

**LOS LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL
SELLO DE ÓRGANO POR PARTE DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
EN LA LEY 11/2007**

Xavier Urios Aparisi

Jefe de la Asesoría Jurídica
del Departament de Governación y
Administraciones Públicas
de la Generalitat de Catalunya

Ignacio Alamillo Domingo

Director de asesoría e investigación
Agència Catalana de Certificació

Palabras clave

Sello electrónico, actuación administrativa automatizada, certificado digital, órgano administrativo.

Resumen de la comunicación

La Ley 11/2007 recoge la posibilidad de la utilización del sello de órgano por parte de las Administraciones Públicas en la actuación administrativa automatizada. Sin embargo, esa aplicación no se puede realizar de manera indiscriminada, sino de acuerdo con los principios que la misma Ley 11/2007 establece, y sin que se produzca merma de las garantías del administrado.

Los límites a la utilización del sello de órgano por parte de las Administraciones Públicas.

1. Marco legal de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas, intenta ser un instrumento legal que permita, de una vez por todas, hacer posible la extensiva utilización de los medios electrónicos en las distintas esferas de la actuación administrativa.

Para ello, como la propia Exposición de Motivos indica, se pretende consagrar un derecho subjetivo de los ciudadanos a utilizar estas técnicas en las relaciones con las Administraciones Públicas. Sin embargo, por muy loable que pueda ser esta intención, su plasmación no será una realidad si los diferentes instrumentos o instituciones que recoge la Ley 11/2007 no se incorporan por parte de las Administraciones Públicas al procedimiento administrativo (superando esos límites denominados "disponibilidades presupuestarias" a que alude la disposición final tercera) y, por otro lado, si esa incorporación, a todas luces necesaria, no se realiza de acuerdo con los mismos parámetros o principios generales que impone la Ley 11/2007 y, en particular, la exigencia del mismo nivel de garantías y seguridad que se requiere para la utilización de medios no electrónicos en la actividad administrativa (principio de seguridad del art. 4.f), y el mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas (principio de legalidad del apartado d del mismo artículo).

La Ley 11/2007 acoge las instituciones esenciales del procedimiento administrativo: identificación, registro, notificaciones y archivo de los documentos, y establece, con mayor o menor extensión, los principios básicos a los que habrá de atender el desarrollo normativo de estas instituciones y su aplicación al procedimiento.

Sin embargo, al margen del establecimiento de este mínimo normativo común, que hemos de considerar necesario, desde la vertiente no sólo normativa, sino también pedagógica que debe caracterizar a la norma y, tratándose del ejercicio de potestades administrativas, con el carácter habilitante necesario para hacer posible la actuación administrativa, la Ley 11/2007 acomete la regulación de instituciones que no dejan de resultar polémicas y que, en función de cómo se acometa esa regulación, podrían derivar en una rebaja de garantías jurídicas si se produce o admite un uso generalizado e indiferenciado de las mismas. En particular, me estoy refiriendo al sello de órgano, reflejo de la actuación administrativa automatizada el cual, como expondremos, ha de rodearse de las necesarias cautelas en su aplicación, al margen de la revisión

que supone de la concepción del órgano administrativo tradicionalmente admitida.

En definitiva, la utilización o regulación del sello de órgano nos hace plantearnos la teoría general del acto administrativo y de la competencia del órgano administrativo, los supuestos en que esta figura podría admitirse, así como los límites a la informática decisional que, en la construcción y aprobación de los programas y aplicaciones, se habrán de establecer.

Digo aprobación de los programas y aplicaciones pues, pese al silencio de la Ley 11/2007, la normativa viene exigiendo con carácter general esa aprobación y, al margen de que esa previsión acabe siendo superada, siempre habrá de existir un acto aprobatorio, por parte del órgano administrativo competente, de esos programas y aplicaciones. Cuestión distinta será la publicidad y transparencia que pueda exigirse a esos actos aprobatorios.

Con carácter previo, recordemos que esta figura se encuentra recogida en la normativa tributaria, en particular los artículos 96.3 y 100.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

El primero de ellos nos indica que *"los procedimientos y actuaciones en los que se utilicen técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos garantizarán la identificación de la Administración tributaria actuante y el ejercicio de su competencia. Además, cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada 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".*

El segundo de estos artículos extiende la posible utilización de la actuación administrativa automatizada a los actos resolutorios, indicando que *"tendrá la consideración de resolución la contestación efectuada de forma automatizada por la Administración tributaria en aquellos procedimientos en que esté prevista esta forma de terminación"*.

Ciertamente, la figura ha sido utilizada en el ámbito tributario con cierta profusión, sin que el sello de órgano haya presentado especiales problemas en las relaciones jurídico-tributarias. Sin embargo, este hecho no puede llevarnos a entender que la experiencia es fácilmente trasladable a cualquier esfera de la actuación administrativa. Por un lado, el hecho de que su uso no haya generado problemas también reside en que incluso su utilización en la esfera tributaria es, hoy por hoy, reducida, por lo que la casuística a nivel de problemas todavía no es relevante. Por otro lado, el concepto esencialmente de deber que caracteriza la obligación tributaria, la actuación en masa y reiterada en el tiempo, suponen unos presupuestos de hecho que no son trasladables al resto de las relaciones jurídico-administrativas, pues esos caracteres antes mencionados presentan matices significativos en el procedimiento administrativo común.

Así, dejando de lado la normativa tributaria, todo y que la crítica que realizamos al sello de órgano es igualmente trasladable a este ámbito, nos hemos de plantear la viabilidad de la figura en el seno del procedimiento administrativo, y los problemas que puede presentar.

La utilización de la expresión "crítica" ha de entenderse desde el punto de vista constructivo, entendiéndose que la figura del sello de órgano puede ser útil en determinados ámbitos, pero que no puede admitirse un uso indiscriminado del mismo.

El Capítulo II de la Ley 11/2007 (artículos 13 y siguientes) regula la identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de las Administraciones Públicas (secciones 2ª y 3ª), así como una Sección 4ª relativa a la interoperabilidad y acreditación y representación de los ciudadanos.

Esa regulación parte del principio de libre prestación de servicios de certificación, que deriva de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Al mismo tiempo, la Ley 11/2007 realiza una clara apuesta por el D.N.I. electrónico, que se admite incluso como medio de acreditar el ejercicio de la competencia por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

2. Regulación del sello de órgano.

El sello de órgano se recoge en el artículo 18 de la Ley 11/2007, bajo la rúbrica "sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada". En estos casos, se sigue la regla general de exigir la "identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia", exigible en toda actuación administrativa y que, en la automatizada, se puede llevar a cabo mediante dos sistemas:

"a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica.

b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano o entidad y, en su caso, a la persona firmante del documento, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente".

Dado que hablamos de actuación administrativa automatizada, y en la medida de que el artículo 5 de la Ley 11/2007 nos remite al anexo para determinar el sentido de los términos utilizados, éste 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. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación".

Una primera crítica que podemos hacer a esta definición es su carácter omnicompreensivo, que habrá de acotarse pues, como veremos posteriormente, existen determinados tipos de actos administrativos que deberían estar excluidos de la actuación administrativa automatizada.

Prima facie, hablar de sello de órgano nos hace plantearnos dos conceptos: la competencia administrativa y el órgano administrativo.

En relación a la primera, la competencia es irrenunciable y se ejerce por el órgano que la tiene legalmente atribuida (art. 12 Ley 30/1992). Esa atribución legal nos conduce al concepto de órgano administrativo, tradicionalmente concebido como una pluralidad de puestos de trabajo que dependen de una misma jefatura.

3.- Revisión del concepto de órgano administrativo.

El concepto legal de órgano administrativo se equipara al de unidad administrativa, así lo hace la misma Ley 30/1992 en diferentes artículos (arts. 11, 14.2, 16.1, 38, 70.1, 110.1). El primero de estos artículos, relativo a la creación de órganos administrativos, alude en el apartado segundo a los requisitos de creación de un órgano administrativo, entre los que se encuentra la forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en su artículo 5.2, habla de los órganos administrativos en los siguientes términos: "tendrán 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".

El artículo 7 precisa que "las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Pueden existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores".

El órgano administrativo ha sido configurado tradicionalmente en torno a dos elementos: uno subjetivo (personas físicas integradas en el órgano), y otro objetivo (medios materiales de que dispone), necesarios para el cumplimiento de las atribuciones o competencias del órgano.

Por todo lo expuesto, cuando hablamos de sello de órgano estamos introduciendo un nuevo elemento en los conceptos anteriormente expuestos, pues aparentemente tenemos que prescindir del elemento personal.

La Ley 11/2007, en el artículo 18.2 indica que "los certificados electrónicos a los que se hace referencia en el apartado 1.a (*sello de Administración Pública, órgano o entidad de derecho público*) 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".

Por un lado, vemos que junto al sello de órgano se admite el sello de Administración Pública y el de entidad de derecho público, así como que, en el caso del sello de órgano, aunque sea con carácter potestativo, se habla de la identidad de la persona titular, lo que nos lleva a plantearnos si necesariamente habrá de existir o no esa persona titular.

La Ley 11/2007 no lo resuelve de una manera directa, si bien parece admitir la posibilidad de que el sello de órgano no esté ligado a un titular determinado a la vista de lo que dispone el artículo 39, conforme al cual "*en caso de actuación automatizada 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. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación*".

Se ha de destacar que este artículo no tiene carácter básico, con la considerable merma de garantías que se podría producir si una normativa autonómica rebajara el nivel de garantías impuesto por este artículo; pero, por lo que nos interesa, se establece la indicación del órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación, por lo que se 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.

Por otro lado, el sello de órgano quiebra la tradicional concepción del acto administrativo, como declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizado por un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa (Zanobini), pues la declaración que se deriva de un sello de órgano difícilmente puede recibir alguno de los calificativos anteriormente mencionados.

En resumen, el sello de órgano obliga a replantearse el concepto de acto administrativo y toda la cadena de producción de los mismos.

Además, la convivencia del sello de órgano con el sello de Administración Pública y el sello de entidad de derecho público plantea problemas adicionales en cada uno de estos supuestos.

En relación al sello de Administración Pública, la diferenciación entre actos políticos y administrativos, de especial trascendencia en lo que se refiere a su

revisión, la competencia para ejecutar los actos exteriorizados de forma automática, el control de los mismos y las responsabilidades que se pudieran derivar.

A estos problemas, cuando nos encontramos con el sello de órgano, se añadirá en la mayoría de las ocasiones la necesaria motivación de los actos administrativos, pues a nadie escapa que los supuestos tasados de motivación de los actos administrativos del artículo 54 de la Ley 30/1992 suponen en la práctica, configurar la motivación como la regla general.

Finalmente, en el caso de las entidades de derecho público, se habrá de estar a lo que dispongan las normas reguladoras de las mismas y de sus competencias.

4. Supuestos de aplicación de la figura y límites

Es cierto que existen supuestos en que el sello de órgano puede ser de aplicación, sin presentar problemas en la práctica, como podría ser el foliado del expediente administrativo que se contiene en el artículo 32.2 de la Ley 11/2007, pero su utilización debe realizarse de manera moderada y bajo el principio de proporcionalidad que establece el apartado g) del artículo 4 de la Ley 11/2007, que exige *“las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones”*.

En este mismo sentido, resulta notable que la única referencia expresa al empleo del sello para un acto concreto que realiza la Ley 11/2007 se refiera a la posibilidad de automatizar el proceso de digitalización de documentos en soporte papel y obtención de las correspondientes copias electrónicas, que se contiene en el artículo 30.3 de la Ley, quizá con la intención de evitar la necesidad de cotejo por funcionario de la copia con el original, siendo éste otro uso que puede resultar pacífico.

No podemos desdeñar que, desde el punto de vista de la responsabilidad, podría entenderse tentador dejar de lado la firma del funcionario competente, a favor del sello de órgano o de administración, así como que su uso generalizado produciría inseguridad jurídica.

Volviendo a la regulación legal, el artículo 38.2 de la Ley 11/2007 limita la adopción y notificación de resoluciones de forma automatizada a aquellos procedimientos en los que así esté previsto, pero no se establece ningún condicionante material a esa posibilidad, cuando los resolución automatizada de los procedimientos administrativos habría de ser excepcional y debidamente justificada.

Tal como hemos indicado anteriormente, la actuación administrativa automatizada se define en el anexo como la producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular.

Esto nos llevaría a excluir la actuación administrativa automatizada a todos aquellos supuestos en que existe discrecionalidad por parte de la Administración, aplicándola tan sólo a supuestos claramente reglados. Sin embargo, no se puede desconocer que, hoy en día, los actos administrativos contienen diferentes elementos reglados y discrecionales que han de ser valorados de forma conjunta, lo que dificultaría más la predeterminación informática de la decisión administrativa.

No se puede dejar de lado que los actos administrativos se han de vincular a un responsable, que puede ser objeto, llegado el caso, de tener que someterse a responsabilidades disciplinarias. El mismo concepto de funcionario que contiene el artículo 24 del Código Penal no concuerda con la admisión genérica del sello de órgano, ni las diferentes tipificaciones penales existentes.

El sello de órgano también obliga a revisar el régimen de recursos administrativos, y los medios de impugnación, pues el recurso de alzada o de reposición, admitidos como medios de impugnación, no pueden ser utilizados de manera automática y, en el caso del recurso de reposición, nunca sería una reposición por parte del mismo "órgano" que decidió el acto impugnado.

En definitiva, la admisión del sello de órgano es una manifestación de que la informática manda o puede mandar, y que la persona física pierde o puede perder el control. En este sentido, el concepto de aplicación que realiza el anexo de la Ley 11/2007 es ilustrativo de las cautelas que estamos exponiendo, al definirla como programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el uso de informática.

El concepto de "resolución de un problema" no es precisamente jurídico, ya que la aplicación ha de servir para llevar a cabo procedimientos y actos administrativos mediante el uso de la informática.

Volviendo al ámbito tributario, el sello de órgano puede aplicarse en determinados ámbitos, como en materia de suspensiones y aplazamientos, en que la discrecionalidad administrativa es prácticamente inexistente, pues la concesión automática, previa cumplimiento de los requisitos exigibles, es la regla general. Por el contrario, en el ámbito del procedimiento administrativo común, esas mismas instituciones aparecen envueltas de una gran discrecionalidad y excepcionalidad frente a la regla general de ejecutividad de los actos administrativos.

Igualmente, el sello de órgano ha de quedar excluido de todos aquellos supuestos en que exista un elemento subjetivo, valoración o motivación en la actuación administrativa pues, caso contrario, se estarían vulnerando los principios generales del procedimiento administrativo y, por otro lado, se produciría una rebaja de los derechos de los ciudadanos que no estaría amparada por la Ley 11/2007.

Por otra parte, resulta necesario considerar los problemas de la aplicación de la legislación vigente en materia de firma electrónica, al caso particular del sello de órgano, puesto que, aunque no puede considerarse que un sello de órgano sea una firma electrónica (ni avanzada, ni reconocida, porque sencillamente es una institución nueva y completamente diferente a la firma), el artículo 18 de la Ley 11/2007 determina que el sello de órgano debe estar "basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica".

Esta manifestación, que parece ciertamente contradictoria, genera algunos problemas de aplicación práctica, ya que la normativa de firma electrónica está orientada a la documentación electrónica de los actos jurídicos por personas físicas, por lo que puede resultar complejo determinar su aplicación directa.

Como ejemplos particulares de problemas a resolver en esta aplicación de la Ley 59/2003 podemos citar los siguientes:

- La necesidad o no de emplear un dispositivo seguro de creación de sello (por aplicación analógica de la necesidad de empleo de dispositivo seguro de creación de firma electrónica, ex artículo 24 de la Ley 59/2003).
- El tratamiento de los límites de uso de los certificados de sello de órgano, posibilidad que nos parece, más que conveniente, absolutamente necesaria para evitar posibles abusos del sello, especialmente en caso de robo del mismo.
- El tratamiento de la representación legal que ostentan determinados órganos, que en el caso del sello quizá debería limitarse de forma expresa.

En resumen, corresponde a cada Administración determinar los supuestos y trámites en que el sello de órgano puede ser aplicado, si bien esta determinación no puede realizarse de manera indiscriminada, sino bajo una adecuada valoración de los supuestos que pueden realizarse bajo una actuación administrativa automatizada, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, y sin que se produzca una merma de garantías del administrado.

Algunos casos de uso del certificado de sello que podrían resultar pacíficos, debido a la naturaleza jurídica de los mismos, y en atención a las consideraciones anteriormente realizadas, son los siguientes:

- Expedición automática de recibos de presentación por el registro electrónico de la Administración.
- Actos automáticos de impulso del procedimiento y de mero trámite.
- Actuaciones automatizadas de comprobación y validación.
- Foliado automático de expedientes electrónicos.

- Apertura y cierre de libros electrónicos (por ejemplo, libro de decretos o libro-registro de ciclo anual).
- Actos automáticos de constancia, como la expedición de notas simples y certificaciones administrativas de los asientos de registros electrónicos y de los contenidos de libros electrónicos.
- Emisión automática de copias auténticas de documentos electrónicos.
- Digitalización de documentos en soporte papel.
- Actos automáticos de comunicación con el ciudadano.
- Migraciones y cambios de formato automáticos, en particular a efectos de archivo.
- Intercambio automático de datos entre Administraciones en entornos cerrados y abiertos.

Finalmente, cabe notar que la introducción del sello y su aplicación a otros tipos de actos, especialmente los actos resolutorios, nos lleva a una necesaria reforma de la teoría general del órgano administrativo, y al necesario establecimiento de controles jurídicos sobre la programación de los sistemas de tramitación que hagan uso del sello, para evitar posibles desviaciones informáticas de poder.