

LA FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PAPEL DE LOS SECRETARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Eduardo G. POZO BOUZAS

*Secretario de Administración Local, categoría superior
Ayuntamiento de Castellón de la Plana*

SUMARIO:

1. Introducción
2. La formalización del contrato concepto y efectos
3. El documento contractual: contenido y forma. Su emisión por medios electrónicos
4. La intervención del secretario de administración local en la formalización del contrato como fedatario.
5. La publicación del documento de formalización: transparencia vs. Protección de datos.
6. Conclusiones: algunas recomendaciones prácticas.
7. Bibliografía

1.- INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los contratos de las Administraciones Públicas, la formalización constituye el momento de perfeccionamiento del contrato. Además, el acto de formalización, a modo de línea divisoria, culmina del proceso de adjudicación y, al mismo tiempo, marca el pistoletazo de salida para la ejecución de los trabajos en que consista el contrato. Así, mediante la formalización se exterioriza el acuerdo de voluntades entre la Administración contratante y el adjudicatario que, precisamente en virtud de dicha formalización, deviene plenamente en contratista, estableciéndose así el marco de derechos y obligaciones de las dos partes del contrato.

Tal y como recuerda la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, la importancia de este acto demanda o exige un mayor cuidado en la realización de los elementos materiales de la formalización (Informe 4/2013 de 27 de febrero). Sin embargo, pese a la importancia de sus efectos y de las importantes implicaciones jurídicas que conlleva, la formalización del contrato no ha suscitado el interés de la doctrina administrativa, tal y como lamenta LÓPEZ MERINO. Tampoco en la práctica administrativa cotidiana se suele dedicar a la formalización material del contrato los mismos esfuerzos que a otras fases del contrato como la preparación o la adjudicación, limitándonos por lo general a reproducir fórmulas heredadas, que en muchas ocasiones son más fruto de la inercia que de una reflexión sosegada sobre la naturaleza y alcance del acto de firma del contrato.

La introducción de los medios electrónicos como el canal de comunicación obligatoria en los procesos de contratación pública obliga a un replanteamiento del procedimiento de formalización de los documentos contractuales, tanto en lo referente a la forma y herramientas en que esta se articula como respecto del contenido material del documento en que se exterioriza la formalización.

El presente trabajo pretende ofrecer un ejercicio de reflexión acerca de la formalización del contrato administrativo y de la problemática suscitada por el uso de medios electrónicos para su práctica así como ofrecer soluciones y recomendaciones para abordarla en las Administraciones locales. En todo caso, el presente trabajo se enfoca desde el punto de vista de los Secretarios y Secretarios-Interventores¹ de Administración Local, cuyo papel resulta capital en tanto que intervinientes del contrato como fedatarios del mismo.

2.- LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO: CONCEPTO Y EFECTOS.

Aunque el objeto principal del presente trabajo no consiste en desarrollar pormenorizadamente el régimen legal de la formalización de los contratos, entendemos que resulta básico reseñar unas breves notas que permitan poner en contexto esta institución, de forma previa a exponer la problemática derivada de su práctica por medios electrónicos.

En nuestro ordenamiento jurídico, los negocios jurídicos contractuales del ámbito privado se rigen por el principio de autonomía de voluntad de las partes, de forma que, con carácter general, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1258 CC) y se establece un principio general de libertad de forma de los contratos con una serie de excepciones o casos tasados en que se exige el otorgamiento de escritura pública (arts. 1278-1280 CC). Por el contrario, la contratación administrativa tiene un marcado carácter formal como indica la STS de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2002\1530, casación 9233/1997).

De este modo, la voluntad de la Administración de celebrar un contrato deberá materializarse de forma expresa previa tramitación de un procedimiento de contratación que culmine con la aprobación de la adjudicación, quedando prohibida la contratación verbal (art. 37.1 LCSP). Esta regla general tiene como única excepción la contratación de emergencia en los términos del art. 120 LCSP. Según el art. 37.2 LCSP, los contratos de las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el art. 153 según el cual: *“1.- Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes*

¹ Por razones de síntesis, en adelante la mención a los Secretarios de Administración Local se realizará de forma omnicomprensiva, con independencia del tamaño de las Corporaciones en que presten servicios. Sirva en todo caso esta referencia como reconocimiento personal al enorme mérito de la labor desempeñada en sus puestos de trabajo por los Secretarios-Interventores en los pequeños municipios.

gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación”

Así, la formalización del contrato consiste en su plasmación en un documento formal, suscrito por el órgano de contratación y por el adjudicatario, culminando el procedimiento de contratación². De este modo, la formalización constituye un requisito general de todos los contratos de las Administraciones Públicas. Las únicas excepciones a esta regla general las encontramos en los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición en que no será necesaria la formalización (por mandato del propio art. 153.1) así como los contratos menores (toda vez que respecto de estos el art. 153.2 LCSP se remite a la documentación reseñada en el art. 118 del mismo texto legal).

En cualquier caso, el requisito de la formalización resulta aplicable tanto a los contratos administrativos como a los privados, toda vez que la preparación y la adjudicación de estos últimos (art. 26 LCSP) se rige por lo dispuesto en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, ubicación sistemática en la que se recoge el art. 153 antes citado.

El art. 36.1 LCSP establece los importantes efectos del acto de formalización, toda vez que según este artículo con carácter general, los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización³. Dicha previsión fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010 de 5 de agosto que modificó la anterior LCSP 2007, ya que hasta entonces la perfección se producía por la aprobación de la adjudicación⁴. Según CANTERA CUARTANGO el perfeccionamiento del contrato se puede definir como aquella institución jurídica mediante la cual se identifican las voluntades de los que van a participar en un negocio jurídico, en el que dan el pleno consentimiento a dicho negocio, surgiendo en consecuencia derechos y obligaciones para ambas partes. Por su parte, según este mismo autor, la formalización se puede definir como la exteriorización escrita y solemne de la voluntad de las partes de obligarse mutuamente a través de un contrato⁵.

En cualquier caso, la formalización del contrato no es un requisito meramente formal sino esencial, tal y como, entre otros, destaca VICENTE IGLESIAS, toda vez que no se permite el inicio de la ejecución del contrato sin la formalización excepto en los expedientes de contratación de emergencia. Así, el art 153.6 LCSP dispone expresamente que no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización, salvo en los casos en que proceda la contratación de emergencia de conformidad con el art. 120. Esta consideración impide que el contrato pueda formalizarse una vez iniciada la prestación contratada y con efectos retroactivos⁶.

² Memento Contratación Pública (Abogacía del Estado), Editorial Lefebvre.

³ Este artículo excepciona de esta regla general, los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se rigen por su propia regulación. Por razones de extensión no vamos a referirnos a las especialidades de la formalización de este tipo de negocios jurídicos.

⁴ A modo de ejemplo, se puede citar la STS de 25 de abril de 1990 (LA LEY 13073-R/1990).

⁵ Siguiendo la acertada consideración de este autor, advertimos que en el presente trabajo en la medida que nos referimos a la forma del contrato lo haremos en el sentido estricto de lo que es la firma o formalización del documento contractual y no en el sentido del conjunto de actos o trámites que integran el procedimiento de contratación del sector público.

⁶ Así lo considera la redacción de la Revista DERECHO LOCAL, resolución consulta EDE 2019/509503

En cuanto al órgano competente para intervenir en la formalización en nombre de la Administración contratante ni la LCSP ni la legislación de régimen local se pronuncian expresamente sobre esta cuestión. Resulta necesario acudir a lo dispuesto en el RGLCAP 2001⁷ en el que se indica que la facultad de formalizar el contrato corresponde al órgano de contratación (art. 4) y que el contrato será suscrito por el órgano de contratación (art. 71). Esta mención no suscita dudas en relación con los órganos unipersonales ya que su voluntad se identifica con la de su titular. Sin embargo, en el caso de los órganos colegiados es evidente que el Pleno o la Junta de Gobierno Local no pueden intervenir como tales órganos en la formalización, correspondiendo en estos casos la formalización del contrato al Alcalde en tanto que representante legal del Ayuntamiento (arts. 21 1 b) y 124.4 a) LRBRL, respectivamente). En cualquier caso, como se deriva del art. 61.2 LCSP y los arts. 4 y 71.2 RGLCAP 2001 la facultad de formalización de los contratos puede ser delegada en otros órganos⁸. Por otro lado, y en nombre de la empresa adjudicataria el contrato deberá ser suscrito por quien o quienes ostenten su representación, de acuerdo con las reglas generales que rigen la representación en nuestro ordenamiento jurídico.

Se plantea si es preciso algún trámite previo a la formalización del contrato y en este sentido debemos citar el art. 71.2 RGLCAP 2001 que establece que *en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, se requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo, salvo cuando se ajuste a un modelo tipo informado favorablemente por aquél, para ser aplicado con carácter general*. A este respecto, el informe 6/2004 de 20 de mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana consideró que dicho precepto resultaba plenamente aplicable a la Administración Local y que el informe citado en el art. 71.1 RGLCAP debía ser elaborado por el Secretario u órgano que tuviera encomendadas las funciones de asesoramiento. Discrepamos de la interpretación de la Junta valenciana sobre este asunto toda vez que el artículo citado se refiere expresamente al ámbito de la Administración Estatal y, además, no tiene carácter básico (DF 1ª RGLCAP). En consecuencia, en nuestra opinión dicho informe no es preceptivo. Con todo, puede resultar útil -cuando no recomendable- que los servicios municipales correspondientes informen, de un lado, el ajuste del contenido del documento contractual a los términos de la licitación y la adjudicación y, de otro -posiblemente esto último sea más relevante a efectos prácticos- que el adjudicatario ha completado la totalidad de obligaciones previas a la formalización del contrato.

⁷ Se recuerda que esta norma sólo será de aplicación en aquello que no hubiera sido derogado o modificado por una norma posterior de igual o superior rango.

⁸ No es extraño encontrar acuerdos de adjudicación de órganos colegiados en que se delegue en la Alcaldía la facultad de formalizar el contrato. Entendemos que esta mención no es apropiada ya que como tal la representación que ostenta el Alcalde no proviene de una delegación sino directamente de la legislación de régimen local. Entendemos, por tanto, más ajustado emplear la expresión “autorizar a la formalización” o alguna similar. En este sentido, el Alcalde podría delegar la facultad de formalizar los contratos, incluso aquellos que hubieran sido adjudicados por un órgano colegiado ya que la competencia de representación del Ayuntamiento es delegable (arts. 21.3 y 124.5 LRBRL). Como ejemplo se puede citar el acuerdo de delegaciones del Ayuntamiento de Castelló de la Plana (BOP de 23 de julio de 2019).

Por otro lado, contra la formalización del contrato no cabe recurso especial en materia de contratación tal y como señaló la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales 1203/2018 de 28 de diciembre (recurso 1212/2018).

Se planteó ante la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña la posibilidad de exigir una tasa de forma que los gastos de formalización del contrato fueran asumidos por el adjudicatario (informe 11/2015 de 12 de noviembre). Este órgano no se pronunció sobre el fondo de la cuestión por ser una cuestión ajena a su competencia, si bien concluyó que el establecimiento de un tributo en este sentido constituiría un obstáculo para el acceso de las empresas a la contratación, y en particular a las PYMES siendo por tanto una medida contraria a las directrices comunitarias en la materia⁹.

Debe recordarse que tal y como exige el art. 203.3 LCSP las modificaciones contractuales deben ser objeto de formalización en los términos del art. 153.1 LCSP. No resulta necesaria, en cambio, la formalización de otras eventualidades derivadas de la ejecución del contrato como, por ejemplo, sus prórrogas¹⁰.

Como una especialidad, en los procedimientos simplificados sumarios del art. 159.6 LCSP “*la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación*”. Debe señalarse, en todo caso, que esta opción es potestativa para el órgano de contratación y nada impediría la formalización del contrato de manera ordinaria (si bien no parece muy plausible esta opción). A este respecto, cabe plantearse de qué forma se debe exteriorizar dicha aceptación, toda vez que la sola recepción de la notificación de la adjudicación no implica por sí sola dicha aceptación. Más aún, hay que tener en cuenta que en el caso de notificaciones practicadas electrónicamente -y deberán practicarse electrónicamente las comunicaciones con los licitadores y el adjudicatario, por mandato de la DA 15^a- no será precisa la firma electrónica de los interesados sino que será suficiente la identificación, tal y como recuerda HERRERO POMBO respecto al art. 9 LPAC 2015. Más aún, nos surgen dudas sobre cómo proceder en aquellos casos en que se entendiera rechazada la notificación por no haber accedido al contenido de la notificación en el plazo de diez días naturales (art. 43.2 LPAC). Se produce la duda razonable sobre si ese rechazo de la adjudicación equivaldría a una eventual renuncia a la formalización, si bien nos parece un efecto exorbitante respecto del simple repudio de la notificación.

En este sentido, podríamos plantear tres posibles soluciones para afrontar esta formalización vía aceptación de la notificación, siguiendo a la redacción de la revista EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS. En primer lugar, indicar en los pliegos reguladores de la licitación que la recepción de la notificación implicará la aceptación de la adjudicación a efectos de su formalización. No en vano, la participación del empresario en la licitación determina la aceptación de los Pliegos, por mandato del art. 139 LCSP. Como segunda opción, indicar en la parte dispositiva de la resolución de adjudicación que la recepción de la notificación implicará su aceptación siendo suficiente a efectos de formalización. Finalmente, una última opción consiste en

⁹ A ello añadimos la previsión del art. 136.4 de que la presentación de ofertas por medios electrónicos no amparará la exigencia de cantidad alguna a los licitadores.

¹⁰ Así lo considera la redacción de la Revista DERECHO LOCAL, resolución consulta EDE 2018/525974.

remitir junto a la notificación un documento independiente que deba ser suscrito por el contratista en el que se incluya la aceptación a efectos de la formalización del contrato.

Por último, debemos apuntar que el art. 153.3 LCSP distingue dos plazos para la formalización en función de si según el art. 44 LCSP quepa o no el recurso especial en materia de contratación contra el contrato. Sobre los efectos de la no formalización en plazo los apartados cuarto y quinto de este precepto señalan las consecuencias de la no formalización en el plazo indicado distinguiendo si dicha omisión es imputable al adjudicatario o a la Administración contratante¹¹.

3.- EL DOCUMENTO CONTRACTUAL: CONTENIDO Y FORMA. SU EMISIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El documento contractual es el elemento central de la formalización del contrato, en la medida que acredita la voluntad concurrente de las partes para contratar, refleja el recíproco consentimiento y, además, establece los derechos y obligaciones para cada una de ellas. En este apartado examinaremos cuál es el contenido del contrato, su forma y las solemnidades a tener en cuenta para su emisión, así como una mención a la peculiaridad de su emisión a través de medios electrónicos.

En cualquier caso, debemos partir de que la emisión de un documento contractual a través de medios electrónicos en los términos de la LCSP 2017 supone una ruptura con las premisas que orientaban hasta entonces la formalización del contrato toda vez que:

Formalización manuscrita (anterior a LCSP 2017)	Formalización electrónica (LCSP 2017)
<ul style="list-style-type: none">- Se presumía que el contrato se formaliza en unidad de acto física y temporal mediante la concurrencia de representante de la Administración, contratista y fedatario público.- El contrato se firma en presencia del Secretario quien puede dar fe de las manifestaciones de las partes en el momento de la firma.- El documento contractual no requiere publicación.	<ul style="list-style-type: none">- La firma electrónica permite suscribir el contrato a distancia sin necesidad de coincidencia espacial y temporal de los intervinientes en el contrato y el fedatario público.- En caso de firma del contrato a distancia el Secretario no puede recibir las manifestaciones que formulen las partes con ocasión de la formalización- El documento contractual debe ser obligatoriamente publicado

A la obligación de publicación del documento contractual le dedicaremos un apartado específico. En cualquier caso, como expondremos a lo largo de todo este

¹¹ Por motivos de extensión damos estos preceptos por reproducidos.

trabajo estas diferencias condicionan el contenido y la forma del documento contractual así como las solemnidades y formalidades para su otorgamiento. Ello nos obliga a replantear la manera en que redactamos los contratos y configuramos su suscripción.

Contenido del documento contractual

Al contenido del documento de formalización se refiere el art. 35 LCSP que establece cuál debe ser el contenido mínimo del contrato. Dicho artículo fue modificado en virtud del RD Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones¹², dando lugar a una nueva redacción de la letra c).

Avanzamos que la LCSP no realiza ninguna mención sobre contenido propiamente electrónico del documento contractual, de forma que el texto del art. 35 LCSP resulta ambivalente tanto para la suscripción de un contrato en papel como de un contrato a través de medios electrónicos. En este sentido, el art. 35 LCSP (cuyo contenido damos por reproducido) indica qué menciones deberá recoger el contrato salvo que las mismas estén ya incluidas en los Pliegos¹³. Estas menciones deben completarse con lo dispuesto en el art. 71 RGLCAP 2001 que en sus apartados 3 y siguientes establece las estipulaciones que deben recoger los documentos de formalización distinguiendo en función del tipo de contrato de que se trate.

El apartado 2 del art. 35 LCSP, en consonancia con lo dispuesto en el inciso final del art. 153.1 LCSP, condiciona el contenido del documento contractual de forma que *“no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos.”*

A este respecto, cabe señalar que según el Informe 32/2012 de 27 de junio de 2014 de la Junta Consultiva de Contratación del Sector Público *“la inclusión en el contrato de estipulaciones relativas a nuevas causas de resolución o la atribución del carácter de esencial a obligaciones sin que estuviera contemplado en los pliegos que rigen el contrato, supondría establecer nuevos derechos y obligaciones para las partes y que el contrato no se ajustara con exactitud a las condiciones en que se llevó a cabo la licitación, resultando por tanto, contrario a los principios de igualdad y no discriminación; respeto a la libre competencia y confianza legítima, que deben observarse en toda contratación administrativa.”* Según este mismo informe, cuyo contenido material se ha incorporado a la norma, la única posibilidad de contradicción entre el documento contractual y el pliego derivaría de la inclusión de variantes o, en general, de lo que resultara del procedimiento licitatorio en cumplimiento, en todo caso, de lo preceptuado en los Pliegos. Más recientemente, el Órgano Administrativo de Resolución de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco

¹² Convalidado por resolución del Congreso de los Diputados (BOE de 4 de diciembre de 2019)

¹³ En este sentido, consideramos suficiente que el documento contractual se remita a lo dispuesto en los Pliegos sobre aquellos aspectos en que ello sea posible.

declaró que la Administración no puede permitir que con ocasión de la formalización se modifiquen los resultados de la adjudicación, ya que se debe respetar la identidad absoluta entre los términos del contrato que resultan de la adjudicación y los que finalmente se incluirán en el contrato perfeccionado (Resolución 100/2018; recurso 67/2018).

La forma del contrato

A diferencia de lo establecido en la legislación reguladora del notariado, donde se detalla extremadamente la forma de redacción y firma de una escritura pública, nada indica la legislación de contratos sobre cómo se debe componer un documento de formalización. En cualquier caso, nada impide que los Secretarios locales incorporem en nuestras organizaciones lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento del Notariado que, en relación con los instrumentos públicos, impone que *“deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”*.

En cualquier caso, sobre la forma del contrato se pronunció la Junta de Contratación de Aragón en el ya citado Informe 4/2013 de 27 de febrero, si bien el mismo se refería principalmente a la firma manuscrita de los mismos. En cualquier caso, y con independencia de la forma concreta de expresión –electrónica o manuscrita– de la firma del citado informe se infiere que mediante la firma una persona hace suyo o da conformidad al contenido del documento firmado de modo que la firma es el requisito más importante del documento en tanto que refrenda su contenido y da validez a su autenticidad. A este respecto, indica la STS de 8 de febrero de 1999 (STS 130/1999, rec. 3758/1997) que *“si faltan las firmas el documento carece de validez y si son falsas deviene también inocuo por simulado”*. En definitiva, y como indica el informe citado, la firma supone la aceptación de cuanto expresa el documento y prueba la voluntad de obligarse.

La elevación a escritura pública del contrato

Como ya se ha apuntado, el art. 153.1 LCSP prevé que *“el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos”*. A este respecto, autores como PUERTA SEGUIDO, consideran que la forma de escritura pública otorgará al documento contractual un valor probatorio superior a efectos procesales. Tenemos que manifestar nuestra disconformidad con esta tesis, al menos en el caso de los contratos públicos locales en los que por exigencia reglamentaria interviene un funcionario público que tiene encomendada la fe pública administrativa en el ámbito de la Entidad correspondiente¹⁴. No en vano, la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye dentro de la categoría de

¹⁴ Posiblemente, este autor base su tesis en el caso de las Administraciones Estatal o Autonómica donde a los efectos de la formalización del contrato no es preceptiva la intervención de funcionario que de fe del acto, siendo suficiente la del representante del órgano de contratación.

documentos públicos a los documentos autorizados por notarios y a aquellos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, otorgándoles la misma eficacia probatoria (art. 317 LEC).

Compartimos, en cambio, la opinión del Secretario de Administración Local LÓPEZ MERINO. Este autor considera que en caso de elevación del contrato a escritura pública, su otorgamiento no tendrá efectos constitutivos sino declarativos por limitarse a constatar lo derivado de la formalización que, a su vez, deriva de un acuerdo de adjudicación del órgano de contratación. Recuerda LÓPEZ MERINO que ni la Administración ni el contratista estarían facultados para otorgar un consentimiento negocial que se separe del documento administrativo de formalización. Así, el otorgamiento de la escritura se limitaría a reconocer el contrato preexistente, sin que bajo ningún concepto quepa hablar de renovación contractual. De hecho, según este autor la intervención notarial debería limitarse a la mera protocolización del documento administrativo de formalización a los solos efectos de su archivo y conservación.

El documento contractual como documento administrativo electrónico

Si bien prevista para el ámbito privado, nuestro ordenamiento ofrece una definición del "Contrato celebrado por vía electrónica" o "contrato electrónico" en el Anexo de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

Como ya hemos señalado, la LCSP no realiza ninguna mención sobre cómo debe formalizarse el contrato, más allá de la genérica mención a que el contrato se formalizará *“en documento administrativo”* que recoge el ya citado art. 153.1. A este respecto, nada se indica en la norma sobre la necesidad de que el contrato sea suscrito mediante medios electrónicos, si bien esta consideración se presume ya que desde la Exposición de Motivos el legislador señala la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria desde la entrada en vigor de la norma. A lo largo del articulado encontramos también referencias al uso de medios electrónicos en lo relativo a la presentación de proposiciones, el acceso a la información de la licitación, las comunicaciones, la presentación de facturas, etc....¹⁵.

En todo caso, estas menciones de la legislación contractual deben ser puestas en relación con la legislación de procedimiento administrativo común, aplicable subsidiariamente en materia de contratación (D.F. 4ª LCSP). Así, según el art. 26 LPAC las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada

¹⁵ En cualquier caso, como apunta GALLEGO CÓRCOLES, la implantación de medios electrónicos siquiera de extremo a extremo en el proceso de contratación pública no garantiza que se implemente una auténtica innovación administrativa, ya que ello requeriría que la solución tecnológica suponga una mejora significativa del proceso de contratación. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel en *“Contratación pública e innovación tecnológica”* Revista española de Derecho Administrativo num.184/2017 Editorial Civitas, SA

de expresión y constancia. De esta forma, se impone con carácter general que la producción de documentos administrativos -y el documento contractual lo es- se realizará a través de medios electrónicos. En consecuencia, y salvo las excepciones señaladas en el precepto apuntado, si ponemos en relación el art. 26 LPAC y el art. 153.1 LCSP se desprende que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se emitirán a través de medios electrónicos.

En todo caso, una vez formalizado y con independencia de que hubiera sido firmado de forma manuscrita o de forma electrónica, debe señalarse que el contrato constituye un documento administrativo por mandato del inciso inicial del citado art. 26.1 LPAC por tratarse de un documento válidamente emitido por un órgano de una Administración Pública. En la medida que la formalización se haya practicado por medios electrónicos, el contrato constituirá un documento administrativo electrónico entendido como *“información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico, según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado admitido en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y normativa correspondiente, y que haya sido generada, recibida o incorporada por las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones sujetas a Derecho administrativo”* (art. 46.1 RD 203/2021). A su vez, y en tanto que documento administrativo electrónico, el contrato formalizado electrónicamente tendrá el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable, como prevé el art. 3.1 de la Ley 6/2020.¹⁶

A esta referencia debemos añadir lo dispuesto en la Disp. Adicional 16ª LCSP sobre el empleo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos en la contratación que determina en su apartado 1 letra j) que *“los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos”*

Se impone, en virtud de esta previsión, como no podría ser de otra forma la remisión a las normas generales derivadas del Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por RD 3/2010 de 8 de enero así como las Normas Técnicas dictadas en su aplicación. En cualquier caso, hay que señalar que el propio legislador de contratos del Sector Público es consciente de que la regulación señalada en la LCSP no es suficiente para afrontar la plena implantación de los medios electrónicos en la tramitación de procedimientos. No en vano, en la D.A. 16ª 2 LCSP se señala que mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del

¹⁶ En lo que interesa a este trabajo debe destacarse que la citada Ley 6/2020 señala en su D.A 1ª que lo dispuesto en la citada norma no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias

Sector Público. Dicha previsión conecta con la habilitación normativa en sentido similar de la Disp. Final Sexta de la misma Ley.

En todo caso, el diseño de los procedimientos que regulen la emisión de documentos contractuales a través de medios electrónicos se enfrenta a la problemática general en la materia que sufren la totalidad de Administraciones Públicas españolas, resumidos de forma clara y contundente por HERRERO POMBO. Este autor enumera, entre otros, y a los efectos del presente trabajo, el evidente fracaso de las políticas de firma electrónica, la excesiva dependencia del sector privado en el diseño de programas, la dispersión normativa o los excesivos requerimientos jurídicos o tecnológicos impuestos a los municipios de menor capacidad de gestión.¹⁷

Con mayor o menor intensidad y peor o mejor fortuna, en la Administración Local española es bastante habitual la emisión de actos administrativos mediante firma electrónica. No en vano se trata de una obligación legal impuesta por la legislación de procedimiento administrativo común. Sin embargo, como ya hemos indicado no lo es tanto la firma de contratos administrativos, y ello porque la normativa reguladora del documento electrónico no ha previsto cómo proceder en el caso de que un documento deba ser firmado conjuntamente por un particular y un representante de la Administración. En este sentido, la NTI del documento electrónico¹⁸ no señala nada al respecto (presumiendo, de hecho, que un documento sea firmado por particulares o por la Administración pero no conjuntamente). En cualquier caso, a la hora de afrontar en nuestras organizaciones la firma de los contratos a través de medios electrónicos será necesario tener en cuenta las siguientes condiciones.

En primer lugar, deberemos asegurarnos antes que nada que la firma se produce en un entorno seguro que garantice la inalterabilidad del documento sometido a la firma. A este respecto, debemos señalar que es fundamental que el documento que se someta a la firma del adjudicatario y del representante del órgano de contratación sea efectivamente el elaborado al efecto por los servicios del órgano de contratación. No cabe así, por ejemplo, la remisión de un contrato sin firmar vía correo electrónico para “su devolución previa firma electrónica” toda vez que ni se garantiza el contenido del documento contractual ni se garantiza que las firmas electrónicas no se puedan corromper. Por analogía, y en puridad, la intervención de un fedatario público en el modelo papel debía excluir la firma de contratos remitidos al contratista vía correo postal y devueltos a la Administración para su firma una vez suscritos.

Por otro lado, en la configuración del entorno de firma deberemos ser especialmente escrupulosos con el alta y gestión de usuarios, de forma que la entrada en particulares del mismo para la firma de contratos lo sea únicamente con tales efectos. En este sentido, recomendamos encarecidamente el examen previo de las plataformas de tramitación electrónica de uso en nuestras organizaciones ya que de nada serviría asignar a sucesivos adjudicatarios perfiles de usuario previstos exclusivamente a personal o autoridades al servicio de la Administración. En ese supuesto estaríamos –

¹⁷ Por motivos de extensión no vamos a profundizar en el régimen jurídico de los documentos electrónicos. Para más información sobre el particular recomendamos la lectura de los brillantes trabajos de HERRERO POMBO reseñados en la bibliografía.

¹⁸ Resolución de 19 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado para la función pública (BOE de 30 de julio)

permitamos el uso coloquial- matando moscas a cañonazos. En cualquier caso, somos conscientes de la excesiva dependencia en este sentido de la Administración del sector privado de forma que, como lamenta HERRERO POMBO, en demasiadas ocasiones se obliga al gestor público a adaptar su actuación a las aplicaciones disponibles y no al revés, como sería lo lógico.

Algunas cuestiones prácticas

El cambio de paradigma en las formalidades y solemnidades relativas a la formalización del documento contractual nos obliga a plantearnos una serie de cuestiones.

¿Es necesario que el contrato se firme en unidad de acto y en presencia del Secretario cuando se emita a través de medios electrónicos?

Una de las principales ventajas que ofrece la Administración Electrónica consiste en la posibilidad de que los ciudadanos puedan relacionarse con la Administración, 7 días a la semana y 24 horas al día. En este sentido se plantea si, ante la posibilidad de firmar a distancia un contrato a través de medios electrónicos, sigue siendo preceptivo que la firma se desarrolle en unidad de acto, esto es mediante la concurrencia física de los representantes de la Administración y de la empresa contratista ante el fedatario público.

Podría defenderse que ninguna norma obliga a admitir la firma a distancia de los contratos, cierto es, y que, además de esa forma muchos de los problemas derivados del ejercicio de la fe pública quedarían solventados mediante la presencia física del Secretario que podría percibir y hacer constar por sí mismo aquellos elementos de los que tuviera que dar fe (y a los que nos referiremos ampliamente a continuación).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la aplicación de las normas deberá realizarse atendiendo a *“la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”* (art. 3.1 CC). No hay que perder de vista que uno de los elementos orientadores de las Directivas de 2014 consistía en fomentar la participación en las licitaciones de pequeñas y medianas empresas, señalándose expresamente en el art. 28.2 que, con ocasión de sus contrataciones las Entidades del Sector Público *“(.) promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa (...)”*. Tal y como pone de manifiesto SERRANO VIDAL, no se debe perder de vista la importante reducción de costes económicos, de tiempo y ambientales que se obtendrían si se evitaran los desplazamientos de los contratistas ante el órgano de contratación. A mayor abundamiento, y no menos importante, no se debe perder de vista que la actual coyuntura provocada por la crisis sanitaria del COVID-19 obliga a limitar al máximo el contacto social. Ello es un motivo más para defender la inconveniencia de exigir la firma del contrato en unidad de acto.

A la vista de esto, podemos concluir que es perfectamente posible admitir que los contratos que se formalicen electrónicamente se suscriban a distancia por el adjudicatario sin necesidad de exigir su presencia física en las dependencias del órgano de contratación. La respuesta afirmativa a esta cuestión conduce a plantearnos las tres siguientes preguntas.

¿Cuál debe ser el orden de las firmas?

Ante el silencio de la normativa nos debemos plantear cuál es el orden de las firmas en el documento contractual, toda vez que en el ámbito local el documento debe ser firmado por el representante del órgano de contratación, el representante (o representantes) de la empresa adjudicataria y, finalmente, por el Secretario.

A este respecto, partiendo de la base de que el contrato ha sido elaborado íntegramente por los servicios dependientes del órgano de contratación y que su contenido ha sido revisado de conformidad por el Secretario, parece lógico que la firma del representante de la empresa sea anterior a la del representante del órgano de contratación. Todo ello sobre la base de que, en su condición de fedatario la firma del Secretario debe ser la última (a fin de acreditar mediante su firma que el documento se ha suscrito correctamente). Asimismo, en ningún caso, se debe admitir un sistema que permita indistintamente la firma por cualquiera de los intervinientes sin un orden preestablecido.

En este sentido se considera que el asignar la primera firma al representante o representantes de la empresa garantiza que el contratista manifieste su aceptación del contrato remitido de forma y, consecuentemente, que el órgano de contratación a través de su representante sólo se vincularía a un documento previamente aceptado por el contratista.

En consecuencia, proponemos que el orden de las firmas sea el siguiente. En primer lugar se incorporaría la firma (o firmas) de la representación de la empresa; a continuación el o la representante del órgano de contratación y para concluir el proceso intervendría el fedatario.

¿Qué fecha será determinante en caso de no coincidencia?

Como se ha señalado anteriormente, los contratos se perfeccionan por su formalización, pero la normativa no indica cuándo se debe entender producida esa formalización en aquellos casos en que, por haberse producido a distancia, la firma del contrato se produce en fecha distinta. Debemos plantearnos en tales casos cuál debe ser la fecha determinante a los efectos de la firma del contrato. No olvidemos que la fecha del contrato puede ser determinante en los casos previstos expresamente en la ley (p.ej. la formalización determina el momento límite hasta el cual podría acordarse el desistimiento del procedimiento fundado en una infracción no subsanable de las normas del procedimiento, art. 152.2 LCSP). Asimismo, la fecha en que se entienda formalizado el contrato puede resultar relevante en los términos del propio contrato (pensemos, por ejemplo, en cumplimiento de plazos que se hagan depender de la fecha de formalización).

Ante el silencio de la norma, debemos plantearnos cuál es la fecha en que se entiende celebrado el contrato. Descartamos de antemano que la fecha de firma del Secretario sea la determinante de la fecha de formalización del contrato. No en vano, aunque la intervención del Secretario sea necesaria para dar fe de la formalización, tal y como expondremos a continuación, no parece apropiado asignar la fecha del contrato a la firma del Secretario puesto que en tal caso se le estaría asignando efectos constitutivos sin que bajo ningún concepto pueda entenderse que el Secretario es parte

del contrato. A este respecto, recordamos que la ejecución del contrato no se puede iniciar sin la previa formalización (art. 153.6 LCSP). Si difirieramos la fecha de formalización a la ulterior firma del Secretario ello obligaría a diferir la fecha de inicio de ejecución, trasladando al funcionario la responsabilidad sobre eventuales retrasos en el inicio de la prestación (pensemos en casos de bajas médicas, permisos, etc.).

Como un supuesto análogo a la firma de contratos, en materia de convenios, la LRJSP establece en su art. 48.8 que “*los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes*”. A este respecto, hay que tener en cuenta que el Código Civil señala en su art. 1262 que “*en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*.” Por otro lado, hay que tener en cuenta el principio general de libertad de pactos en materia contractual (art. 34 LCSP).

En consecuencia para determinar la fecha del contrato habrá que tener en cuenta en qué momento se presta el consentimiento, entendiéndose en tal caso que el consentimiento se presta cuando se firma por las dos partes contratantes. Si partimos de que el contrato se firma en primer lugar por el representante o representantes de la empresa adjudicataria concluiremos, por tanto, que la fecha determinante del contrato será la de la fecha de firma por el representante del órgano de contratación.

¿En qué lugar se entiende celebrado el contrato?

Esta cuestión está prevista expresamente en la LCSP, al señalar en su art. 36.4 que salvo que se indique otra cosa en su clausulado, “*los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación*”.¹⁹

¿Y si no nos vemos capaces? Posibilidad de firma del contrato en papel como último recurso

No descubrimos la rueda si afirmamos que el estado de la administración electrónica en España no es óptimo y que, de hecho, las expectativas normativas y tecnológicas están muy por encima del grado real de su implantación, si bien la coyuntura motivada por la COVID-19 ha obligado a acelerar dicho proceso. A ello se debe sumar la carencia generalizada de recursos personales, materiales y presupuestarios que las Administraciones Públicas asignan a esta cuestión o la limitada cooperación de las Administraciones territoriales de ámbito superior. Es por ello que se podría plantear si ante la imposibilidad de poner en práctica con garantías la formalización de los contratos a través de medios electrónicos resultaría viable mantener, siquiera de forma temporal, la firma de los contratos en papel, en tanto superemos los obstáculos que en cada caso se nos presenten, obstáculos que, dado lo variopinto de la realidad municipal española, tendrán origen diverso.

¹⁹ Podría pensarse que esta mención está prevista en relación con la formalización del contrato a través de medios electrónicos, debido a la posibilidad de que el contratista pudiera firmar el contrato a distancia. Nada más lejos de la realidad: la previsión del artículo 36.4 LCSP se incorporaba ya en la anterior Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (art. 27.2).

Ante esta cuestión debemos responder afirmativamente. De hecho aseguramos de forma rotunda que es preferible mantener transitoriamente la firma en papel en nuestros contratos que establecer la formalización contractual por medios electrónicos de una forma acelerada sin la necesaria reflexión previa, la revisión de procedimientos y documentos y la evaluación de las herramientas tecnológicas precisas al efecto. En este sentido, recomendamos apostar por soluciones que, aunque no deseables desde el punto de vista normativo, sean realistas en relación con los medios de los que en cada caso se dispone.

Dos son los preceptos que, a nuestro juicio, ampararían el mantenimiento – transitorio, insistimos- de la formalización tradicional de los contratos en formato papel. De un lado, el ya citado art. 26.1 LPAC que excepciona de la emisión por medios electrónicos aquellos casos en que sea preferible otra forma cuando su naturaleza exija otra forma de expresión y constancia (exigencia que, en este caso, debería ser temporal y provisional, eso sí). Y, de otro, la DA 15ª LCSP que establece excepciones al principio general de presentación de ofertas por medios electrónicos.

En cualquier caso, en el supuesto de que se opte por el mantenimiento de la formalización manuscrita de los contratos –insistimos, de forma transitoria- recomendamos adoptar, al menos dos cautelas:

1.- Que dicha circunstancia se justifique explícitamente en el expediente de contratación y en los Pliegos de la contratación, a fin de informar a los licitadores y evitar ulteriores recursos.

2.- Que una vez firmado el contrato se proceda a su digitalización, entendida como el proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en uno o varios ficheros electrónicos que contienen la imagen codificada, fiel e íntegra del documento, según definición recogida en el Anexo del RD 203/2021. Daría lugar así a una copia auténtica del documento contractual firmado manuscritamente que, como tal, quedaría incorporada al expediente de contratación²⁰.

4.- LA INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO COMO FEDATARIO.

La legislación de contratos del Sector Público a la hora de regular la formalización del contrato ignora la peculiaridad que se deriva de que los Secretarios de Administración Local deben intervenir en su condición de fedatarios si bien, como indica CARRODEGUAS MÉNDEZ dicha intervención se presupone. En este sentido, sostiene LÓPEZ MERINO que el documento de formalización reviste forma documental certificada, cuya naturaleza no difiere de la escritura pública notarial en la medida que está intervenida por un fedatario público. Con todo, como recuerda CAMPOS ACUÑA, la implantación de la administración electrónica ha generado dudas sobre la necesaria intervención de los Secretarios en la firma de los contratos. En

²⁰ Sobre copias auténticas y su distinción de las copias simples aconsejamos, una vez más, la lectura de los trabajos al respecto de HERRERO POMBO.

cualquier caso, según CASES I PALLARES, el ejercicio de la fe pública mediante la firma electrónica tiene unas características singulares en el ámbito local, en parte, por la atribución exclusiva de su ejercicio a la Secretaría Municipal. En palabras de este último autor, esta singularidad quizá haya facilitado que el legislador, en general poco sensible a las tribulaciones de las entidades locales, haya olvidado resolver las disfunciones que en este ámbito se dan.

En cualquier caso, la necesaria intervención del Secretario en la formalización del contrato está fuera de toda duda ya que el art. RD 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, incorporando contenido incluido ya en el derogado RD 1174/1987, reseña como una de las manifestaciones de las funciones de fe pública de las Entidades Locales la relativa a “*i) Actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local.*” Cabe señalar que dicho reglamento –pese a lo dilatado de su tramitación– fue aprobado ya estando en vigor la normativa de procedimiento administrativo de 2015 y la LCSP de 2017, por lo que presumimos que la intervención del secretario como fedatario en los contratos es preceptiva también cuando los mismos se formalicen a través de medios electrónicos²¹.

Asimismo, debemos recordar que en los casos en que se exija la formalización mediante escritura pública por mandato del art. 1280 CC (p.ej. los contratos de compraventa de inmuebles) no será precisa la formalización de los negocios jurídicos en documento administrativo (y por tanto la participación del Secretario como fedatario)²² Sin embargo, en estos casos, la intervención del Secretario puede ser requerida por la Alcaldía de conformidad con el art. 3.3 f) del RD 128/2018 que recoge como atribución propia de la función de asesoramiento legal preceptivo la de “*acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras (...)*”

PAZ TABOADA define la fe pública como aquella institución de derecho público por la que se crea una presunción de certeza y autenticidad sobre los hechos y actos reflejados en documentos expedidos por una persona a la que la Ley atribuye aquella facultad. Como señala este autor, el ejercicio de la fe pública produce un efecto fundamental: que los hechos y actos sobre los que se extiende la declaración del fedatario pueden ser tenidos por ciertos e indubitados sin más, sólo por ser el resultado del ejercicio de la fe pública.

Siguiendo a este autor, podemos señalar las siguientes notas de esta institución: se trata de una función pública, y como tal está regulada por el derecho público; por su naturaleza y finalidad, está íntimamente ligada con la seguridad jurídica, dado que es una de las instituciones creadas por el derecho para poder darle cuerpo.; crea una presunción de veracidad y certeza sobre los hechos a los que se extiende; requiere la intervención de determinadas personas a quienes la Ley atribuye aquella función y responsabilidad y, por último implica una actividad por parte del fedatario, que es un

²¹ Advertimos que la mayoría de las menciones que se realizan en este apartado son extensibles a los convenios por citarse junto a los contratos en el mismo artículo del RD 128/2018.

²² Así lo considera la redacción de la revista DERECHO LOCAL (EDE 2016/1006639)

tercero respecto al negocio, que concluye en una declaración de conocimiento sobre determinados hechos que aquél plasma en unos documentos públicos.

El problema de la identificación de los firmantes

Según DE LA PEÑA GUTIÉRREZ el Secretario mediante su firma en los contratos interviene sobre la identificación de los firmantes, su capacidad y legitimación -añadiendo nosotros y su representación- así como la fecha y el lugar de celebración. A este respecto, resulta orientativo el art. 145 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de junio de 1944 según el cual *“la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”*

Especialmente problemática, a efectos del ejercicio de la fe pública, resulta la identificación de los firmantes. En el ámbito administrativo no existe una norma análoga al art. 23 de la Ley del Notariado que obliga a los notarios a dar fe de haber asegurado la identificación de las partes por alguno de los medios señalados en el precepto, entre otros, la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas. Esta norma no prevé la eventual identificación electrónica o a distancia. Pues bien, en el ámbito de la fe pública administrativa no existe norma análoga en este sentido, lo que nos lleva a plantearnos de qué forma puede el Secretario de Administración Local cumplir con la obligación de identificar a los firmantes. Además, hay que tener en cuenta que la diligencia exigible en cuanto al ejercicio de esta función de fedatario no es la normal del buen padre de familia (artículo 1104 del Código Civil), sino que se exige una diligencia profesional, mucho más rigurosa, un exquisito celo y prudencia que garanticen la legalidad y regularidad de los actos que autoriza, con cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios, de acuerdo con el prestigio e importancia de la función de fe pública (SAP Madrid Sentencia núm. 314/2017 de 6 julio. JUR 2017\230784, en referencia al ejercicio de la fe pública notarial)

DE LA PEÑA GUTIÉRREZ se plantea en qué consiste la intervención como fedatario del Secretario cuando se trata de un documento firmado electrónicamente en el que posiblemente los firmantes no se reúnan físicamente en el mismo espacio. Citando al notario ROBLES PEREA, se plantea esta autora cómo se puede hablar de identificación de la persona a distancia, de su capacidad para intervenir en representación de una persona jurídica o, incluso, en qué medida se puede dar fe de que el documento no ha sido alternado en ningún momento. Como bien señala este autor se trata de una cuestión no resulta y pendiente de regulación sin que fórmulas como la legitimación de firmas, pensada exclusivamente para el tráfico jurídico en papel, puedan ser extrapoladas sin más al ámbito electrónico. Compartimos plenamente la tesis de DE LA PEÑA al señalar que *“en estos casos el Secretario nunca puede decir que el documento electrónico ha sido firmado por una persona concreta, sino que el*

documento electrónico ha sido firmado a través de un certificado de firma electrónica de una persona concreta a quién se le entregó y se responsabilizó de su uso”.

Así, como indica ALAMILLO DOMINGO la firma electrónica avanzada basada en certificado electrónico determina que el contenido del documento resulta atribuible al firmante (con independencia de que fuera él o no quién de forma efectiva firmara el documento).

A este respecto, como refiere ORIA DE RUEDA Y ELIA, la fe pública [si bien notarial] *“se apoya en la percepción sensorial del Notario y el conocimiento que ésta le proporciona de la realidad sensible. Ambas circunstancias deben estar unidas por un nexo físico exento de fisuras, ininterrumpido. Este nexo es íntegro e inatacable lógicamente cuando las declaraciones de voluntad constan o aparecen representadas gráficamente en un substrato o materia que es directamente perceptible por el Notario, pero nunca en otro caso.”*

Muy interesantes resultan en este sentido las aportaciones de MERCHÁN MURILLO, tanto por su claridad como por la tranquilidad que ofrecen, desde el punto de vista del fedatario, en un ámbito de inseguridad derivado de la intangibilidad de lo tecnológico. Señala este autor que *“La determinación de la identidad del firmante es uno de los requisitos para crear una firma electrónica válida; es decir, como condición para que una firma electrónica sea válida, debe utilizarse para identificar al signatario a través de un método que sea tan viable como apropiado, para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos (...) Antes con la firma manuscrita sobre un documento en papel, momento en que se plasmaba en el contrato, se podía identificar al firmante directamente (...) la firma electrónica no identifica por sí sola al autor de un escrito, es el prestador de servicios de certificación, de confianza según el Reglamento 910/2014 de identidad electrónica, que tiene la misión de comprobar la identidad del firmante, antes de emitir un certificado. Este hecho nos lleva a plantear la escindibilidad de la firma electrónica al no haber una conexión directa, a diferencia de lo que ocurre en la manuscrita, entre el sujeto, a través de su brazo, y el papel.”*

Ante posibles dudas sobre cómo aseverar si fue la persona identificada por el certificado digital quien firmó realmente un documento electrónico señala MERCHÁN MURILLO que *“la firma es simplemente una manifestación gráfica del consentimiento. Sin embargo, es el consentimiento el que provoca la validez del negocio y no la firma; así pues, debe tenerse en cuenta que lo realmente importante no es la firma en sí, sino el contenido que se asocia a ella como manifestación de un acto de voluntad (...) En este sentido, puede afirmarse que, en un contrato realizado en forma electrónica, si una de las partes contratantes no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, no puede decirse que no ha prestado su consentimiento en el contrato.”*

Concluye MERCHÁN MURILLO señalando que *las nuevas tecnologías invitan a profundizar en un consentimiento contractual fundado, no en la voluntad del declarante, sino en la responsabilidad o la asunción de los riesgos propios del «tráfico jurídico informático pues, como indica el Profesor MADRID PARRA desde un punto de vista jurídico, se le imputarán todos los efectos jurídicos al titular ya que, dejando al margen los supuestos delictivos de obtención fraudulenta de una firma electrónica, en la mayoría de los casos de cesión voluntaria de la firma electrónica sobre la base de la*

confianza en otra persona, será jurídicamente irrelevante que no haya sido el titular de la firma quien efectivamente la haya aplicado, ya que la persona confía en la que firma, aunque surja el riesgo de que no es quien dice ser, debe actuar en consecuencia: evaluando el riesgo y protegerse del mismo. Por ello, en el balance del riesgo está la confiabilidad, que nos llevará a una firma más fiable y/o más segura.

Poco se puede añadir a lo apuntado a este respecto por el autor citado. Nada más, recordar que en las relaciones administrativas rigen los principios de buena fe y confianza legítima. En cualquier caso, para mayor seguridad del fedatario recomendamos incorporar en los Pliegos de Cláusulas las tesis apuntadas en los párrafos anteriores, tal y como señalaremos en el apartado de conclusiones. Abunda en la tesis señalada anteriormente que el reciente RD 203/2021 por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos ha establecido el principio general de que la Administración no será responsable de la utilización por terceras personas de los medios de identificación personal y firma electrónica del interesado, salvo que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Con la cautela de apuntar las diferencias entre la fe pública administrativa de los Secretarios de Administración Local y la fe pública notarial, cabe señalar que respecto al ejercicio de la fe pública notarial ejercida a través de medios electrónicos se pronuncia el art. 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862²³, al señalar que los instrumentos públicos notariales no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes.

Remite este precepto al desarrollo reglamentario de los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico señalando que en todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia, y según este precepto,

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

En todo caso, debemos recordar que por mandato expreso del RD 128/2018 antes citado la intervención del Secretario como fedatario resulta preceptiva en todos los contratos y convenios en que intervenga la Entidad. Es por ello que la falta de definición normativa del alcance de esta cuestión no justificaría una inhibición del

²³ Evidentemente, el precepto que ahora se comenta no se incluía en la redacción original de la Ley sino que se incorporó a la misma mediante Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Secretario en el acto de formalización del contrato. Por un lado, porque dicha omisión podría afectar a la formación y validez del contrato mismo. Pero, sobre todo, porque la dejación de funciones y el incumplimiento del mandato normativo en estas funciones podría dar lugar a responsabilidad del Secretario. No en vano, la falta de firma del Secretario no implicará la nulidad absoluta del procedimiento de contratación, ni que el mismo sea anulable, sino que el acto de formalización se halla incompleto²⁴.

En este sentido, en el apartado de conclusiones ofreceremos una serie de cautelas o recomendaciones prácticas a fin de resolver, siquiera de forma momentánea, la problemática que esta situación plantea a los efectos de fe pública. Con todo, debe señalarse que, más que deseable, resulta imprescindible una regulación normativa que de forma clara e indubitada determine el alcance de la intervención del fedatario cuando la formalización del negocio jurídico se otorgue a través de medios electrónicos.

Fe pública en los contratos y control de legalidad

Una cuestión nunca aclarada en relación con el ejercicio de la fe pública por los Secretarios de Administración Local consiste en valorar si la misma comprende algún tipo de función de control de legalidad. A este respecto, señala PAZ TABOADA que en estos casos el ejercicio de la fe pública impone al fedatario el control de legalidad, por lo que debe revisar el documento contractual y sus antecedentes, de forma que si considera que existen irregularidades debe expresar las oportunas advertencias a los comparecientes, so pena de incurrir en responsabilidad.

Somos conscientes de que nos encontramos ante una cuestión polémica y controvertida que genera encendidos debates en el seno de nuestra profesión. En este sentido, un principio elemental de prudencia nos obliga a recomendar que se adviertan las posibles irregularidades que se detecten en aras de la tranquilidad profesional y, sobre todo, personal del funcionario. Podría alegarse en contra de esta consideración el hecho de que el RD 128/2018 se limita a señalar que la intervención del Secretario en estos casos se limita a actuar como fedatario. Sin embargo, como recuerda MARTÍNEZ VILA, en el ámbito notarial la intervención en escrituras implica el control de que el otorgamiento se ajusta a la legalidad, tal y como hemos señalado anteriormente.

Con todo, hay que recordar que según la DA 3ª LCSP, la aprobación del expediente de contratación deberá ir precedido del informe jurídico del Secretario -o del titular de la Asesoría Jurídica en los municipios del Título X- por lo que, en principio, aquellas cuestiones relativas a la legalidad del expediente ya habrían tenido que ser puestas de manifiesto con ocasión de su emisión. De esta forma, a la hora de controlar la legalidad en la formalización, entendemos que las principales comprobaciones deben ir dirigidas a comprobar que el documento contractual se ajusta a las condiciones de licitación y adjudicación y que el adjudicatario ha cumplido la totalidad de obligaciones previas a la formalización señaladas en el Pliego.

En todo caso, parece que sin perjuicio de las advertencias que se puedan formular, ello no habilitaría al Secretario a negarse a intervenir el contrato. Así parece

²⁴ Revista de Derecho Local, consulta EDE 2018/650448

desprenderse de la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 20 de mayo de 208 (Rec. 63/2007, LA LEY 39222/2008), en la que se anulaban las previsiones de una modificación del Reglamento Notarial en el sentido de prever un control de legalidad superior al establecido legalmente que obligara a los Notarios a negarse a otorgar las escrituras.

A modo de conclusión del presente apartado, podemos señalar que es preceptiva la intervención del Secretario como fedatario en la formalización del contrato; que dicha intervención tendrá por objeto valorar la identificación, capacidad y legitimación de las partes; que le corresponderá, además, comprobar que el documento contractual se ajusta a los Pliegos y a los términos de la licitación y que el adjudicatario ha cumplido con sus obligaciones previas; finalmente, recomendamos que el Secretario haga constar su advertencia respecto de las cuestiones de legalidad que se deriven respecto de todas las comprobaciones anteriores y sin perjuicio de lo que se hubiera informado con anterioridad en el expediente. En cualquier caso, el alcance de esta función no está adaptado normativamente al ejercicio de la fe pública a través de medios electrónicos. En el apartado de conclusiones tratamos de señalar una serie de cuestiones o recomendaciones para afrontar esta problemática.

5.- LA PUBLICACIÓN DEL DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN: TRANSPARENCIA VS. PROTECCIÓN DE DATOS.

El art. 154.1 LCSP²⁵ dispone que *“la formalización de los contratos deberá publicarse, junto con el correspondiente contrato, en un plazo no superior a quince días tras el perfeccionamiento del contrato en el perfil de contratante del órgano de contratación. Cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada, el anuncio de formalización deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea»*”. A este respecto, debe destacarse que una novedad de la LCSP 2017 respecto del régimen anterior consiste en la necesidad de que, junto con el anuncio de formalización se publique “el correspondiente contrato”.

Asimismo, debe señalarse que, según el art. 203.3 LCSP, las modificaciones del contrato, además de formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63. Se puede plantear la duda, si el documento de formalización de las modificaciones contractuales debe ser o no objeto de publicación. En este sentido, consideramos que el documento de formalización de las modificaciones del contrato también deben ser objeto de publicación y ello pese a la dicción literal del art. 203.3 LCSP que no remite expresamente al art. 154 de la misma.

En cualquier caso, la publicación de los anuncios de formalización y de los correspondientes documentos contractuales se deberá realizar en el perfil del contratante en los términos del art. 63 LCSP. Respecto de este precepto debemos remitirnos a su vez a la regulación que sobre la Plataforma de Contratación del Sector Público se

²⁵ Recientemente, la STC 28/2021, de 18 de marzo declaró que los párrafos segundo y tercero del apartado 7 de este precepto no son conformes con el orden constitucional de competencias, en los términos de su fundamento jurídico 7 B) e).

establece en el art. 347 sobre alojamiento de los perfiles del contratante en dicha Plataforma o en las que, en su caso se crearan por las Comunidades Autónomas²⁶. La información publicada al respecto permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información (art. 63.1 párrafo segundo LCSP).

La novedosa obligación de publicar el contrato conlleva un posible conflicto entre dicha obligación, prevista en la legislación de contratos del sector público, y la normativa sobre protección de datos personales. Como colectivo profesional, los Secretarios de Administración Local no nos podemos desentender de esta cuestión. No en vano, la DA 3ª LCSP atribuye a los Secretarios de las Entidades Locales –en el caso de Municipios de Gran Población a los Titulares del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno- la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

A este respecto, debemos poner en relación la legislación de contratos, básicamente el art. 63 LCSP antes citado, con lo dispuesto en la normativa de protección de datos, constituida por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que implementa en el derecho interno el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos

Es necesario partir, a muy grandes rasgos que la legislación de protección de datos obliga, con carácter general, a que cualquier tratamiento de datos -y una publicación lo es- se fundamente en una base legítima del tratamiento o, en su defecto, se recabe el consentimiento de los afectados. A este respecto, debe señalarse que según el art. 4 del Reglamento comunitario constituyen datos personales *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*. El art. 5 del Reglamento impone el principio de minimización de datos, de forma que los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

Por otro lado, debe recordarse que los datos relativos a las personas jurídicas no están amparados por la normativa (considerando 14 del Reglamento). Asimismo, hay que tener en cuenta que el art. 18 LOPD prevé que, salvo prueba en contrario, se presumirán legítimos los tratamientos relativos a datos de contacto y función o puesto de personas físicas que presten servicios en personas jurídicas así como los datos relativos a los empresarios individuales y a los profesionales liberales, cuando se refieran a ellos únicamente en dicha condición y no se traten en su condición de

²⁶ Respecto este artículo, recientemente la STC 28/2021, de 18 de marzo declaró la inconstitucionalidad del inciso *“de forma excluyente y exclusiva”* del párrafo quinto del apartado 3 del citado artículo 347. Por otro lado, la parte subsistente de dicho precepto deberá ser interpretada en los términos del fundamento jurídico 8 D) de la referida sentencia.

personas físicas. Dicha mención resulta relevante, en este sentido, a los efectos de la inclusión en el contrato del domicilio profesional o social de la empresa adjudicataria (no así el domicilio personal del firmante, el cual no se deberá consignar en el contrato bajo ningún concepto) .

Trataremos de armonizar la exigencia legal de publicar el documento contractual con el necesario respeto a la protección de datos de las personas intervinientes en el mismo. Avanzamos, en cualquier caso, que la solución a esta problemática no está exenta de conflicto por no haberse resuelto normativamente de manera expresa.

Así, de cara a la publicación del documento de formalización de los contratos y a la evaluación de una posible intromisión ilegítima en la esfera de los derechos en materia de protección de datos personales, debemos partir que en los documentos contractuales aparecen una serie de datos de carácter personal susceptibles de ser afectados por la publicación. Dichos datos consisten, por ejemplo, en la identidad de los firmantes (tanto los representantes de las empresas adjudicatarias como los de la Administración y los fedatarios); los documentos identificativos de cada uno de ellos (básicamente documento nacional de identidad o NIE o pasaporte), bien porque se exprese en el contenido del documento, bien porque conste en las propiedades de las respectivas firmas electrónicas; los mismos datos referidos a la empresa adjudicataria en la medida que se trate de una persona física y, por último, la firma (expresada de forma manuscrita o electrónica).

En relación con la identidad de la empresa adjudicataria, ninguna duda cabe sobre la obligación de publicar los datos de identificación de la empresa adjudicataria. Nada impide la publicación de los datos de las personas físicas adjudicatarias de contratos, ya que en todo caso, se trataría de datos relativos a la esfera profesional o económica en el marco de relaciones consentidas reguladas por una ley que impone dicha publicación en aras del principio de transparencia. Mayores problemas plantea la publicación de los datos de identificación fiscal de las empresas cuando se traten de empresarios individuales, toda vez que en estos casos coincide con el Documento Nacional de Identidad de su titular. Nos remitimos a lo que se señalará a continuación en relación con la identificación de datos personales de los intervinientes en el contrato.

Sobre la problemática de la publicación de tales datos de identificación se pronunció en primer lugar la Agencia de Protección de Datos y el Consejo de Transparencia de Buen Gobierno (Criterio Conjunto 004/2015 de 23 de julio), si bien con referencia únicamente a la firma manuscrita. Debe señalarse, en todo caso, que este documento es anterior a las actuales normativas de Contratos y de protección de datos. Más recientemente, y ya bajo el marco normativo actual, la Autoridad Catalana de Protección de Datos aprobó su Dictamen CNS 1/2019 de 29 de enero. Posteriormente, dicho criterio de la Autoridad Catalana de Protección de Datos se plasmó en la Nota Informativa 1/2019 de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña²⁷.

A este respecto, como elementos comunes de ambos documentos cabe señalar la necesidad de que los organismos y entidades del sector público publiquen la identidad

²⁷ Los pronunciamientos citados son fácilmente accesibles en las respectivas páginas web de los organismos citados.

de las personas intervinientes en el contrato, justificando dicha mención en el principio de transparencia. A ello, debemos añadir, que los datos relativos a la representación de las empresas con carácter general son datos susceptibles de ser publicados en la medida que los mismos deben ser objeto de inscripción en registros públicos. Sobre la identificación de las personas intervinientes en el contrato en representación de la Administración Pública -y los funcionarios que dan fe del mismo, añadimos-, señala la Autoridad Catalana que la publicación relativa a su participación en el contrato resulta pertinente a efectos de su identificación. Ello sin perjuicio de que en situaciones de especial vulnerabilidad (como la de las víctimas de violencia de género, por ejemplo) no se deban difundir tales datos.

Por el contrario, la publicación de los documentos de identificación, según la Autoridad Catalana resulta contraria al principio de minimización, toda vez que no aporta elementos adicionales a la información de la identificación y, en cambio, podría ocasionar graves perjuicios al afectado. Apunta, en este sentido, la Autoridad Catalana la D.A. 7ª de la LPAC (introducida por la LO 3/2018) que prohíbe la publicación conjunta de los documentos de identidad junto con el nombre y apellidos de las personas. En este punto, sin llegar a discrepar del criterio de la Autoridad Catalana, apuntamos la problemática que se plantea en relación con la adecuada publicidad y la manera de identificar a los adjudicatarios en supuestos como que la razón social de los empresarios individuales no coincida exactamente con su nombre y apellidos o el caso de empresarios con nombres y apellidos muy generalizados. Podemos ofrecer, como solución intermedia, en base a la citada DA 7ª LPAC la posibilidad de reseñar en el contrato cuatro cifras aleatorias del documento de identificación²⁸.

En línea similar la Agencia de Protección de Datos estatal y el Consejo de Transparencia en el criterio conjunto antes expuesto consideran que la publicación del dato del DNI sería superflua. Igualmente señalan estos organismos, la firma manuscrita constituye un dato que no se debe publicar²⁹.

De esta forma, en principio, no habría inconveniente en publicar un contrato en el que se incluyera la identidad de los firmantes sin ninguna mención a su documento nacional de identidad. Mayores problemas presenta, en cambio, la publicación de un documento firmado electrónicamente en el que la propia firma electrónica incluya los datos del documento nacional de identidad, bien en la representación gráfica de la información de la firma bien en la información que se muestra en las propiedades de la firma electrónica del propio documento³⁰.

²⁸ A este respecto, recomendamos la lectura de las orientaciones de la AEPD de fecha 4 de marzo de 2019 relativa a la publicación de estos datos en la que señalado un DNI con formato 12345678X, se publicarán los dígitos que en el formato que ocupen las posiciones cuarta, quinta, sexta y séptima. En el ejemplo: ***4567**.

²⁹ Según el tenor literal de este documento se exceptúa en este caso la firma cuando “se corresponda con un cargo público en el ejercicio de las competencias que tiene conferidas”. Causa extrañeza esta mención, toda vez que la firma manuscrita de un cargo público deberá merecer cuanto menos la misma protección jurídica en cuanto a dato que la de un particular o, más aún incluso, en atención a las facultades públicas que dicha firma tiene atribuidas y las consecuencias que se derivarían de una reproducción fraudulenta de las mismas.

³⁰ Recientemente, la AEPD ha publicado su Dictamen 2020-0088 en el que se pronunció sobre la necesidad de suprimir del certificado electrónico de empleado público el DNI/NIE, para proteger los datos personales de los empleados públicos. A este respecto, concluye la autoridad de control que no siendo el DNI/NIE/NIF un dato que deba legalmente figurar en los actos administrativos, el mismo no debería figurar ni en los certificados electrónicos ni en la firma

Sobre esta cuestión, la Autoridad Catalana de Protección de Datos propone dos alternativas. Valorar la conveniencia de publicar los documentos sin incorporar las firmas electrónicas. O bien, sustituir el documento por una imagen del mismo, de forma que no se pueda consultar los datos de la firma en las propiedades del documento.

En cualquier caso, como se recuerda por la Agencia de Protección de Datos y el Consejo de Transparencia, en el supuesto de que el documento publicado no sea el efectivamente firmado se deberá hacer constar algún tipo de mención de que el documento se encuentra efectivamente firmado aunque las firmas no resulten visibles.

De este modo, según el criterio de la Autoridad Catalana se propone dissociar los datos de la firma. Con todo, este criterio, asumido con posterioridad por la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, conlleva el problema de que podría contravenir el tenor literal de la LCSP que se refiere genéricamente al “contrato” –entendemos que firmado- sin hacer ninguna salvedad a los datos personales. De ello podría deducirse que la voluntad del legislador (de contratos del sector público) es que se publiquen los contratos efectivamente firmados, entrando en contradicción con la voluntad del legislador (en materia de protección de datos). En consecuencia, nos encontramos ante una antinomia en la que el operador jurídico se debe enfrentar a la contradicción entre dos normas de igual rango.

Ante ello cabría apuntar las siguientes alternativas. O bien, cumplir con el tenor literal de la LCSP y, en consecuencia, publicar el contrato tal y como ha sido firmado (siendo en ese caso recomendable cuando menos, recabar el consentimiento de las personas cuyos datos se van a publicar o al menos informarles de dicha circunstancia en el propio contrato). Como segunda opción, publicar el documento sin incorporar las firmas electrónicas. A este respecto, podría considerarse la aplicación del art. 26.3 LPAC que establece que *“no requerirán de firma electrónica, los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones Públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como aquellos que no formen parte de un expediente administrativo. En todo caso, será necesario identificar el origen de estos documentos”*. No obstante lo anterior, surgen dudas razonables sobre si “el contrato” a que se refiere el art. 154.1 LCSP encaja dentro del concepto de “documento con carácter meramente informativo” de la LPAC. Por último, cabría publicar una “imagen” del documento firmado de forma que no sea posible acceder a la información de las firmas.

En cualquier caso, y con independencia de la solución que se adopte se recomienda en aras del principio de transparencia, incluir en el documento o en el anuncio alguna mención que clarifique exactamente qué documento se está publicando y por qué razones. En todo caso, aconsejamos de forma previa a cualquier solución, plantear una consulta al delegado de protección de datos de la Entidad Local. No en vano, corresponde a este órgano *“ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de*

electrónica, garantizándose en todo caso que no se tiene conocimiento del mismo a través de los sistemas de código seguro de verificación, pudiendo optarse, entre otros posibles sistemas de identificación adicionales, por otros números de identificación, por el reflejo del cargo/departamento en que se encuadra el empleado público o, incluso, por la ampliación de los supuestos de uso de seudónimo, atendiendo a la actividad pública desarrollada. El citado documento está accesible en la página web de la Agencia.

la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación” (art. 39.1 c) Reglamento Ley General de Protección de Datos).

6.- CONCLUSIONES: ALGUNAS RECOMENDACIONES PRÁCTICAS

A modo de conclusiones, pasamos a exponer algunas recomendaciones prácticas que permitan poner remedio a la problemática expuesta en las páginas anteriores. En este sentido, se hace constar que las presentes recomendaciones se formulan sobre la premisa de que el contrato se firme a distancia, sin la presencia física simultánea en el mismo espacio de contratista, representante de la Administración y fedatario.

1.- Por muy básico que resulte, debemos empezar por lo más elemental. No se debe mentir en el documento contractual. La fe pública es incompatible con la inexactitud y obliga a un ejercicio de exquisita fidelidad con la realidad. En este sentido, en la medida que el documento no se formalice en unidad de acto deben eliminarse menciones como “reunidos” o, en general, aquellas que aludan a la concurrencia en unidad de acto de todos los intervinientes en el contrato (como por ejemplo la fecha o el lugar de suscripción del contrato).

2.- Directamente relacionado con lo anterior, recomendamos la lectura y revisión detenida de los modelos de documentos contractuales utilizados en nuestros Ayuntamientos. En este sentido, debe recordarse que el cambio del método de firma de los contratos de nuestro Ayuntamiento obliga a reflexionar sobre su contenido, toda vez que la diferente forma de otorgamiento del documento implicará necesariamente una modificación de lo expresado en el mismo.

3.- En este sentido, hay que recordar que el documento contractual se firma una sola vez y luego sobre un único documento electrónico se pueden expedir cuantas copias se estime necesario. Así, habrá que evitar referencias al número de ejemplares que se firman con ocasión de la firma.

4.- Recomendamos, asimismo, que aquellas cuestiones sobre las que el Secretario se pronunciaba dando fe de manifestaciones del contratista sean sustituidas por declaraciones expresas del adjudicatario de forma que fórmulas del estilo “*Ante mí, el contratista manifiesta que dicho poder no ha sido suspendido, limitado o revocado*” sean sustituidas por otras que indiquen “*mediante la firma del presente documento, el contratista declara que dicho poder no ha sido suspendido, limitado o revocado*”

5.- Aunque ello dependerá de la disponibilidad de la aplicación informática o entorno en que se firme el contrato se recomienda sustituir la inclusión de anexos al documento contractual por la declaración de conocimiento y aceptación de tales documentos (como, por ejemplo, los Pliegos reguladores de la licitación). En este sentido, al tratarse de documentos firmados electrónicamente, dichos documentos se pueden identificar perfectamente, se recomienda, además, añadir una cláusula en este sentido o similar:

“En tanto que la presentación por parte del contratista de la proposición para esta contratación implicó la aceptación incondicionada de los documentos que integran

el contrato, mediante su firma electrónica el contratista declara conocer y aceptar dichos documentos en su integridad, sin ningún tipo de reserva o salvedad.”

En cualquier caso, lo que no cabría bajo ningún concepto sería “refirmar” documentos obrantes en el expediente y firmados con anterioridad porque existe el riesgo de corromperlos.

6.- En la medida que la fecha de formalización del contrato es incierta y dependerá de las vicisitudes del proceso de firma electrónica se recomienda revisar en los Pliegos las menciones a la fecha de inicio del contrato, de forma que se evite remitir dicha fecha a la formalización del contrato y que ésta sea sustituida genéricamente por *“la fecha que se determine en el documento de formalización”*.

7.- Bajo ningún concepto se pueden combinar en un mismo documento firma electrónica y manuscrita. Aunque firma manuscrita y firma electrónica comparten el ser una forma de expresión del consentimiento, por su propia naturaleza el contrato debe ser un documento único. Si combinamos los dos sistemas de firma tendremos, de un lado, un documento firmado electrónicamente que no reunirá todas las firmas necesarias y, por otro, un documento firmado manuscritamente que también adolecerá de las restantes firmas necesarias para completar el contrato.

8.- Debemos revisar los entornos de firma, con la finalidad de controlar en todo momento la integridad del documento y garantizar que el documento firmado corresponde con el elaborado por los servicios de contratación. En este sentido, será necesario comprobar las condiciones de alta y permisos de los usuarios en función de la aplicación que utilicemos.

9.- La totalidad de las firmas se deben realizar en el mismo entorno de firma, con la finalidad de garantizar que los metadatos del documento se incorporan adecuadamente. Bajo ningún concepto se deben admitir fórmulas que impliquen el “refirmado” de documentos (toda vez que ello podría corromper las firmas anteriores). En ningún caso, además, se puede sustituir el entorno de firma por otras formas de envío del documento para su firma como, por ejemplo, el correo electrónico u otras plataformas similares de intercambio de información.

10.- En relación con la problemática que se plantea en relación con la identificación recordamos que, salvo delito o fraude, un certificado digital se presume utilizado única y exclusivamente por su titular, tal y como ha recordado recientemente el art. 15.4 del RD 203/2021. A este respecto, se recomienda que en los Pliegos se incorpore alguna mención en este sentido, en el marco de los principios de buena fe y confianza legítima. Así, a modo de ejemplo:

“Corresponde al titular del correspondiente certificado electrónico disponer las medidas adecuadas para su correcta utilización. El Ayuntamiento no se responsabiliza de un uso negligente o inadecuado del certificado, correspondiendo en exclusiva dicha responsabilidad a su titular”.

11.- Ante la posibilidad de que el documento sea firmado en fechas distintas, se recomienda que en el propio documento se aclare en qué fecha se entiende formalizado el contrato. A este respecto nos inclinamos porque sea la fecha de firma por el

representante del órgano de contratación, una vez firmado el contrato por el representante de la adjudicataria.

12.- Se recuerda que de conformidad con el art. 154 LCSP el documento contractual debe ser objeto de publicación, lo que obligará necesariamente a revisar los términos en que se encuentra redactado. En este sentido ante el conflicto entre la normativa de contratación y la de protección de datos de carácter personal se recomienda utilizar alguna de las alternativas señaladas en el apartado anterior.

13.- Se recomienda que todas estas cuestiones se incorporen al contenido de los Pliegos para su conocimiento por licitadores y adjudicatario y, en general, como medida que redunde en beneficio de la seguridad jurídica y la transparencia, garantías ambas de la confiabilidad que se atribuye a la fe pública.

14.- Como fórmula de último recurso en caso de extrema necesidad, se considera viable que el contrato sea firmado de forma manuscrita y, posteriormente, y previa digitalización se expida una copia auténtica del mismo para incorporarla al expediente electrónico de contratación. En cualquier caso, esta opción deberá ser necesariamente provisional, a la vista del mandato en el empleo de medios electrónicos en la contratación, que entendemos extendida a la firma del documento de formalización.

7.- BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALAMILLO DOMINGO, Ignacio *Las tecnologías de registro distribuido (blockchain) y la transformación del procedimiento administrativo* El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 1, Sección Innovación y e-Administración, Enero 2019, pág. 57, Editorial Wolters Kluwer

CANTERA CUARTANGO, Jose Manuel. “*El perfeccionamiento y la formalización del contrato en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modifica la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*” en El Consultor de los Ayuntamientos, No 2, Sección Actualidad, Quincena del 30 Ene. al 14 Feb. 2011, Ref. 152/2011, pág. 152, tomo 1, Editorial LA LEY

CAMPOS ACUÑA, Concepción. “*Las funciones electrónicas de los Secretarios en el Real Decreto 128/2018.*” El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 5, mayo 2018, pág. 58, editorial Wolters Kluwer

CARRODEGUAS MÉNDEZ, Roberto. “*El papel protagonista del Funcionario de Habilitación Nacional en el expediente de contratación de los municipios de pequeña población*”. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 9, Septiembre 2019, pág. 73, editorial Wolters Kluwer

CASES I PALLARES, Jordi. “*La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público*”. Revista de estudios locales. Cunal, Nº. 205, 2017, págs. 34-54

DE LA PEÑA GUTIÉRREZ, María Rosa. “*Las funciones de Secretaría*” en Revista de Estudios Locales CUNAL nº 221, Monográfico 2019

- HERRERO POMBO, César El nuevo procedimiento administrativo (electrónico): los diez escalones que aún no hemos subido. El Consultor de los Ayuntamientos, No 3, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 15 al 28 Feb. 2016, Ref. 260/2016, pág. 260, Editorial Wolters Kluwer
- HERRERO POMBO, César. El problema de las copias simples y su falta de regulación (1). El Consultor de los Ayuntamientos, No 7, Sección Innovación y e-Administración, Julio 2018, pág. 57, Editorial Wolters Kluwer
- HERRERO POMBO, César. *¿Identificación o firma en la recepción de notificaciones? Aspectos prácticos y ejercicio digital de la fe pública administrativa.* El Consultor de los Ayuntamientos, No 15, Sección Opinión / Actualidad, Agosto 2016, Ref. 1774/2016, pág. 1774, Editorial Wolters Kluwer
- LÓPEZ MERINO, Francisco. “Naturaleza del documento de formalización de los contratos de los entes locales” en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA), núms. 300-301, 2006.
- MARTÍNEZ VILA, Ignacio. *¿Es necesaria la firma de la Secretaría Municipal en las resoluciones de la Alcaldía* El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 4, Sección Práctica Local, Quincena del 28 Feb. al 14 Mar. 2013, Ref. 421/2013, pág. 421, tomo 1, Editorial LA LEY
- MARTÍNEZ VILA, Ignacio. *La utilización de la firma electrónica en el ejercicio de las funciones de fe pública de la Secretaría Municipal. Aspectos prácticos* El Consultor de los Ayuntamientos, No 5, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mar. 2015, Ref. 610/2015, pág. 610, Editorial LA LEY
- MERCHÁN MURILLO, Antonio. *La identidad electrónica como elemento fundamental del contrato.* Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num.47/2018 Editorial Aranzadi, S.A.U.
- PAZ TABOADA, Manuel. “La función de fe pública en las Corporaciones locales, su finalidad y alcance. Sus manifestaciones, en especial, actas, certificados y copias auténticas”. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 Feb. 2006, Ref. 402/2006
- PUERTA SEGUIDO, Francisco en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Coord GALLEGO CÓRCOLES, Isabel y GAMERO CASADO, Eduardo). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, marzo 2018.
- SERRANO VIDAL, Francisco. “La implementación de la eContrata en la Administración Local Provincial: de lo virtual a lo real. La experiencia de la Diputación Provincial de Valencia. Un largo camino por recorrer.” Contratación Administrativa Práctica, Nº 137, Sección Contratación práctica, Mayo 2015, Editorial LA LEY
- VICENTE IGLESIAS, Jose Luis en “Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público”. 2ª edición. Editorial LA LEY, Madrid, enero 2011.

WOLTERS KLUWER, Editorial. “*Formalización del contrato mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación*”. Contratación Administrativa Práctica, No 160, Sección Contratación práctica, Marzo-Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer.

RELACIÓN DE NORMATIVA CITADA Y ABREVIATURAS

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP o LCSP 2017). Asimismo, para mejor comprensión del texto puntualmente se cita la derogada ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).
- Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RD 203/2021).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (RD 128/2018).
- Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (en adelante CC).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.
- Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG).

- RD Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.
- Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (ENI)
- Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico.