

DIFERENCIAS EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS OBLIGACIONES DE RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE, DE IDENTIFICARSE Y DE EMPLEAR FIRMA ELECTRÓNICA

Francisco A. Bravo Virumbrales (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

Durante las últimas décadas, España ha experimentado una notoria evolución en el ámbito de la Administración electrónica, que la ha llevado a destacar como uno de los Estados miembros de la Unión Europea más avanzados en este campo. Así se pone de manifiesto, sin ir más lejos, por la propia Comisión Europea en su informe anual denominado “*State-of-play report on digital public administration and interoperability 2021*”.

De este modo, partiendo de una desconfianza normativa inicial hacia el uso de la informática², cuyo empleo en el sector público vino siendo excepcional durante mucho tiempo, se ha pasado a una situación contraria, en la que la legislación ha avanzado, en ocasiones, por delante de la propia evolución social, generando algunas dudas en cuanto a aspectos concretos de su aplicación y llegando a constituir, incluso, una barrera para determinados interesados en sus relaciones con las Administraciones públicas.

Entre las dudas y confusiones conceptuales que se producen en la práctica diaria, existen algunas tan fundamentales como la distinción entre los deberes de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas, de identificarse electrónicamente y de emplear sistemas de firma electrónica que, por mucho que puedan estar relacionados, difieren en cuanto a las situaciones en que resultan exigibles.

En efecto, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), regula en su artículo

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

² La única mención constitucional se contiene en el artículo 18.4 de nuestra Carta Magna, precisamente para prevenir su abuso en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

14 el derecho y la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas, diferenciando entre aquellos sujetos que se encuentran obligados a relacionarse por medios electrónicos –que son los previstos en su apartado 2, entre los que se encuentran las personas jurídicas; las entidades sin personalidad jurídica; quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen en ejercicio de dicha actividad profesional; los empleados de las Administraciones públicas, para los trámites y actuaciones que realicen en su condición de empleados públicos, y quienes actúen en representación de un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente- y aquellos otros que únicamente tienen el derecho, pero no el deber, de relacionarse por tales medios –que son los previstos en su apartado 1, esto es, las personas físicas-. No obstante, respecto de estas, el apartado 3 completa la regulación permitiendo a las Administraciones públicas que reglamentariamente puedan establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios³.

Por su parte, la identificación electrónica se contempla en el artículo 9 de la LPACAP, exigiéndose en su artículo 11.1 para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo. El referido artículo 9 permite la identificación a través del Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente⁴ (apartado 1) o a través de los sistemas de identificación electrónica que se establezcan (apartado 2). Con carácter general, podría afirmarse que la utilización de los medios previstos en uno u otro apartado dependerá de la forma de relacionarse con la

³ Haciendo uso de esta posibilidad, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, fue dictado el Decreto 188/2021, de 21 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la obligación de relacionarse por medios electrónicos con la Administración de la Comunidad de Madrid del personal a su servicio y de los participantes en procesos selectivos. Anteriormente, la DA 1ª del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, había hecho lo propio en el ámbito de la Administración General del Estado, a pesar de la dificultad que para los opositores o candidatos en tales procesos selectivos pueda suponer en algunos casos.

⁴ Tras la reforma del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, por el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, el DNI ha pasado a ser, para los ciudadanos españoles que se encuentren dentro del territorio nacional, “*el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular*”, como señala su Preámbulo.

Administración, de modo que, si es electrónica, procederán los previstos en este, en tanto que, si es presencial, resultará aplicable lo dispuesto en aquel. Los artículos 26 y siguientes del 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 (en adelante, Real Decreto 203/2021), regulan los requisitos mínimos de los distintos sistemas de identificación electrónica.

En tercer y último lugar, la firma electrónica se regula en el artículo 10 de la LPACAP, que también diferencia entre las relaciones presenciales, en las que *“Los interesados podrán firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento”* (apartado 1), y las relaciones electrónicas, en cuyo caso se considerarán válidos a efectos de firma únicamente los sistemas de firma o sello electrónico previstos en su apartado 2. Dicho precepto se desarrolla en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (en adelante, Ley 6/2020), que ha sustituido y derogado la anterior Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

No obstante, a diferencia de lo que sucede con el deber de identificación, solamente se requerirá el uso obligatorio de firma en los supuestos tasados del artículo 11.2 de la LPACAP; a saber, para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos⁵. Esta diferencia queda plasmada en la propia Exposición de Motivos de la Ley, afirmando que *“este título dedica parte de su articulado a una de las novedades más importantes de la Ley: la separación entre identificación y firma electrónica y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, sólo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado”*. En todo caso, de conformidad con el artículo 29.2 del Real Decreto 203/2021, *“El uso de la firma electrónica no excluye la obligación de incluir en el documento o comunicación electrónica los datos de identificación del interesado y, en su caso, del representante o la representante”*.

⁵ Nótese que se trata exactamente de los mismos supuestos para los cuales el artículo 5.3 de la LPACAP requiere la acreditación de la representación.

Además, el artículo 10.4 de la LPACAP permite, en aquellos supuestos en que lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, admitir los sistemas de identificación contemplados en la misma como sistema de firma, cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados, mientras que el artículo 30 del Real Decreto 203/2021 posibilita la identificación o firma electrónica de las personas interesadas mediante personal funcionario público habilitado, siempre que no exista obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 66.1.e) de la LPACAP incluye la “*Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio*” como parte del contenido mínimo de las solicitudes de iniciación de los procedimientos administrativos, si bien el artículo 68 preceptúa que, en caso de omitirse, deberá concederse un plazo de subsanación de diez días. Este mismo precepto, en su apartado 4, prevé que, si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, deberá requerírsele para que la subsane a través de su presentación electrónica, si bien “*se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación*”, por lo que existe un grave riesgo de extemporaneidad de la misma.

Al igual que sucede en el caso de identificación y firma manuscrita, cuando sea preceptiva la identificación y/o firma electrónica, en caso de pluralidad de interesados resultará imprescindible la acreditación y/o rúbrica individualizada de todos y cada uno de ellos, pues, como afirma la sentencia 345/2021, de 18 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 4122/2021), “*El art. 7 de la LPAC 39/2015 regula la pluralidad de interesados, pero exige que en el escrito figuren varios interesados (...), sin que la intervención material en la autoría de la firma del recurso por orden de la interesada permita atribuir al tercero que firma por orden del interesado la condición de recurrente, ni siquiera con una interpretación flexible, conforme al principio pro actione*”. Esta misma sentencia recuerda que, a efectos de la subsanación, “*Lo que es subsanable es un defecto formal en la presentación del escrito (...), no la ausencia del mismo*”.

Si las anteriores disposiciones se refieren a la identificación y firma de los interesados en los procedimientos administrativos, la regulación relativa a las propias Administraciones públicas y sus autoridades y funcionarios se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y, concretamente, en el Capítulo V de su Título Preliminar, cuyo artículo 40 se refiere a la identificación de aquellas, mientras que los artículos 42, 43 y 45 se ocupan de los sistemas de firma, consignando como regla general que *“la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica”*, cuyos concretos sistemas se determinarán por cada Administración, si bien procurando la interoperabilidad de los mismos. En todo caso, como señala la sentencia de 1 de diciembre de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 97/2021), cuando exista una discrepancia entre la fecha consignada en el texto de un acto administrativo y la de su firma electrónica, habrá de prevalecer esta, pues *“El acto administrativo precisa que se «dicte» no sólo que se redacte y se date. La fecha que ha de considerarse de un acuerdo es cuando se manifiesta la decisión con su firma por el órgano competente, en ejercicio de su potestad administrativa, lo que equivale a su dictado”*.

Los concretos sistemas de identificación y firma electrónica de las Administraciones y sus autoridades y empleados se desarrollan en los artículos 18 a 25 del Real Decreto 203/2021.

Por otra parte, con la Ley 6/2020 ha desaparecido la mención expresa que se contenía en el artículo 3.4 de la derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, conforme al cual *“La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*, aunque una previsión semejante se mantiene en el artículo 25.2 del Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. A este respecto, la Exposición de Motivos de la Ley 59/2003 razonaba que *“no basta con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la firma manuscrita; es preciso que la firma electrónica avanzada*

esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación". Por su parte, en la actualidad, la DA 2ª de la Ley 6/2020 reconoce plenos efectos jurídicos a todos los sistemas de identificación, firma y sello electrónico previstos en la LPACAP y en la LRJSP, al tiempo que su DF 2ª modificó el artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuyendo a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado una ventaja probatoria, mediante la simplificación de la prueba, al bastar la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014.

Tanto la DA 1ª de la LCSP como la DA 10ª del Real Decreto 203/2021 remiten a su regulación específica las actuaciones y procedimientos en materia tributaria y aduanera, de Seguridad Social, extranjería y asilo y los procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, tráfico y seguridad vial y extranjería; respecto de los cuales la anterior regulación solamente regirá con carácter supletorio.

Otra regulación especial, que desplaza a la general en esta materia, se contiene en la 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 (en adelante, LCSP), cuya DA 15ª impone, en sus apartados 2 y 3, que *“La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos”* y que *“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”*; desdibujando la distinción entre personas físicas y jurídicas contenida en la normativa administrativa general, de manera que la obligación de relacionarse electrónicamente se predica respecto de todos los licitadores, cualquiera que sea su naturaleza. Pues, si bien el apartado 3 incorpora determinadas excepciones a la obligación anterior, tales salvedades lo son por circunstancias relacionadas con los medios disponibles y la naturaleza de la documentación, y no con la de los interesados en los procedimientos de adjudicación.

Pero si la normativa de contratación del sector público es más exigente en lo que respecta al deber de relacionarse electrónicamente, en cambio, en lo referente a la firma de la documentación, el artículo 140.1.a) de la LCSP solo exige que la proposición esté firmada, pero no concreta que deba hacerse a través de medios electrónicos. Y la DA 16ª LCSP se limita a señalar que *“Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se establecerán las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del Sector Público”*.

Aunque su regulación puede entenderse tácitamente derogada en una parte de su contenido, no ha sido objeto de derogación expresa la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación –dictada al albur de la DA 10ª del 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-, cuyo artículo 4.2 dispone que *“Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica”*. Dicha previsión, en la medida en que no entra en colisión con la normativa posterior, debe considerarse vigente –con la salvedad, en cuanto a su ámbito de aplicación, que se dirá más adelante-, por lo que, nuevamente, en materia de firma electrónica, la normativa de contratación del sector público es más rigurosa que la normativa administrativa general, al no contemplar excepciones a la utilización de firma electrónica respecto de aquellos actos para los cuales se exige su empleo.

Mayor nivel de concreción que el de la LCSP se contiene, para los denominados sectores excluidos, en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLSE), cuyo artículo 61 lleva por rúbrica la de «Normas aplicables a las comunicaciones» que, si bien en materia de tramitación de los procedimientos de adjudicación y comunicaciones por medios electrónicos contiene una regulación

análoga a la de la DA 15ª de la LCSP, en materia de firma electrónica profundiza su regulación en el apartado 9 del referido artículo 61, señalando que *“las entidades contratantes podrán exigir el uso de una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica o de otros mecanismos que permitan garantizar la vinculación del firmante con los datos firmados y la integridad de la información intercambiada”* (con lo que, *a priori*, y atendiendo a su tenor literal, cabría la inclusión en estos procedimientos de documentos firmados manualmente pero presentados electrónicamente), a la par que remite a la regulación por Orden del Ministerio de Hacienda las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación regulados en dicha norma.

En este punto, conviene destacar que la antecitada Orden EHA/1307/2005 únicamente incluye, dentro del ámbito de aplicación contemplado en su artículo 1, *“los procedimientos de contratación sujetos a las prescripciones del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que se tramiten por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, así como por las sociedades de derecho privado vinculadas a las anteriores”* (referencia que debe entenderse realizada a la LCSP), por lo que no resultaría directamente aplicable ni a los procedimientos tramitados por otras Administraciones públicas distintas de la estatal ni a los seguidos en los sectores del agua, energía, transporte y servicios postales objeto del RDLSE.

Para concluir, debe advertirse que la omisión de la firma, o la utilización de firma manuscrita en lugar de firma electrónica en los supuestos en que proceda, no puede dar lugar a la exclusión automática de los licitadores sin que previamente se les brinde la oportunidad de corregir el defecto. Así se ha entendido por los tribunales administrativos de contratación en diversas ocasiones, pudiendo citarse, a título de ejemplo, la Resolución nº 313/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid o la Resolución nº 213/2019, de 8 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 6 de julio de 2007, rec. 265/2003) afirma claramente que *“la omisión de firma es subsanable”*.

Agosto de 2022.