamente por resultar más garantista, debería ser oficial⁴⁶.

Por otra parte, también calla la LAE respecto de la necesidad de aprobación de los programas y aplicaciones necesarios para la actuación administrativa automatizada, necesidad que conserva la LGT para la Administración tributaria⁴⁷. A pesar del silencio, y nuevamente en aplicación de lo dispuesto en el mencionado artículo 5 del Real Decreto, tal aprobación resulta igualmente exigible⁴⁸ pues, tal y como indica VALERO, «se trata de un requisito esencial para asegurar la plena sujeción a la Ley y al Derecho de las aplicaciones y los servicios de la Administración electrónica desde una perspectiva material, de manera que exista un control efectivo sobre el funcionamiento de este tipo de herramientas y se asegure plenamente que son los órganos administrativos quienes actúan y tienen el control de las decisiones, sin que por ello deba renunciarse a las ventajas más que evidentes que supone el uso de la tecnología»⁴⁹.

C) *El problema de la determinación del órgano responsable de la aprobación de la aplicación informática.*

He retrasado conscientemente hasta este momento la cuestión relativa a la competencia para la aprobación de la aplicación informática que sirve de base a la actuación administrativa automatizada por los problemas de compatibilidad que se plantean entre lo dispuesto en el artículo 39 LAE y el artículo 9 del Real Decreto 263/1996.

tía de que la transición de un procedimiento intelectual humano a uno mecánico se produce sin merma de los elementos centrales del acto administrativo. «Gestión electrónica de los procedimientos...», *op. cit.*, pág. 435.

⁴⁴ La afirmación es de PALOMAR OLMEDA, «Gestión electrónica de los procedimientos...», *op. cit.*, pág. 441.

⁴⁵ En cualquier caso, coincido con VALERO TORRIJOS en la valoración negativa de esta omisión por parte de la LAE. *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, pág. 79.

⁴⁶ Vid. la opinión de VALERO TORRIJOS, para quien siempre que la aplicación informática determine el contenido de la decisión material final la publicidad deberá ser oficial; en caso contrario, si se trata de resoluciones interlocutorias, bastará con la difusión pública por cualquier otro medio. *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, pág. 88.

⁴⁷ Recuérdese que también continúa en vigor el artículo 96.3 LGT, con lo que la necesidad de aprobación y publicidad se sigue predicando respecto de la Administración electrónica tributaria.

⁴⁸ Así lo entienden también URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO, «Los límites a la utilización del sello del órgano...», *op. cit.*, pág. 4.

⁴⁹ *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, págs. 80 y 81.

Como ya se ha afirmado, el primero de ellos precisa que deberá establecerse el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y auditoría del sistema informático y del código fuente de la actuación administrativa automatizada. La duda que se plantea es si ese órgano —u órganos— es competente sólo para llevar a cabo las labores que expresamente menciona el artículo o, por el contrario, también le corresponde la aprobación del sistema informático en sí. El problema surge porque el segundo de los artículos citados, que no ha sido expresamente derogado por la LAE, atribuye esta función al órgano que tiene atribuida la competencia para resolver el procedimiento⁵⁰.

En mi opinión, es posible compatibilizar ambas disposiciones entendiendo que la función que el artículo 39 está encomendando es la relativa a la gestión de la correspondiente aplicación informática —especificaciones técnicas, programación, mantenimiento y garantía de funcionamiento—, y no la de aprobación de esos programas, que, por pura lógica, corresponderá al órgano que formalmente va a hacer uso de los mismos, que es precisamente quien tiene encomendada la competencia para resolver el procedimiento. No debe olvidarse que la Ley está pensando constantemente en las dificultades técnicas que plantea el uso de las nuevas tecnologías en la actuación de la Administración pública y, por ello, trata de fomentar el aprovechamiento de los programas y aplicaciones diseñados. En este sentido, el artículo 45 regula la reutilización de sistemas y aplicaciones propiedad de la Administración, permitiendo la posibilidad de que éstos se pongan a disposición de cualquier otra Administración sin contraprestación alguna e, incluso, sin necesidad de convenio. De este modo, no será extraño que, dentro de cada Administración, el diseño de los programas y aplicaciones que vayan a ser utilizados por los órganos competentes se atribuya a uno o varios órganos especialmente preparados para ello⁵¹. La LAE, por tanto, buscaría simplemente dar a conocer los mismos para que los afectados por una actuación administrativa automatizada sepan de dónde viene la aplicación informática de que se va a hacer uso para resolver su solicitud o el procedimiento iniciado

⁵⁰ En concreto, el artículo 9 del Real Decreto establece que las aplicaciones informáticas empleadas en la adopción de resoluciones por medios electrónicos «deberán ser aprobadas mediante resolución del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia para resolver el procedimiento, debiéndose solicitar previamente la emisión de los informes técnicos que se estimen convenientes». Además, para los supuestos en que se trate de competencias compartidas entre distintos departamentos o entidades instrumentales del mismo Ministerio, la aprobación se realizará mediante Orden del Ministerio. En su caso, cuando la competencia es compartida entre departamentos o entidades de distintos Ministerios, tal función se atribuye al Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los titulares de los Ministerios afectados.

⁵¹ Y, además, que se compartan por todos los órganos de esa Administración. Un ejemplo en esta línea es la plataforma @firma de la Junta de Andalucía, cedida al Ministerio de Administraciones Públicas, que se está encargando de extenderla por todo el territorio nacional. Se trata de un instrumento técnico centralizado para la identificación y autenticación de la competencia por parte de los órganos integrados en esta Administración. La información sobre el sistema puede consultarse en <https://ws024.juntadeandalucia.es> (última fecha de consulta: 15 de enero de 2009).

de oficio en el que es interesado, pero sin alterar el sistema de reparto competencial, de tal modo que la aprobación de esa aplicación —tras el examen acerca del cumplimiento de las condiciones necesarias y de adecuación a la actuación administrativa a que va a ser aplicada— corresponderá al órgano competente para resolver el procedimiento.

Parece avalar esta solución lo dispuesto en el artículo 96.3 LGT —en el que claramente se ha inspirado el artículo 39 LAE—, que, al regular la necesidad de garantizar la identificación de los órganos actuantes, se refiere a «*los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información*».

En definitiva, resultaría necesario efectuar una distinción entre órgano competente para aprobar el sistema de información, que será aquel que tenga encomendado legalmente el ejercicio de la competencia para adoptar la resolución finalizadora del procedimiento⁵², y órgano competente para programar y supervisar la ejecución del sistema de información, que será otro diferente, capacitado técnicamente para el ejercicio de esa función⁵³.

4. *La autenticación del ejercicio de la competencia*

La seguridad de toda relación electrónica Administración-administrado es, sin duda alguna, una de las principales exigencias predicables de la Administración electrónica. De ella depende no sólo la confianza de los ciudadanos y de las propias Administraciones en el uso de las nuevas tecnologías, sino, además, la validez de las actuaciones efectuadas y de los trámites realizados por medios electrónicos.

No en vano debe recordarse lo dispuesto en el artículo 45.5 LPC, según el cual los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos gozarán de la misma validez y eficacia que los documentos convencionales, «*siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras Leyes*». Ello conduce necesariamente al contenido del artículo 29 LAE, que condiciona la validez de todo documento electrónico —y la resolución administrativa automatizada lo es— a la incorporación de una o varias firmas electrónicas.

La LAE, consciente de ello, dedica varios de sus preceptos a prever el uso de distintos sistemas de firma electrónica —tanto por los ciudadanos como por las Administraciones—, y lo hace adaptando las exigencias ya previstas por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, al mundo ju-

⁵² Comparto, pues, la opinión de VALERO, *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, pág. 86. Lo propio hace, para la Administración electrónica tributaria, FABRA VALLS, «La reforma de la Administración electrónica...», *op. cit.*, págs. 265 y 266.

⁵³ LINARES GIL añade, incluso, la posibilidad de un tercero distinto de los anteriores: el órgano encargado de llevar a cabo auditorías informáticas. «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 311. Así se interpretaría el inciso «*en su caso*» del artículo 39 LAE.

rídico-administrativo⁵⁴. En lo que ahora interesa, el artículo 13.3 contempla toda una serie de instrumentos que pueden ser empleados para la identificación electrónica de la Administración actuante y para la autenticación de los documentos electrónicos que produzca. En concreto, menciona los sistemas de firma electrónica basados en certificado seguro para identificar las sedes electrónicas; los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada; la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones; y otros sistemas de firma para su uso en entornos cerrados de comunicación entre Administraciones públicas, cuya configuración y uso dependerá de lo específicamente acordado por las partes.

En relación con la actuación administrativa automatizada, el artículo 18 LAE —en coherencia con la ausencia de intervención de persona física y con la exigencia de identificación del órgano competente para adoptar la resolución finalizadora del procedimiento que contiene el artículo 38— prevé dos instrumentos específicamente diseñados a tal fin: el sello electrónico y el código seguro de verificación.

El sello electrónico es un sistema de firma electrónica (digital o numérica) basado en certificado electrónico, que puede asociarse al conjunto de una Administración territorial o a alguno de sus órganos o entidades de Derecho público. Consiste en una serie de datos —una cadena de caracteres— que se vinculan con el órgano o Administración titular del mismo y con el contenido del documento firmado, garantizando no sólo la identidad del firmante, sino, además, la integridad del documento. Con el certificado en que se basa el sello (que es el que determina la titularidad del mismo), en definitiva, se garantizan todos los requisitos exigidos para la resolución administrativa automatizada como documento electrónico que es: integridad, confidencialidad, no repudio y autenticidad⁵⁵.

El código seguro de verificación de firma es, por su parte, un sistema de firma electrónica no basado en certificado, que también puede estar vinculado bien a la Administración o a uno de sus órganos o entidades de Derecho público, bien a una persona concreta⁵⁶ (la que firma el documento). La lógica de su funcionamiento es la misma que la del sello electrónico: a través del

⁵⁴ Para un estudio en profundidad de los sistemas de identificación y autenticación de los ciudadanos ante la Administración pública puede verse MARTÍN DELGADO, «Identificación y autenticación de los ciudadanos», en GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS, *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 317 a 368.

⁵⁵ Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, el sello de órgano no es, en puridad, firma electrónica tal y como se configura en la LFE —aunque, evidentemente, le serían aplicables las disposiciones generales de régimen jurídico en ella previstas para la firma electrónica—, sino una nueva institución jurídica, un nuevo mecanismo de identificación y autenticación del ejercicio de la competencia que puede ser empleado por la Administración en el marco de sus actuaciones desarrolladas de forma automatizada. Así lo entienden URÍOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO, «Los límites a la utilización del sello del órgano...», *op. cit.*, pág. 10.

⁵⁶ En este caso tenemos un ejemplo de conexión de la actuación administrativa automatizada con persona física mediante el empleo de la firma.

empleo de una clave secreta (el código) se acredita la autoría del documento firmado⁵⁷.

Corresponde a cada Administración la elección del medio de identificación y autenticación y la concreta configuración de su uso.

5. *Los requisitos de archivo de los actos administrativos en soporte electrónico*

Uno de los derechos que la LAE reconoce a los ciudadanos administrados electrónicamente es el derecho a la conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte del expediente —art. 6.2.f)—. En coherencia con el mismo, el artículo 31.2 dispone que «[l]os documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse en soportes de esta naturaleza», garantizándose en todo caso la identidad, la integridad, la autenticidad, confidencialidad, calidad y conservación de la información y del documento en sí.

De este modo —también como exigencia de régimen jurídico—, los actos administrativos automatizados deberán ser archivados y conservados convenientemente y, desde la perspectiva contraria, un documento electrónico no susceptible de archivo y conservación carecerá de validez, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.4 LPC.

6. *Los vicios de la actuación administrativa automatizada y su control en vía administrativa y judicial*

En coherencia con lo defendido en la primera parte de este estudio, en el sentido de la posibilidad de mantener el concepto tradicional de acto administrativo según la teoría del negocio jurídico, conviene cerrar el mismo analizando el régimen de invalidez e impugnación de las actuaciones administrativas automatizadas. No se trata de revisar si todos y cada uno de los vicios de invalidez contenidos en los artículos 62 y 63 LPC son aplicables a las resoluciones administrativas automatizadas o, incluso, a los actos de trámite automatizados —partimos de una respuesta positiva—, sino de analizar en qué se traducen los incumplimientos de las exigencias específicas de régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada y pensar en la posibilidad de aplicar a la misma las distintas vías de revisión y control de los actos administrativos.

Una vez más, el planteamiento del que debe partirse, en aplicación del principio de legalidad en su manifestación de conservación de las garantías

⁵⁷ LINARES GIL señala que es posible el empleo conjunto de ambos sistemas de firma para autenticar el ejercicio de la competencia y garantizar la seguridad y la integridad en relación con un mismo documento. «Identificación y autenticación...», *op. cit.*, pág. 315. Para un análisis del sello electrónico y del código seguro de verificación puede verse lo afirmado por este mismo autor en *ibidem*, págs. 301 y ss.

del administrado, es el mantenimiento de las garantías administrativas y jurisdiccionales consagradas en la LPC y la LJCA⁵⁸. De hecho, uno de los objetivos de la LAE —reconocido en su artículo 3.6, en relación con el artículo 4.j)— es la simplificación de los procedimientos administrativos «*con las debidas garantías legales*». La consecuencia es clara: se trata de «conseguir que la tecnología no se convierta en un obstáculo para la fiscalización real del acto»⁵⁹.

A) *Los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos electrónicos adoptados de forma automatizada y las consecuencias de su incumplimiento.*

En las páginas anteriores se han ido analizando distintos elementos que integran el régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. La labor que debe emprenderse en este momento consiste en determinar en qué afecta el incumplimiento de los mismos al resultado final.

En este sentido, podemos clasificar los mencionados elementos en dos categorías: elementos de fondo y elementos de forma. En la primera se integrarían todos aquellos requisitos que afectan al producto final de la actuación administrativa automatizada, mientras que en la segunda quedarían los que sólo afectan a aspectos formales de la misma.

Centrándonos en esta última, en mi opinión:

— La actuación administrativa automatizada realizada sin la correspondiente habilitación normativa previa sería constitutiva de vía de hecho y, por tanto, controlable según lo dispuesto en los artículos 25 y 30 LJCA.

— La falta de aprobación de los concretos programas y aplicaciones empleados por el sistema de información para la actuación automatizada, al implicar una ausencia de control por parte del órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia decisoria, igualmente transformaría tal actuación en vía de hecho⁶⁰.

⁵⁸ Y es que no debe olvidarse que el principio de conservación de las garantías no se limita a que el administrado que se relaciona con la Administración por medios electrónicos disponga de las mismas garantías procedimentales previstas en la LPC, sino que abarca igualmente a las garantías jurisdiccionales. Así lo entiende PALOMAR OLMEDA, «Gestión electrónica de los procedimientos»..., *op. cit.*, pág. 451.

⁵⁹ PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, *op. cit.*, pág. 244.

⁶⁰ En opinión de PALOMAR OLMEDA, se trataría de un vicio procedimental y, por tanto, de una ilegalidad que afecta a los derechos de defensa de los interesados e impide el desarrollo normal del proceso de aplicación de las normas, lo que determina su nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, *op. cit.*, págs. 277 a 279. Más adelante, no obstante, precisa que no habrá lugar a nulidad si se demuestra que la decisión adoptada es conforme a Derecho (en pág. 281). Además, entiende que si la aplicación informática es utilizada para la sustanciación de un trámite y no para la adopción de una decisión, la consecuencia no puede ser la misma, sino que habrá que ver si el defecto en el trámite causa o no indefensión y hace perder al acto su verdadera finalidad (en pág. 289).

— La ausencia de publicidad de los mismos, en cambio, constituye una mera irregularidad formal que sólo dará lugar a invalidez de la actuación administrativa automatizada si causa indefensión al destinatario de la misma, al no poder conocer los criterios técnicos y jurídicos empleados por la aplicación informática para la adopción de la resolución.

— El incumplimiento de los requisitos de identificación y autenticación, integridad, conservación, confidencialidad y referencia temporal del documento electrónico en que se plasme la actuación administrativa automatizada determina la anulabilidad de la misma, por infracción de las exigencias contenidas en los artículos 45.4 LPC y 29 LAE.

Por otro lado, en cuanto a los efectos de fondo:

— El error en la valoración efectuada por el sistema de información no determinará la invalidez del acto administrativo automatizado si se trata de un simple error material, de hecho o aritmético (art. 105.2 LPC)⁶¹, pero será causa de anulabilidad si rebasa tal calificación y afecta al fondo del asunto, con independencia de si ha sido provocado por un fallo técnico en el sistema o por una deficiente programación del mismo. Es más, en mi opinión, resultaría incluso posible impugnar la propia configuración de un sistema de información si con ella no se están atendiendo los criterios de actuación legalmente establecidos, al entender que —aunque se trata de un acto puramente interno de la Administración inicialmente sin efectos jurídicos— determina el fondo del asunto al preconditionar al sistema informático en la adopción de su decisión final⁶².

— En general, las deficiencias técnicas que supongan al administrado la imposibilidad de realizar algún trámite necesario en el marco del procedimiento, si le causan indefensión, también supondrán la anulabilidad de la decisión administrativa final adoptada de forma automatizada⁶³.

Quedan aún dos cuestiones pendientes de resolver.

La primera de ellas es la relativa a la eficacia de los actos administrativos adoptados de forma automatizada, que conecta con las notificaciones electrónicas, aspecto éste que, en realidad, carece de especificidad alguna en relación con nuestro ámbito de análisis: será de aplicación lo dispuesto en el artículo 29 LAE⁶⁴, so pena de anulabilidad por indefensión y falta de eficacia de la resolución administrativa automatizada.

⁶¹ Podría ser subsanado por medios convencionales por el titular del órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia.

⁶² Constituiría el equivalente a un acto de trámite cualificado y, por ello, sería de aplicación el artículo 107 LPC.

⁶³ Así lo entiende PALOMAR OLMEDA, quien atribuye la carga de la prueba al administrado. *Ibidem*, pág. 291.

⁶⁴ En torno a las notificaciones electrónicas puede verse mi trabajo *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo* (en prensa), Tirant lo Blanch-Cortes de Castilla-La Mancha, Valencia, 2009. Y también la excelente monografía de GAMERO CASADO, *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*, Bosch, Barcelona, 2005.

La segunda es si resulta posible hablar de desviación de poder en el marco de la actuación administrativa automatizada. Entendida como la falta de correspondencia entre el fin perseguido por la norma al atribuir la potestad y el fin que persigue la Administración en ejercicio de la misma, la desviación de poder sólo puede producirse en el momento de la configuración del sistema de información —que puede ser alterada y realizada en función de intereses diferentes de los consagrados por el ordenamiento jurídico—, pero no respecto de la actuación administrativa final. No hay, pues, posibilidad alguna de desviación de poder electrónica, porque la máquina carece de voluntad propia y se limita a actuar en aplicación combinada de los parámetros introducidos por el órgano encargado de la gestión del sistema de información. No obstante, cuando esa «voluntad automatizada» esté viciada de origen por un diseño fraudulento de la aplicación informática procederá declarar la nulidad del acto administrativo automatizado por infracción del ordenamiento jurídico.

B) *El control de los actos administrativos en vía administrativa.*

La coincidencia de régimen jurídico entre acto administrativo ordinario y acto administrativo electrónico hace que tampoco exista ninguna especialidad en cuanto a las modalidades de control y revisión de los mismos en vía administrativa. De la misma manera en que aquéllos pueden ser objeto de revocación, de anulación de oficio, de declaración de lesividad y de impugnación a través de un recurso administrativo, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por los artículos 102 y ss. de la LPC, los actos administrativos electrónicos también podrán ser revisados y controlados a través de todos estos medios.

La duda que se plantea guarda relación con el concreto órgano al que corresponde tal revisión y, en su caso, control.

Como es sabido, la LPC atribuye la competencia para la revocación, la revisión de oficio o la declaración de lesividad al órgano que la concreta normativa aplicable declare competente. En la mayor parte de los casos, tal órgano es el superior jerárquico del autor del acto cuya revisión se pretende⁶⁵. Por su parte, la responsabilidad para el control a través de la resolución de un recurso administrativo se atribuye al superior jerárquico del órgano que dictó el acto administrativo recurrido o, si éste agota la vía administrativa, al mismo órgano que lo dictó.

⁶⁵ La Disposición Adicional 16.ª LOFAGE atribuye la competencia para la revisión de oficio a los siguientes órganos: el Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los ministros; los ministros, respecto de los actos de los secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado; los secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes. En el caso de los organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado, lo serán los órganos a los que estén adscritos los organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos; y los máximos órganos rectores de los organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes.

El problema viene determinado porque el artículo 39 —que, además, carece de carácter básico⁶⁶— establece que «*se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación*». No queda claro el objeto de esa determinación, esto es, si la Ley exige que se identifique el órgano al que se le atribuye la autoría del acto administrativo para, a partir de ello, aplicar las reglas de la LPC sobre competencia en materia de revisión y control en vía administrativa de los actos administrativos o, por el contrario, requiere que se determine expresa y directamente cuál es el órgano al que va a corresponder tal revisión o control.

En opinión de URÍOS y ALAMILLO, el artículo 39 «prevé el establecimiento de una ficción jurídica que permita el ejercicio del derecho de reacción contra un acto producido mediante una actuación administrativa automatizada, a través de la interposición del correspondiente recurso». Con ello dan a entender que el mencionado precepto se refiere al órgano a quien se atribuye la autoría de la actuación administrativa automatizada. Discrepan de esta solución DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO, quienes, al analizar el artículo 96.3 LGT —que contiene una previsión similar—, estiman que este precepto exige la determinación del órgano responsable para la resolución de los correspondientes recursos⁶⁷.

Es necesario, por tanto, traer a colación lo dispuesto en el artículo 96.3 LGT. Frente a la LAE, la LGT emplea una expresión distinta: «*cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada se garantizará la identificación de los órganos (...) competentes para resolver los recursos que puedan interponerse*». Esta norma, por tanto, no deja lugar a dudas: la concreta normativa aplicable al procedimiento tributario en cuestión deberá concretar frente a quién puede recurrirse la actuación administrativa automatizada. No hace mención alguna, en cambio, a los supuestos de revisión.

En mi opinión, partiendo del principio de la inalterabilidad de la competencia por el empleo de las TIC, reiterado en diversas ocasiones por parte de la LAE, debe entenderse que el artículo 39 se está refiriendo a la identificación del órgano al que se le imputa la actuación administrativa automatizada. De este modo, las normas de cada Administración sobre la competencia para proceder a revisar o a resolver un recurso administrativo permanecerían vigentes y no sería necesaria una nueva normativa expresamente aprobada para la revisión y control de la actuación administrativa automatizada. De hecho, al utilizar el artículo 39 la palabra «*impugnación*», se está refiriendo claramente al control de la actuación administrativa automatizada por vía de re-

⁶⁶ En consecuencia, las distintas Administraciones territoriales no estarían vinculadas por este precepto. Es obvio que el principio de seguridad jurídica y el derecho de defensa del administrado exige que, en todo caso, tal concreción tenga lugar. Por tanto, la libertad por parte de las Administraciones autonómicas y locales existirá a la hora de determinar qué órgano es competente, pero no en cuanto a la posibilidad de optar entre identificar al mismo o no hacerlo.

⁶⁷ «Regulación de la informática decisional...», pág. 8. Comparte esta posición, también en interpretación del artículo 96 LGT, FABRA VALLS, para quien tal órgano debería ser el competente para resolver los recursos en ausencia de sistema automatizado. «La reforma de la Administración electrónica...», *op. cit.*, págs. 266 y 267.

curso, por lo que podría entenderse que no pretende consagrar especialidad alguna en cuanto a la revisión de los actos administrativos por parte de la propia Administración. El empleo de una expresión diferente de la LGT clarifica también que la determinación afecta a la autoría del acto automatizado, y no a la competencia para resolver el recurso. Con esta interpretación se gana en seguridad jurídica, puesto que el administrado va a conocer anticipadamente a quién atribuir la actuación automatizada.

En este sentido, la responsabilidad a efectos de impugnación se atribuirá normalmente al órgano que ejerce la competencia mediante la adopción por medios automatizados de la decisión. En ello se encuentra un nuevo argumento para la defensa de la continuidad de la teoría del órgano: con independencia de que la actuación administrativa haya sido realizada por una máquina, finalmente la norma debe decidir el órgano al que se imputa la misma.

C) *El control de los actos administrativos en vía judicial.*

Señala PALOMAR OLMEDA que la revisión jurisdiccional de los actos administrativos electrónicos puede tener un doble obstáculo: de un lado, las dificultades del conocimiento acerca de cómo se ha producido la formación de la voluntad del órgano administrativo; de otro, la carencia de medios y capacidad para ejercer la función jurisdiccional y, en su caso, sustituir el criterio de la Administración⁶⁸.

Es en relación con estos extremos donde radica la importancia de la aplicación del principio de transparencia y del cumplimiento de las exigencias de aprobación y publicidad de las especificaciones de aplicaciones y programas empleados por los sistemas de información utilizados para la actuación administrativa automatizada analizadas a lo largo de estas páginas: son instrumentos de control de la legalidad de esta última.

En mi opinión, el Juez debe hacer una doble valoración a la hora de resolver el recurso contencioso-administrativo: de un lado, comprobar si se han respetado todas y cada una de las exigencias formales de régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada; de otro, para el caso de que no haya sido así, determinar el grado de influencia de esa irregularidad. Y, en relación con esta valoración, deberá tener en cuenta dos circunstancias: si ha existido indefensión y si el resultado final hubiera sido el mismo de haber actuado el órgano administrativo por medios convencionales.

En relación con el resto de elementos será de aplicación general la LJCA.

⁶⁸ *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, op. cit., pág. 255.