

**PANORAMA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN
COLOMBIA**

Consideraciones jurídicas, avances y propuestas en la materia.

JUAN CARLOS MELO SANTOS

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá, D.C.
2011**

**PANORAMA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN
COLOMBIA**

Consideraciones jurídicas, avances y propuestas en la materia

JUAN CARLOS MELO SANTOS

**Trabajo de Grado conducente al título de Magíster en Derecho
Administrativo**

**Director: Dr. ÉRICK RINCÓN CÁRDENAS
Profesor Titular**

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D.C.

2011

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C., 1 de Marzo de 2011

DEDICATORIA

Quiero dedicar especialmente este trabajo de grado a mi Padre Fabio y a mi Madre Sonia.

A él, gracias por orientarme en todas las etapas de mi vida e inculcarme con gran afecto los verdaderos valores que toda persona debe defender. A ella, gracias por todo el amor que me brindó durante la primera etapa de mi vida, el cual ha permanecido intacto a lo largo de la misma. (q. e. p. d.)

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer muy especialmente a los doctores Erick Rincón Cárdenas, quien actuó como mi Director en el presente trabajo de grado; Jorge Enrique Ibáñez Najar, Fabio Mauricio Melo Santos, Edward Santos del Río, Alexandra Salazar Salazar, Roberto Laguado Giraldo, Myriam Eugenia Melo Hernández, Erika Sarquis Matta, Álvaro José Cobo Soto, Gabriela Gallego Henao, Juan Felipe García Arboleda y Juan Gonzalo Arévalo Uribe. Sus valiosos comentarios, consejos y orientaciones fueron muy útiles para la estructuración del presente documento.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO	19
1.1 EL ACTO ADMINISTRATIVO	20
1.1.1 Evolución del concepto de acto administrativo	20
1.1.2 Definiciones de acto administrativo	24
1.1.3 Características del acto administrativo	27
1.1.4 Elementos del acto administrativo	32
1.1.5 Atributos del acto administrativo	35
1.2 EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO	37
1.2.1 Aspectos jurídicos del comercio electrónico	37
1.2.2 El comercio electrónico en Colombia	39
1.2.3 Valor probatorio del documento electrónico	41
1.2.4 El acto administrativo por medios electrónicos	41
1.3 Conclusiones del Primer Capítulo	45
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	48
2.1 EL PROYECTO “MISIÓN DE CONTRATACIÓN: HACIA UNA POLÍTICA PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”	48
2.1.1 La regulación	49
2.1.2 Los contratos básicos de la administración pública	54
2.1.3 Procesos de selección	60

2.1.4	El manejo presupuestal	62
2.1.5	Planeación económica del contrato estatal	63
2.1.6	La participación y el control social	66
2.1.7	Ejecución y protección de la administración	70
2.1.8	El manejo del conflicto	72
2.2	EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	80
2.2.1	Primer período	80
2.2.2	Segundo Período	101
2.2.3	Tercer período	118
2.2.4	Estructuración y fortalecimiento del Portal Único de Contratación	121
2.2.5	La Agenda de Conectividad	124
2.3	REGULACIÓN DE ASPECTOS TECNOLÓGICOS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	125
2.3.1	Consideraciones generales	127
2.3.2	Aspectos tecnológicos	128
2.3.3	Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública	130
2.3.4	El correo electrónico y su aplicación en la contratación pública electrónica	132
2.3.5	Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-	133
2.3.6	Comité Directivo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública	135
2.3.7	Comité Asesor del Sistema Electrónico para la Contratación Pública	136
2.4	LA REFORMA LEGAL EXPEDIDA POR EL LEGISLADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL ELECTRÓNICA Y SU REGLAMENTACIÓN	138
2.4.1	Antecedentes del nuevo marco que regula el Sistema de	

	Contratación Estatal Electrónica	138
2.4.2.	Aspectos generales del nuevo marco legal	142
2.4.2.1	Características y funciones del Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP	143
2.4.2.2	El principio de publicidad en el Sistema Electrónico de Contratación Pública	145
2.4.2.3	El control constitucional de los procesos de contratación estatal por medios electrónicos	152
2.4.3	La reglamentación del Sistema Electrónico para la Contratación Estatal	162
2.4.3.1	Reglamentación de las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.	162
2.4.3.2	Los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea	167
2.4.3.3	Las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva contenidas en el Decreto 2474 de 2008.	170
2.4.3.4.	El principio de publicidad electrónica y su reglamentación	172
2.4.3.5	El principio de equivalencia funcional	178
2.4.3.6	El principio de neutralidad tecnológica	179
2.4.3.7	El principio de no alteración ni modificación del derecho de las obligaciones y contratos privados	180
2.4.3.8	El principio de la buena fe	180
2.4.3.9	Principio de libertad contractual	186
2.5.	CONCLUSIONES.	187
3.	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD	190
3.1	FUNDAMENTO NORMATIVO DEL MODELO	190
3.2	CONTENIDO, ALCANCE Y LÍMITES DE LA POTESTAD	

	REGLAMENTARIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD	193
3.3	FUNCIONES DE LOS OPERADORES DE INFORMACIÓN DENTRO DEL ANTERIOR ESQUEMA	206
3.4	CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	210
3.5.	CONCLUSIONES	213
4.	LA GLOBALIZACIÓN EN MATERIA DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	216
4.1	CONSIDERACIONES GENERALES	216
4.2	LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - GRUPO DE TRABAJO I – CONTRATACIÓN PÚBLICA	219
4.3	LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, SEGÚN LA UNCITRAL	222
4.4	EL RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA	223
4.4.1	El sistema de información sobre contratos públicos –SIMAP-	229
4.4.2	Principio de equivalencia funcional en la contratación de la Unión Europea	233
4.5	LA EXPERIENCIA DEL BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y DEL BANCO MUNDIAL	242
4.6	EL EJEMPLO DE CHILE	246
4.7.	EL CASO DE BRASIL	259
4.7.1	Servicios del Gobierno	260
4.8	CONCLUSIONES	263

5.	CONCLUSIONES	265
5.1	ASPECTOS POSITIVOS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	265
5.1.1	El cambio de cultura ha permitido estructurar un nuevo Derecho Administrativo	265
5.1.2	Unificación del modelo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública	275
5.1.3	Mayor respeto y garantía de los principios de la función Administrativa	276
5.2	ASPECTOS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA QUE PUEDEN SER OBJETO DE MEJORAMIENTO	280
	BIBLIOGRAFÍA	289

INTRODUCCIÓN

En términos generales, la contratación electrónica se ha entendido como aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo¹.

Lo anterior permite resaltar la importancia que adquiere explicar el panorama que actualmente tenemos de la Contratación Pública Electrónica en Colombia, con fundamento en los avances normativos, jurisprudenciales y doctrinales que sobre la materia se han desarrollado. Así mismo, considero necesario analizar sus aspectos legales; los avances que hasta la fecha se han hecho sobre el tema y, finalmente, plantear una serie de parámetros y lineamientos que permitan desarrollar desde el punto de vista jurídico la contratación pública electrónica en Colombia, lo cual requerirá, como se demostrará en el presente trabajo de investigación, precisar algunos aspectos a través de normas reglamentarias para desarrollar adecuadamente el modelo que actualmente hemos construido en relación con el tema objeto de la presente investigación.

En efecto, es necesario tener en cuenta que el tema de la contratación pública electrónica en Colombia tiene como punto de partida, y así lo ha reconocido la doctrina que ha estudiado a fondo el tema, un escaso desarrollo normativo expresado a través de las Directivas Presidenciales 02 y 012 y los Decretos 2150 de 1995, 1094 de 1996, relacionados con la factura electrónica ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 1122 de 1999 y 266 de 2000 y el Decreto 2170 de 2002 entre otros.

¹ LAGUADO GIRALDO, Roberto, La Contratación Pública Electrónica en Colombia. Revista Universitas No. 108, PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Bogotá, D.C.

Igualmente, es importante resaltar el avance realizado por el legislador en la materia con la expedición de la Ley 962 de 2005², el cual servirá como punto de partida para la construcción de un verdadero modelo de contratación pública electrónica.

Adicional a lo anterior, en el presente trabajo se analizará el contenido normativo establecido en la reciente Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo relacionado con la utilización de herramientas electrónicas en los procesos de contratación pública.

No obstante lo anterior, y a pesar de los esfuerzos por implementar un sistema integral de contratación pública electrónica, debe resaltarse que, incluso con la expedición de la anterior normatividad, siguen existiendo vacíos en las reglas e instrumentos con que cuenta la administración pública en Colombia al utilizar las herramientas tecnológicas.

A lo largo de la historia legislativa que se ha configurado sobre el tema objeto de análisis, podemos rescatar los intentos por parte del Congreso de la República y del Gobierno Nacional para regular y reglamentar el tema de la contratación pública electrónica en el país, los cuales serán estudiados y analizados a lo largo de la investigación.

El objetivo de la implementación de todo este proceso no es otro que el de aprovechar las ventajas de los avances tecnológicos en el manejo de la información y las telecomunicaciones, con el fin de aumentar la eficiencia y la eficacia de los procesos de contratación estatal, así como la transparencia de los mismos.

² Publicada en el Diario Oficial No. 45963 del 8 de Julio de 2005.

Con base en lo anterior, se pretende revolucionar la forma tradicional de los procesos de adquisiciones por parte de la administración pública a través de transacciones más rápidas, difundiendo los procesos de compras, garantizando una mayor participación de proveedores y oferentes, contando con una herramienta efectiva de supervisión, control y rendición de cuentas de las adquisiciones y de la inversión de los recursos públicos.

Indiscutiblemente, es una necesidad apremiante implementar un sistema electrónico de contratación estatal que le permita a la administración pública desarrollar en su integridad sus procesos de contratación.

Los avances tecnológicos que hoy en día se presentan en el manejo de la información y las telecomunicaciones ofrecen un sinnúmero de posibilidades para aplicar en la práctica procesos de contratación pública electrónica, y Colombia no puede ser indiferente ante dichos cambios y herramientas electrónicas avanzadas.

En este escenario, es importante resaltar el contenido de la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, entre otros aspectos.

No obstante la anterior normatividad, sumada al resto que actualmente regula y reglamenta el tema, podemos advertir la necesidad de una estructura normativa que permita la ejecución y desarrollo en forma integral de los procesos de contratación pública a través de medios electrónicos.

La ley señalada anteriormente, esto es, la 527 de 1999, estableció en su artículo 2º que el comercio electrónico abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de

índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

Con base en lo anterior, la doctrina ha sostenido que por “comercio electrónico debe entenderse el conjunto de todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios, realizados a través de una red, como en envío y puesta a disposición de comunicaciones comerciales (spam), la contratación electrónica y la prestación general de servicios de la sociedad de la información.”³

De otra parte, mediante la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, el legislador consagró como principio orientador el fortalecimiento tecnológico, cuya finalidad no es otra que la de articular la actuación de la Administración Pública y disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados.

Para tal efecto, dispuso el legislador que se incentivará el uso de medios tecnológicos integrados bajo la coordinación del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Comunicaciones, entidad encargada de

³ RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria*, en Revista Serie Documentos, Borradores de Investigación No. 38, Págs. 14 y 15, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

orientar el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la Administración Pública.

El panorama que actualmente presenta el tema objeto de la presente investigación se cierra con la expedición de la reciente Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

En efecto, en la primera Ley mencionada se dispuso que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos, y con el fin de garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

A su turno, en la segunda norma citada se señaló expresamente que la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos.

Ahora bien, para un análisis adecuado del principio de equivalencia funcional, debe necesariamente tenerse un referente de estudio o caso de aplicación que permita desentrañar su utilidad y evidenciar sus reales oportunidades de aplicación; por ello en el presente trabajo se analizará el procedimiento administrativo, no en cuanto a la teoría general del derecho administrativo, sino a través de la perspectiva de las diferentes normas que han venido habilitando la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la gestión pública colombiana.

Es así como la presente tesis comprende el estudio de una nueva concepción del papel que desempeña el Estado y la administración pública, la cual aprovecha los avances tecnológicos en materia de la información y la comunicación con el fin de aplicarlos al derecho administrativo, en la búsqueda de una mayor transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia y acercamiento al ciudadano.

La pregunta–problema objeto de estudio en el presente trabajo es la siguiente:

¿De acuerdo con nuestro modelo jurídico, el procedimiento administrativo electrónico como “equivalente funcional” del procedimiento administrativo tradicional, posibilita la simplificación y racionalización de trámites en los procesos de contratación que adelanta la Administración Pública, permitiendo la realización de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad y publicidad?

En ese orden de ideas, el objetivo general de la presente tesis estriba en el análisis acerca de la posibilidad y viabilidad de aplicar las nuevas tecnologías en la actuación del Estado, especialmente en los procesos de contratación que adelanta la administración pública, a través de las normas que habilitan la utilización de estos desarrollos informáticos, determinando así la viabilidad jurídica y probatoria del procedimiento administrativo por medios electrónicos, con fundamento en el principio denominado “equivalencia funcional”.

A su turno, los objetivos específicos de la presente tesis son los siguientes:

(i) Brindar las herramientas conceptuales y jurídicas necesarias para llevar a cabo un procedimiento administrativo de manera integral, cualquiera que sea su origen y naturaleza, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, mediante el cumplimiento de los principios que actualmente lo rigen y de

conformidad con la estricta aplicación de la “equivalencia funcional” al caso colombiano;

(ii) Exponer los lineamientos de juicio y empíricos necesarios para garantizar el acceso masivo a los servicios públicos en línea como una condición necesaria para la generalización de la administración electrónica;

(iii) Revisar minuciosamente toda la normatividad nacional e internacional sobre la materia para confrontarla, encontrando así las debilidades y fortalezas de la legislación colombiana;

(iv) Exponer de manera detallada los inconvenientes y falencias que afronta en la actualidad el procedimiento administrativo por medios electrónicos mediante la exposición de casos prácticos;

(v) Indicar los elementos de carácter dogmático, técnico y jurídico requeridos para el correcto funcionamiento de un procedimiento administrativo por medios electrónicos, precisando los elementos de juicio pertinentes para su adecuada finalidad, logrando una administración tecnificada y altamente confiable.

(vi) Presentar los elementos de tipo jurídico necesarios para evitar la llamada fractura digital, y consecuentemente, la desigualdad de acceso a la información y a las tecnologías informáticas.

(vii) Ilustrar cómo operan en la praxis las diversas equivalencias funcionales entre los medios tradicionales y lógicos en general, con particular énfasis en el procedimiento administrativo electrónico.

Por su parte, la hipótesis desarrollada se circunscribe al hecho de que el procedimiento administrativo electrónico como “equivalente funcional” del procedimiento administrativo tradicional –en la legislación colombiana- posibilita la simplificación y racionalización de trámites al interior de la administración pública; otorgándole un valor agregado, pues confiere los atributos de confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudiación, fundamentales para la provisión de seguridad jurídica en los medios electrónicos.

Como conclusión de esta parte introductoria, debemos resaltar que en el desarrollo de la hipótesis se estableció que a pesar del auge de la revolución telemática, se presentan -como es de suponerse- diversas dificultades técnicas, jurídicas y de mercado, entre otras, que conducen a la *conditio sine qua non* de lograr entornos seguros a nivel técnico y jurídico⁴, que permitan un ambiente amigable en el uso de los sistemas de información y las plataformas tecnológicas que comporta la convergencia.

Finalmente, para el desarrollo de la presente investigación, el enfoque metodológico utilizado obedeció a un modelo mixto entre el enfoque cualitativo y cuantitativo, que permitiera un mayor nivel de integración y combinación durante todo el proceso de investigación, la cual abarcó fines exploratorios, descriptivos y explicativos.

⁴ [1] La normatividad que regula el comercio electrónico se gestó en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en inglés UNCITRAL) que promovió un proyecto de ley - Ley Modelo sobre Comercio Electrónico - aprobado mediante Resolución 51/162 de 1996. La Asamblea General de la ONU recomendó, dado su carácter *soft law*, su incorporación en los ordenamientos internos de cada país como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares, aspecto que se refleja a nivel colombiano en la Ley 527 de 1999, legislación que adoptó en gran medida sus disposiciones.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

En primer lugar, consideramos que el estudio y análisis del tema de la contratación pública electrónica no puede abordarse de manera aislada y sin involucrar los demás elementos esenciales que estructuran la teoría del derecho administrativo.

Si bien es cierto nuestra hipótesis de trabajo se desarrollará a través de la perspectiva del marco jurídico que ha permitido implementar y habilitar la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los procesos de contratación de la administración pública -incluidos los aspectos electrónicos-, también resulta necesario abordar el estudio del acto administrativo en general, así como del acto administrativo electrónico en particular.

Lo anterior, con fundamento, esencialmente, en las siguientes dos razones: i) primero, porque las entidades públicas, tanto del sector central, como del sector descentralizado por servicios y territorialmente, durante las etapas correspondientes a sus procesos de contratación pública, expiden diferentes actos administrativos que permiten iniciar, desarrollar, ejecutar y culminar con éxito su actividad contractual; y ii) segundo, porque el análisis de estos temas permitirá visualizar la manera como las herramientas electrónicas han permeado igualmente otros escenarios propios del derecho administrativo.

En ese orden de ideas, y considerando la pertinencia del anterior enfoque, analizaremos en este primer capítulo la teoría del acto administrativo en términos generales, al igual que el desarrollo de la figura novedosa del acto administrativo electrónico, para, a partir de su análisis descriptivo y explicativo, adentrarnos en el estudio de los procesos de contratación pública electrónica.

1.1 EL ACTO ADMINISTRATIVO.

1.1.1 Evolución del concepto de acto administrativo.

En relación con este interesante tema, el profesor Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA explica que, en su evolución, el concepto de acto administrativo, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto.

Esta calificación fue paradójicamente utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia- a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece en consecuencia como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a la justicia.

Señaló igualmente que, con los anteriores razonamientos, la figura del acto administrativo se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como

desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.

Con anterioridad a la elaboración del concepto de acto administrativo, se acudía a otras expresiones con las cuales se intentaba identificar fenómenos similares que se configuraban a partir del ejercicio del poder concentrado en el Estado personalizado; entre otras, tales expresiones fueron las siguientes: actos del rey, actos de la corona, actos del fisco. No obstante, se puede afirmar con certeza que antes de la Revolución Francesa la teoría del acto administrativo era prácticamente desconocida. Se trata, en esencia, de un fenómeno típico de la evolución institucional del Estado de derecho.

La concepción formalista y procesalista, con la cual inicia en el derecho francés el concepto de acto administrativo, tuvo sus principales manifestaciones en multiplicidad de normas constitucionales y legales de aquél país.

Con posterioridad a su aparición histórica, la doctrina ha desarrollado algunos criterios básicos para la determinación del acto administrativo; entre ellos: el formal u orgánico, y el sustancial, este último más conocido como criterio material u objetivo; de acuerdo con el primero, serán actos administrativos todos aquellos que conforme a elementos externos –formales- sean considerados como actos administrativos, y desde el punto de vista material, son actos administrativos todos aquellos que en razón de su contenido o sustancia se consideran como administrativos, sin importar las formas externas que puedan adoptar, ni mucho menos el órgano del cual provengan.⁵

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Tomo II, Edición Universidad Externado de Colombia, Pág. 131, Bogotá, D.C., 2003.

Como lo señala el tratadista Carlos Ariel SÁNCHEZ TORRES citando a Julio A. PRATT, el concepto de acto administrativo unilateral constituye el tema central del derecho administrativo moderno, pudiéndose sostener que es su piedra angular. Sin embargo, sostiene que no todos los actos dictados en ejercicio de la función administrativa pueden considerarse actos jurídicos, toda vez que la administración expide igualmente actos, decisiones declaraciones de voluntad, de juicio, y de conocimiento que no producen efecto jurídico alguno, escapando de esa esfera jurídica.

En ese contexto, los actos administrativos son declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos, que determinan el nacimiento, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones. Cuando se involucran con otras manifestaciones de voluntad de otros entes de la administración o de un particular, producen contratos o convenciones.

Así, los actos pueden producir efectos jurídicos generales o efectos subjetivos individuales. La doctrina mayoritaria ha tratado de reservar esta denominación a los actos administrativos de efectos subjetivos.

El panorama que se ofrece de la comparación de la doctrina es bastante disímil, ya que algunos autores tratan un concepto muy amplio, incluyendo los contratos administrativos; otros se inclinan por un concepto intermedio en el cual se comprenden todos los actos unilaterales, incluido el reglamento, mientras que otros defienden un concepto restringido, comprensivo solamente de los actos subjetivos.

La evolución del concepto del acto administrativo revela que por imprecisión terminológica o sustancial, se ha tratado de ir reduciendo el concepto de acto administrativo con nuevas exclusiones.

Así aparecen los actos irrecurribles en la jurisdicción jurídico-administrativa: el acto de gobierno o acto político, el acto constitucional en concepción de MARIENHOFF, compartida por DROMMI; el acto discrecional opuesto al acto reglado, aunque la doctrina haya podido lograr imponer el examen de los supuestos del ejercicio de poder discrecional de la administración, es decir, los motivos y la finalidad; los actos preparatorios de la decisión, y los actos vinculados opuestos a los actos separables, que se refieren la contencioso contractual.

No obstante, también han aparecido nuevos conceptos que se han incorporado, como los actos directivos de carácter interno, que pueden ser impugnados por aquellos a quienes se dirige la directiva.

Lo anterior ocurre igualmente con el acto mixto entendido como un acto de efectos impersonales pero de alcance concreto. Así mismo, se considera como aquel que en su formación participa la voluntad de la administración y la del particular o cuando el acto contiene un derecho más una obligación. Lo mismo acontece cuando tiene efectos destinados a un caso concreto.

Lo mismo sucede con el concepto de acto tipo, el cual es una consecuencia del reforzamiento de potestades del jerarca. Generalmente el poder ejecutivo provee una plancha o un modelo de órganos subordinados con competencia decisoria en una determinada materia, y por ello, se dejan vacíos que serán llenados por el órgano subordinado en cada caso particular.

De acuerdo con la doctrina latinoamericana, algunos autores incluyen dentro del concepto los contratos administrativos; otros comprenden los actos unilaterales, incluidos los actos reglamentarios y otros; con un criterio restringido, abarcan únicamente los actos subjetivos.

En todo caso, afirmó, “se ha venido precisando mejor el concepto de lo que se puede entender por acto administrativo, excluyendo del concepto algunas manifestaciones de la administración y, al mismo tiempo, incluyendo otras”⁶.

1.1.2 Definiciones de acto administrativo.

Sin lugar a dudas, la doctrina a nivel nacional como internacional, particularmente en Latinoamérica, ha dado muchas definiciones sobre el acto administrativo.

El tratadista Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, resalta en su obra que “el concepto de acto administrativo de contenido individual, personal o concreto constituye uno de los aspectos de mayor dificultad en la teoría general del acto administrativo. Las diversas corrientes doctrinarias han producido una amplia y antagónica gama de interpretaciones de este fenómeno jurídico administrativo. Algunos autores para su identificación genérica acuden al método de la exclusión, para identificarlo como todo acto jurídico expedido por la administración y sometido al derecho administrativo que ni es reglamento ni mucho menos contrato. Sin embargo, dentro de un proceso de adelgazamiento del objeto del concepto, tendiente a darle mayor precisión, la doctrina se adentra en múltiples, apreciables y notables discusiones con el propósito de reducirlo a lo esencial desde diferentes perspectivas”⁷.

Con gran acierto, el profesor SÁNCHEZ TORRES señala que del acto administrativo se han dado tantas definiciones como autores se han ocupado del tema, y ello corresponde a diversos conceptos de la función administrativa y porque se formulan teniendo en cuenta unas veces el origen o la forma del acto

⁶ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Acto Administrativo, Teoría General*, Edit. Legis, Tercera Edición, Bogotá, D.C., 2004.

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo*, Tomo II, Edición Universidad Externado de Colombia, Pág. 131, Bogotá, D.C., 2003.

administrativo, otras, su contenido y finalidad, es decir, tomando en consideración la existencia de ciertos elementos configurativos reconocidos en forma unánime por la doctrina, sin los cuales o no existe el acto, o el acto pertenece a otra categoría que no se enmarca dentro de la del acto administrativo⁸.

El profesor Gastón JEZE, señala que “el acto administrativo es una declaración de gobernantes agentes públicos o simples particulares en ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir efectos en derecho”⁹.

A su turno, el tratadista argentino Rafael BIELSA, sostiene que el acto administrativo “es la decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones, sobre los deberes e intereses de las entidades administrativas, o particulares respecto de ellas”¹⁰.

Para el profesor SAYAGUES LAZO, acto administrativo “es toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos subjetivos”¹¹.

De acuerdo con Miguel MARIENHOFF, “acto administrativo es una declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico”¹².

El profesor GORDILLO, en la parte general de su tratado de derecho administrativo define el acto administrativo como “una declaración unilateral

⁸ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Acto Administrativo, Teoría General*, Edit. Legis, Tercera Edición, Bogotá, D.C., 2004.

⁹ Citado por TAFUR GALVIS, Álvaro. *Teoría del Acto Administrativo*. Ed. Rosaristas, Bogotá, 1975, Págs. 40-42.

¹⁰ Citado por SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, op. cit. Pág. 9.

¹¹ SAYAGUES LAZO, Enríque, *Tratado de derecho administrativo*, Edit. Clásicos. Montevideo, 1974, Cuarta Edición, Tomo 6, Pág. 19.

¹² MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Edit. Macchi.

declarada en ejercicio de la función administrativa que se produce con efectos jurídicos individuales, en forma inmediata”¹³.

En otro escenario, algún sector de la doctrina argentina señala que el acto administrativo es uno de los medios jurídicos por el cual se expresa la voluntad estatal¹⁴.

Por su parte, Jean RIVERO “parte de la base de que la actividad administrativa, como toda actividad humana toma dos vías; la de decisión y la de operación; pero cualquiera que sea la importancia práctica de la segunda, produce efectos jurídicos de modo indirecto, en tanto que el acto jurídico de la administración es como todo acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existan en el momento en que modifica el ordenamiento jurídico”¹⁵.

A su turno, ZANOBINI es de la opinión de que el acto administrativo es cualquier manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio o de juicios realizados por un sujeto de la administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa¹⁶.

Para los profesores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, acto administrativo “es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”¹⁷, mientras que Santi

¹³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, parte general, Ed. Macchi-López, Buenos Aires, 1975, Pág. 11.

¹⁴ DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

¹⁵ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Acto Administrativo, Teoría General*, Edit. Legis, Tercera Edición, Bogotá, D.C., 2004.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 4ª Ed. Civitas, Madrid, 1995.

ROMANO argumenta que “el acto administrativo equivale a acto jurídico de la administración pública”¹⁸.

Otro sector de la doctrina colombiana entiende por acto administrativo “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”¹⁹.

Finalmente, en Colombia, la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que acto administrativo es “toda declaración de voluntad de una autoridad administrativa, proferida en la forma determinada por la ley o el reglamento que estatuya sobre relaciones de derecho público, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo que tenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”²⁰.

1.1.3 Características del acto administrativo.

En términos generales y con fundamento en la doctrina que ha estudiado la teoría general del acto administrativo y de las actuaciones administrativas, podemos señalar que las características más importantes de los actos administrativos son las siguientes:

a. Es un acto jurídico. De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, “el acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional, es el acto jurídico como manifestación de voluntad destinado a producir efectos en derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa; en sentido orgánico y

¹⁸ ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963.

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo*, Tomo II, Edición Universidad Externado de Colombia, Pág. 131, Bogotá, D.C., 2003.

²⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de agosto de 1990, Anales, Tomo LXII, Páginas 628 y 629.

material es un acto decisorio de la administración pública, una manifestación unilateral de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos”²¹.

b. Proviene de una autoridad administrativa. “El acto administrativo es el resultado del ejercicio de la función administrativa de quien tiene la competencia y delegación de funciones en órganos de la administración, en donde además, cabe el ejercicio de funciones públicas por los particulares, a quienes la ley atribuye competencia para crear actos administrativos”²².

Un ejemplo de lo anterior lo constituyen las Cámaras de Comercio, quienes por expresa disposición del legislador ejercen funciones públicas y expiden actos administrativos, sin que ello implique perder su naturaleza jurídica de entidades privadas.

En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que los particulares, como es el caso de las Cámaras de Comercio, cumplen funciones públicas en los términos que establezca la ley. Al respecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

“La frase con que termina el inciso primero del artículo 210 de la Constitución, autoriza el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares: "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".

Como la Constitución no distingue, hay que entender que "los particulares" pueden ser personas naturales o personas jurídicas.

¿En qué condiciones cumplen los particulares funciones administrativas? En las condiciones que señale la ley, como lo

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Joaquín Vanín Tello, Sentencia del 20 de abril de 1983.

²² SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Óp. Cit. Página 12.

prevé la norma constitucional. Es el mismo principio consagrado por el último inciso del artículo 123 de la misma Constitución, en lo que tiene que ver con desempeño temporal de funciones públicas: "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y en qué condiciones. Es lo que, en las palabras del inciso final del artículo 123, se menciona como determinar el régimen aplicable y regular el ejercicio de funciones públicas.

Pero, es claro que la Constitución no impone unos límites al legislador, en esta materia. Apenas establece que debe dictarse una ley, pero no traza unas pautas rígidas para la misma. La Constitución, por ejemplo, en el caso del artículo 123, no señala un determinado límite temporal. Y no establece ninguna restricción en lo que atañe a la retribución del particular, como tampoco lo hace en el artículo 210.

En el caso de las cámaras de comercio, que no son entidades públicas sino de naturaleza "corporativa, gremial y privada", la ley les atribuye funciones públicas, entre ellas las de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres mercantiles y certificar sobre la existencia de las recopiladas, y servir de tribunales de arbitramento. Al atribuirles tales funciones, la misma ley regula su ejercicio.

Para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos expresen su consentimiento previamente. En el caso de las cámaras de comercio, por ejemplo, es evidente que una de éstas no podría negarse a llevar el registro mercantil, del mismo modo que un ciudadano sólo puede excusarse de cumplir la función de jurado electoral cuando tenga causa justa, prevista en la ley. En síntesis, la ley puede asignar funciones públicas a los particulares, sin obtener su previo consentimiento.

Tampoco exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de "participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.

Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia”²³.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C – 091 del 26 de febrero de 1997.

c. Es la concreción de la función administrativa. Desde un enfoque objetivo, el acto administrativo es la concreción de la función administrativa. El contenido del acto administrativo es la función administrativa, la cual es ejercida por autoridades públicas o por particulares que por expresa disposición del legislador ejercen funciones públicas. En consecuencia, el fin del acto debe ser precisamente administrativo enfocado al cumplimiento de los fines estatales²⁴.

Así lo señala expresamente el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo al disponer que los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

d. Contiene la manifestación de la voluntad de la administración. En efecto, “el acto administrativo contiene la manifestación de la voluntad, deseo, el conocimiento y juicio de la administración pública, y que la simple opinión de un funcionario en un caso particular no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad, luego su simple parecer no compromete a las autoridades subordinadas, ni a los particulares. Distinta es la situación cuando lo que es simple opinión se concreta y aplica para decidir un caso particular, una hipótesis en la cual surge un acto administrativo de carácter subjetivo o cuando se adopta en una circular como criterio dirigido a los funcionarios públicos encargados de aplicarla, caso en el cual se configura un acto administrativo de contenido general”²⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, señaló que:

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

“Los considerandos, no pueden ser acusados porque no integran la parte resolutive de la providencia que es la que contiene la decisión que por medio de ella se adopta. Los considerandos constituyen solamente las razones que se consignan, para explicar la necesidad, los fines, la conveniencia o el respaldo legal y jurídico de los actos, mas no equivalen a la parte dispositiva, que es aquella en la que radica lo que ellos mandan, permiten, sancionan o prohíben. Los considerandos de los actos administrativos equivalen a la motivación de las providencias judiciales.

Declaraciones como la persona no grata y peligrosa y la de protesta, no tienen carácter de actos administrativos demandables ante esta jurisdicción, por no contener ninguna manifestación de voluntad, con capacidad para producir determinados efectos jurídicos. No crean una situación jurídica de alcances generales o reglamentarios, ni tampoco una situación jurídica individual y concreta. Son reproches, desprecios, censuras descalificaciones personales y sociales las que se quedan en el plano abstracto de las imputaciones, que si bien pueden lesionar en su dignidad a una persona, no son juzgables ante esta jurisdicción”²⁶.

1.1.4 Elementos del acto administrativo.

Tradicionalmente se han considerado los siguientes elementos principales que estructuran todo acto administrativo:

²⁶ Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia del 14 de octubre de 1983, C.P. Mario Enrique Pérez.

a. Elemento Subjetivo: Responde a la pregunta “*quién*” expide el acto administrativo.

Este elemento apunta a que todos los actos administrativos, para que sean válidos, deben ser expedidos por un órgano competente, por un órgano de la administración, bien sea en sentido orgánico o funcional, o por un particular investido de la facultad de ejercer funciones públicas y, en consecuencia, expedir actos administrativos.

b. Elemento Objetivo: Responde al “*qué*” del acto administrativo.

El elemento objetivo se ha entendido como la existencia de la voluntad del Estado válidamente exteriorizada en una declaración expresada en forma legal.

c. Elemento Formal: Responde a la pregunta “*cómo*” se expide el acto administrativo.

En este punto, ha señalado la doctrina que los elementos del acto que se refieren al mismo en su devenir y en su modo de presentarse en lo externo son considerados formales y comprenden el procedimiento. Siguiendo estos lineamientos el acto es realizado asumiendo la forma correspondiente y manifestando la declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento. El procedimiento no tiene nunca carácter de elemento esencial. Cuando el acto ha emanado de un órgano de la administración pública, tiene existencia jurídica como acto administrativo, aunque en su formación haya sido emitido algún elemento de procedimiento. Es decir, una forma determinada de declaración es necesaria solamente para los actos que son llamados formales; por ello, se puede concluir que generalmente es indiferente la forma que asume el acto, pero cuando la ley

prescribe una forma determinada para la expedición del acto administrativo, el uso de dicha forma toma valor de elemento esencial²⁷.

d. Elemento finalista: Responde a la pregunta “*para qué*” se expide el acto administrativo.

Nuestro Código Contencioso Administrativo señala en su artículo 36 que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Así mismo, el artículo 84 del mismo ordenamiento, dispone que la acción de nulidad procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En síntesis, ha sostenido la doctrina que el elemento finalista “es un elemento objetivo esencial del acto administrativo. Su existencia proviene de la norma jurídica atributiva de poderes jurídicos al órgano administrativo de decisión. No debe entenderse únicamente como el interés público sino en forma concreta, porque el fin es cierto, determinado, preciso, concreto, particular, especial y específico, señalado por el legislador en el texto atributivo de poderes jurídicos otorgados al órgano de decisión y que integra su competencia²⁸.”

²⁷ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Óp. Cit. Página 12.

²⁸ *Ibíd.*

e. Elemento causal: Responde a la pregunta “*por qué*” se expide el acto administrativo.

En relación con este componente, se ha sostenido que el elemento causal lo componen los hechos y antecedentes que sirven de causa al acto administrativo, que vienen a ser las circunstancias de hecho o de derecho que llevan a la expedición del acto administrativo.

En ese sentido, cuando hacemos referencia a la causa con relación al acto administrativo, lo hacemos justamente a los motivos que tiene la administración para hacer la manifestación de su voluntad, de su decisión, de su juicio y de su conocimiento, es decir, el motivo por el cual se expide el acto administrativo. Todo acto administrativo tiene que tener un motivo y todo motivo de este tiene que ser lícito (causa lícita).

Además, si el acto administrativo realmente no tiene causa o si mueven unas causas falsas, estará viciado. Así se configura la causal de anulación de los actos administrativos, conocida como falsa motivación²⁹.

1.1.5. Atributos del acto administrativo

En términos generales se ha entendido que los atributos de los actos administrativos son:

a. La presunción de legalidad del acto administrativo: Hace referencia a que el acto administrativo, al ser expedido, se entiende que debe estar conforme a las normas contenidas en la Constitución Política y en la ley. De esta manera, se otorga una garantía para los administrados consistente en que la administración

²⁹ *Ibíd.*

actúa de conformidad con los parámetros y lineamientos establecidos por el constituyente y el legislador. De esta manera, el acto administrativo se vuelve obligatorio desde su expedición, toda vez que sobre él recae la presunción de legalidad.

b. La validez y eficacia: El acto administrativo es válido en la medida en que esté conforme con las normas constitucionales y legales vigentes y, en general, respete y observe las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. Y será eficaz, en la medida en que pueda producir efectos jurídicos.

c. La ejecutoriedad: Significa que la administración tiene la facultad de producir los efectos jurídicos del acto, aún en contra de la voluntad de los administrados. En efecto, el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, señala que salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

d. La ejecutividad: Se refiere a la eficacia misma del acto administrativo, es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que todo acto una vez perfeccionado produce todos sus efectos, sin que difiera su cumplimiento. El carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos relacionado con la existencia del acto, distinto a la ejecutoriedad del acto, la cual determina que la administración, puede aplicar el orden jurídico y ejecutar por si misma el acto, con la posibilidad de acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento³⁰.

³⁰ *Ibíd.*

e. La obligatoriedad: De acuerdo con este atributo, la administración tiene la facultad de imponer sus decisiones a los administrados con el fin de cumplir con los cometidos estatales. A su turno, los administrados están en la obligación de cumplir los actos administrativos que se encuentren en firme.

1.2 EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO.

1.2.1 Aspectos jurídicos del comercio electrónico.

La Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación, definió el mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Así mismo, señaló que el comercio electrónico abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de

transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Es importante resaltar que en la exposición de motivos del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley 527 de 1999, se propuso la siguiente definición de comercio electrónico:

“Por comercio electrónico se debe entender la técnica que consiste en llevar a cabo el contrato mediante el intercambio de una propuesta y de una aceptación entre personas distantes evitando el tradicional intercambio de documentos escritos, dando lugar así al llamado contrato, pero que en realidad sería más correcto llamarle contrato informático, o para ser todavía más precisos, contrato telemático, dado que de esto se trata: el intercambio de documento redactados sobre soportes informáticos y enviados con métodos de transmisión telemática a distancia”³¹.

Por su parte, el Profesor José María OBANDO MÁRQUEZ define el comercio electrónico como “el intercambio de ofertas y aceptaciones, generadora de contratos redactados sobre un soporte informático, enviados con métodos de transmisión telemática a distancia”³².

En relación con la firma digital, la ley estableció que ésta debía entenderse como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la

³¹ Gaceta del Congreso No. 44 del 24 de abril de 1998. Exposición de Motivos de la Ley 527 de 1999.

³² OBANDO, José María, *Aspectos impositivos de la ley de Comercio Electrónico en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Memorias, Bogotá, noviembre de 2000.

clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

En lo relacionado con la entidad de certificación, el legislador la definió como aquella persona que, autorizada conforme a la Ley 527 de 1999, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

A su turno, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI) fue definido como la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto, y entendió el legislador el Sistema de Información como todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

1.2.2 El Comercio Electrónico en Colombia.

De acuerdo con lo señalado por el profesor Erick RINCÓN CÁRDENAS, “el comercio electrónico se ha visto jurídicamente enriquecido, teniendo como sustento el interés general de brindar seguridad y confianza principalmente a los negocios jurídicos que se desarrollan a través de las nuevas tecnologías, en tal sentido encontramos que existen los siguientes cuatro principios aplicables en los entornos electrónicos”³³:

- a. El principio de equivalencia funcional señala que la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico,

³³ CÁRDENAS RINCÓN, Erick, IBÁÑEZ PARRA, Oscar, *El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información*, en Revista Civilizar No. 7, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, D.C.

o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

- b. El principio de neutralidad tecnológica se orienta a que las normas del comercio electrónico puedan abarcar las tecnologías que propiciaron su reglamentación, así como las tecnologías que se están desarrollando y las que faltan por desarrollarse, teniendo en cuenta una interpretación realista que permita su desarrollo de acuerdo con la situación fáctica en concreto, de modo que la normatividad esté acorde con el desarrollo y evolución de las nuevas tecnologías.
- c. El principio de la buena fé es una aplicación en el contexto electrónico del principio que orienta en términos generales todo el derecho, y particularmente en materia de comercio electrónico, toda vez que las características del intercambio que se realiza por medio de los soportes tecnológicos están fundamentadas en la confianza entre los intervinientes.
- d. Finalmente, el principio de la libertad contractual, entendido como una manifestación o consecuencia necesaria del principio sobre la inalterabilidad del derecho preexistente frente al Comercio electrónico, siendo este un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, de la autonomía privada y de la libertad de competencia³⁴.

³⁴ *Ibíd.*

1.2.3 Valor probatorio del documento electrónico.

Para poseer valor probatorio, el documento electrónico debe reunir los mismos requisitos de un documento o instrumento *per cartam*, es decir, aquellos requisitos que se refieren a la esencia del documento mismo. En primer lugar, deberá reunir las exigencias instrumentales probatorias propias de todo acto o contrato, tales como: a) ser instrumento público o privado, de aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico; b) reunir los requisitos de eficacia que establecen los códigos de procedimiento, con el fin de que tengan valor probatorio en un juicio.

Así mismo, ha señalado que el documento electrónico debe reunir los requisitos de fondo exigidos por la ley, respecto del acto que se instituye en el documento, de acuerdo con su especie y calidad, y adicionalmente deberá reunir los requisitos formales establecidos por la ley para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos, es decir, consentimiento y causa lícitos. Adicionalmente, el documento electrónico deberá dar cumplimiento a los requisitos formales instrumentales, es decir, aquellos establecidos para la validez del acto, y por lo tanto en caso de ser necesaria la formalidad establecida en la ley, deberá elevarse a escritura pública, o deberá ser otorgado por funcionario público competente.³⁵

1.2.4 El acto administrativo por medios electrónicos.

El profesor Erick RINCÓN CÁRDENAS define el acto administrativo electrónico como una “declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento de rango sublegal, realizada y emitida por la Administración Pública mediante el uso de medios técnicos electrónicos o informáticos en el ejercicio de una potestad administrativa”³⁶.

³⁵ *Ibídem.*

³⁶ *Ibídem.*

En relación con la firma del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, sostuvo lo siguiente:

“La firma es una forma de aceptación, en realidad una forma de manifestar a terceros la aceptación sobre un hecho, en tal sentido, cuando un servidor público plasma la misma, al ostentar él dicha calidad, lo hace en representación de la entidad para la cual trabaja. La pregunta entonces que surge es si es necesaria la firma manuscrita de un servidor público para que se manifieste su aceptación sobre el contenido de un documento. En tal sentido se debe tener en cuenta que la firma, como lo establece la ley 527 de 1999, puede darse en forma electrónica o en forma digital, según sea el caso.

Ahora bien, con base en lo anterior, se encuentra que es totalmente posible el uso de firmas electrónicas o de firmas digitales según sea el caso, a efectos de garantizar la existencia, la creación y el contenido de un acto administrativo, sin más reparo que el que se cumpla con los requisitos legales establecidos en la ley 527 de 1999 y sus decretos reglamentarios para la emisión de tales firmas”³⁷.

Acerca de las formalidades del acto administrativo, señaló que en el acto administrativo electrónico se cumplen cabalmente los requisitos formales contenidos en la ley administrativa, a excepción del último de ellos, y es la firma autógrafa del funcionario o funcionarios que lo suscriben. En efecto, el tratamiento jurídico que habría que dársele a éste último requisito difiere del resto de las

³⁷ *Ibíd.*

formas, ya que están vinculados a la autenticidad del acto administrativo. Sin embargo, frente a este posible inconveniente se presenta como solución, la firma electrónica o la firma digital establecida en la Ley 527 de 1999³⁸.

Igualmente, resalta la necesidad de tener en cuenta que como documento público electrónico, el acto administrativo electrónico debe cumplir con las condiciones de confidencialidad, autenticidad, inalterabilidad y no repudio. Así mismo, los elementos, formalidades, y requisitos de procedencia y tramitación de los procedimientos administrativos se verán afectados por los cambios tecnológicos, y será con base en la concepción con que se asuman que tales cambios representen un verdadero beneficio tanto para los ciudadanos como para la administración pública.

Por su parte, el profesor Roberto LAGUADO GIRALDO señala que al hablarse de documentos electrónicos se hace referencia a los casos en los que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad expresada en las formas tradicionales, y en que la actividad de un computador o de una red sólo comprueba, verifica o consigna electrónica, digital o magnéticamente un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses pre existentes. Se caracterizan porque sólo pueden ser leídos o conocidos por el hombre, gracias a la intervención de sistemas o dispositivos traductores que hacen comprensibles las señales digitales³⁹.

Afirma que los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en papel, razón por la cual el acto administrativo electrónico contiene los mismos elementos que un documento tradicional de papel, es decir:

³⁸ *Ibídem.*

³⁹ LAGUADO GIRALDO, Roberto, *Actos administrativos por medios electrónicos*, en Revista Universitas No. 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., Junio de 2003.

a. Constan en un soporte material como cintas, disquetes, circuitos, chips de memoria, redes, etc.) El soporte puede ser entendido como todo substrato material sobre el que se asienta la información y sirve para almacenar la información para un tratamiento posterior.

b. Contienen un mensaje en lenguaje electrónico, es decir, en el documento electrónico también se manifiesta una voluntad, un deseo, un conocimiento, y en general la misma clase de información que se puede consignar o depositar en un medio escrito tradicional, incluso consignando más elementos de los que se podría incluir en un texto manuscrito.

La Ley 527 de 1999 señaló que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Igualmente dispuso que ello se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

c. Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica. En relación con la firma digital, el legislador estableció que en el evento en que una norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

1. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; y 2. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

En síntesis, el acto electrónico podría servir de mayor garantía que el acto clásico de papel, por las siguientes razones:

a. Su soporte electrónico permite mayor durabilidad en el tiempo; b. Su soporte electrónico brinda mayor seguridad e inalterabilidad que el documento de papel; c. Su soporte electrónico permite insertarlo en la Internet, dotándolo de mayor publicidad que el papel; d. Su soporte electrónico permite imprimirle una firma electrónica, la cual es más segura que la firma autógrafa; e. Su soporte electrónico permite copiarlo las veces que se requiera con menores costos; y f. Su soporte electrónico no necesita de materialización alguna, pero sigue sirviendo de constancia, soporte, razón por la cual podría ser consultable, revisable, comunicable, inmodificable y autenticable, entre otros aspectos⁴⁰.

1.3. CONCLUSIONES.

1. Luego de analizar los aspectos más relevantes de la teoría del acto administrativo, podemos concluir que aquellos temas relacionados con las características, elementos y atributos del acto administrativo tradicional, se aplican de igual forma al acto administrativo electrónico.

En efecto, los elementos subjetivo, formal, finalista y causal del acto administrativo tradicional, así como sus atributos relacionados con la presunción de legalidad; la validez; la eficacia; la ejecutoriedad; la ejecutividad y la obligatoriedad, se predicen igualmente del acto administrativo electrónico.

⁴⁰ *Ibidem*.

2. En materia de comercio electrónico, nuestra normatividad ha permitido la realización de procesos contractuales mediante el intercambio de una propuesta y de una aceptación entre personas distantes, evitando de esta manera el tradicional intercambio de documentos escritos en papel, y reconociendo de esta forma la existencia del contrato informático o telemático, cuyo fundamento estriba en los soportes informáticos, a través de la utilización de herramientas tecnológicas.

3. Sin lugar a dudas, y gracias a la aplicación del principio de equivalencia funcional, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumple de igual forma y con los mismos alcances –incluido su valor probatorio– la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión y finalidad del acto.

La aplicación de dicho principio permitirá, tal y como lo analizaremos más adelante, vislumbrar que en materia de procedimientos administrativos para llevar a cabo procesos de contratación, dicha figura podrá igualmente aplicarse mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

4. Podemos afirmar que el acto administrativo electrónico, entendido como esa declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento, realizada y manifestada por la Administración Pública mediante el uso de medios técnicos electrónicos o informáticos en el ejercicio de una función o potestad administrativa, es la expresión visible y concreta de la aplicación práctica del uso de herramientas electrónicas en el derecho administrativo, lo que ha facilitado implementar procesos de contratación pública electrónica.

5. El acto administrativo electrónico ofrecería mayor garantía que el acto administrativo clásico o tradicional, toda vez que su soporte electrónico: (i) permite mayor durabilidad en el tiempo; (ii) brinda mayor seguridad e inalterabilidad; (iii) permite incluirlo en la Internet, lo que generaría mayor publicidad que el papel; (iv) permite imprimirle una firma electrónica, aspecto que brindaría mayor seguridad que la firma autógrafa; y (v) su reproducción generaría menores costos.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

2.1 EL PROYECTO “MISIÓN DE CONTRATACIÓN: HACIA UNA POLÍTICA PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”.

De acuerdo con lo señalado en el documento elaborado por el Departamento Nacional de Planeación –DNP–, en el marco del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, el Gobierno de Colombia y el Banco Mundial emprendieron la tarea conjunta de reflexionar acerca de las bases de política pública que han permitido desarrollar la contratación de las entidades del Estado Colombiano.

Lo anterior, con el fin de estudiar a fondo los diversos elementos que confluyen en el tema de la contratación estatal, para de esta manera plantear una nueva visión del manejo y organización que se le había dado al tema.

Con el fin de cumplir con el anterior objetivo, se elaboró un cronograma de tareas y actividades desarrolladas desde finales del año 2001. Una de ellas, se denominó “Misión de Contratación”. Allí, los más autorizados doctrinantes en materia de contratación pública estatal tuvieron la oportunidad de preparar diversas ponencias que, en su conjunto, sirvieron de base para formular una especie de política pública en materia de contratación estatal⁴¹.

⁴¹ ECHEVERRY GARZÓN, Juan Carlos, *Presentación del documento: Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, Bogotá, D.C., julio de 2002.

Las importantes conclusiones de dichas ponencias se expondrán al final del presente capítulo con el fin de concatenarlas con el tema específico de la contratación pública electrónica.

2.1.1 La regulación.

En este punto, el profesor Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA sostuvo la necesidad de crear una autoridad o un órgano independiente que tuviera a su cargo la tarea de unificar políticas y regulaciones en materia de contratación estatal.

En efecto, sostuvo que, con el propósito de dar mayor coherencia al régimen de la contratación estatal, es necesario contar dentro de la estructura del Estado colombiano con un organismo que unifique criterios, interprete, fije metodologías, regule y asesore al gobierno nacional en la reglamentación de las leyes contractuales, en la presentación de proyectos de ley y, eventualmente, resuelva por la vía administrativa algunos conflictos que se puedan suscitar en los trámites contractuales.

Con lo anterior, no se estarían desconociendo los principios de la centralización y autonomía de las entidades territoriales o por servicios, ni ningún otro, todo lo contrario, sería una alternativa perfectamente sujeta a la Constitución y viable legalmente, que constituiría un instrumento importante para fortalecer los procedimientos administrativos, las decisiones en materia contractual de todas las entidades estatales y la vigencia y aplicación de sus principios rectores.

En el derecho comparado existen instituciones similares, que vienen cumpliendo un papel importante en el desarrollo de los procedimientos y en la adopción de decisiones contractuales.

En efecto en el caso de España, en el real Decreto Legislativo 02 de del 16 de junio de 2000, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas españolas, se estableció la llamada Junta Consultiva de Contratación Administrativa, definida como el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus órganos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa, adscrita al Ministerio de Hacienda, cuya composición y régimen se establecerán reglamentariamente. Dicha Junta promoverá en su caso, las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos. Por su parte, las Comunidades Autónomas podrán crear Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, con competencias en sus respectivos ámbitos territoriales.

La mejor y más adecuada manera de llevar adelante el anterior planteamiento, es mediante la creación de una unidad administrativa especial sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera limitada, pero con amplia capacidad técnica, imposibilitada de celebrar contratos, esto es, excepcionada del carácter de entidad estatal, que cumpla las funciones administrativas estrictamente relacionadas con las competencias que señale la ley, adscrita al Departamento Nacional de Planeación o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que garantice la independencia e imparcialidad necesarias para abordar la temática correspondiente a la contratación estatal.⁴²

A su turno, el profesor Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA ha resaltado la necesidad e importancia de la existencia de una legislación especial en materia de contratación

⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Ausencia de un organismo rector de la política de contratación pública. ¿Resulta conveniente instituir una autoridad específica que se encargue de fijar políticas, de armonizar normas y de centralizar reglamentaciones en materia de contratación estatal?*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

estatal. Justificó la anterior recomendación con base en los siguientes argumentos:

En la medida en que el contrato es un acuerdo de para crear obligaciones, la aplicación de dicha figura supone unos elementos básicos que están contenidos en el derecho privado y necesariamente son aplicables a los contratos que celebran las entidades estatales. Adicionalmente, el derecho privado contiene una regulación de los contratos que busca hacer respetar su contenido y proteger a los contratantes. En esta medida dichas reglas en principio son aplicables a las entidades estatales.

No obstante lo anterior, el hecho que el Estado esté sujeto a unas reglas particulares en cuanto a la manifestación de su voluntad; que contrate con recursos públicos; que debe procurar la participación de todos en la vida de la nación; que debe dar un tratamiento igualitario a todos, y que debe procurar la satisfacción del interés general, justifica que existan unas reglas especiales de contratación para las entidades estatales.

En síntesis, si bien el derecho civil y comercial deben ser la base del régimen contractual, es necesario que existan disposiciones adicionales especiales cuando se trata de contratación estatal.

En relación con los aspectos específicos que debe ocuparse el régimen de contratación estatal, cuya regulación no tendría cabida o no podría encontrarse en los estatutos contractuales del Derecho Privado, dichos aspectos particulares a los cuales debe referirse la contratación estatal se refieren, de una parte, al proceso de formación del contrato estatal, ya que si bien es cierto, los particulares pueden voluntariamente emplear mecanismos de selección análogos a los de las

entidades estatales, las características de estas últimas imponen por regla general que dichos procedimientos sean obligatorios.

De otro lado, las reglas de contratación estatal tienen que prever las estipulaciones que deben incluirse en los contratos y referirse específicamente a aquellas facultades que no se pueden incluir en los celebrados entre particulares y que son necesarias para asegurar en un caso concreto el interés general. La base en este punto consiste en señalar que para proteger el interés general el Estado debe poder hacer uso de todos los mecanismos que permite el derecho privado, y que la ley puede incluir otros no autorizados por los Códigos Civil y Comercial.

Igualmente, el régimen contractual debe precisar en qué casos se profieren actos administrativos, teniendo en cuenta que ello debe ocurrir sólo en los casos en que el Estado ejerza realmente prerrogativas excepcionales.

En relación con el equilibrio económico, sólo deben consagrarse reglas especiales para los eventos en que el estado ejerce prerrogativas en virtud de las cuales se modifica o termina el contrato. En los demás casos debe operar la responsabilidad contractual y la teoría de la imprevisión.

Afirmó que la existencia de un régimen especial para las entidades estatales surge, de una parte, del uso de los recursos públicos, de otra parte, de las reglas particulares que las rigen en su manifestación de voluntad, y finalmente, y es ello lo más importante, del interés general que deben satisfacer, lo cual no impone un régimen homogéneo⁴³.

⁴³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *Necesidad e importancia de la existencia de una legislación especial en materia de contratación estatal. Criterios que la justifican*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

La tratadista Leda RETAMOSO LÓPEZ defendió igualmente la necesidad de un estatuto único de contratación del Estado, argumentando que la dispersión de normas que regulan la contratación del Estado en Colombia, genera frecuentes errores entre los sujetos contratantes que desconocen la totalidad de los preceptos sustantivos que regulan dicha materia. Esta ignorancia de la ley, afirmó, patrocinada por el mismo Estado debido a la cantidad de leyes y decretos reglamentarios que expide sobre la materia, es terreno fértil para la corrupción y la arbitrariedad al interior de los procesos contractuales.

En ese orden de ideas, gran parte de los problemas que genera el desconocimiento de la regulación integral en materia de contratación del Estado, se solucionarían con la expedición de un único estatuto de contratos de la administración. Dicho cuerpo normativo, no debe consistir en un decálogo de principios y normas aplicables a un número reducido de entidades estatales, como ocurre actualmente. Para que preste la utilidad deseada, es necesario que defina de manera sistemática y coherente, la totalidad de procedimientos y normas aplicables a cada entidad según su naturaleza y de acuerdo con el objeto del contrato.

No obstante lo anterior, no se pretende la creación de un único régimen legal que contemple normas uniformes para la totalidad de las entidades del Estado, pues resultaría contrario a la lógica pretender, por ejemplo, que el IFI discipline su contratación de acuerdo con las reglas que aplica el Ministerio de Defensa. Resaltó que algunos regímenes de excepción se justifican por la especial naturaleza de entidades que en su actividad contractual requieren de procedimientos ágiles y expeditos como los que emplean los particulares en sus contrataciones.

Así, un estatuto de contratos de la administración debería prever un listado amplio de fórmulas y procedimientos alternativos a la licitación pública que permitiera que los contratos que en la actualidad se exceptúan de la Ley 80 de 1993, pudieran celebrarse siguiendo las directrices del estatuto, que tendría la previsión de incorporar en su texto trámites dinámicos, apropiados para esas entidades, que aseguren la vigencia de los principios del artículo 209 de la Constitución Política⁴⁴.

Dicha norma constitucional señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

2.1.2 Los contratos básicos de la administración pública.

En este punto, el profesor Jorge Enrique IBÁÑEZ NAJAR analizó el tema relacionado con las compras de las entidades estatales, los contratos de compraventa y de suministro, y las dificultades, costos y soluciones.

Señaló que los principales problemas en las compras y adquisiciones de bienes para el conjunto de entidades que integran la administración pública en Colombia guardan relación con los siguientes aspectos: a) Una inadecuada e insuficiente regulación legal y reglamentaria, lo cual se refleja en una evasión de la que actualmente existe; b) La falta de información tanto de las necesidades y presupuestos públicos de las entidades demandantes, de los oferentes, de cada uno de los bienes y servicios públicos y de los precios de éstos, todo lo cual se

⁴⁴ RETAMOSO LÓPEZ, Leda, *La regulación de la contratación estatal en un solo cuerpo, con aplicación universal a todas las entidades oficiales, frente a la existencia de regímenes especiales de contratación para diversos sectores o entidades públicas*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

refleja en sobrepagos, recargos y comisiones; c) La ausencia de procesos de planificación para las compras y adquisiciones de acuerdo con los planes y programas de funcionamiento y de inversión públicas y de conformidad con los presupuestos públicos asignados para ello, lo cual se refleja en una discordancia entre la planeación, la ejecución de las compras y adquisiciones y los presupuestos de las entidades públicas; d) La inexistencia de sistemas de información, comunicación y tecnología para administrar y coordinar los procesos de compras y adquisiciones y la ausencia de un adecuado proceso de control para verificar el cumplimiento y la calidad de los bienes; e) La ausencia de sistemas de gestión y administración de los contratos estatales para la compra y adquisición de bienes.

Así el sistema y la organización que contemplan las normas vigentes para las compras y adquisiciones que requiere cada entidad estatal, no resultan suficientes y adecuadas para obtener las mayores ventajas del mercado y maximizar la utilización de los recursos públicos.

Por ello Colombia está en mora de establecer a nivel gubernamental una autoridad rectora del Sistema de Contratación con potestades de regulación y/o reglamentación administrativa, con facultades de coordinación y con competencias de gestión para a su vez administrar un Sistema Electrónico de Información para la Contratación de la Administración Pública, el cual debe adoptarse primero para las entidades que integran los sectores central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y posteriormente, extenderse a los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial, y a los órganos que integran la estructura del Estado colombiano, así como a las entidades que conforman la administración territorial en los niveles Regional, Departamental, Distrital, Metropolitano, Provincial y Municipal y a las entidades privadas que al cumplir

funciones públicas administren recursos públicos, como lo serían las Cámaras de Comercio, o las que simplemente administren recursos públicos así no cumplan funciones públicas, como sería el caso de las Cajas de Compensación Familiar⁴⁵.

Dicha entidad rectora debe estar en capacidad de poner en funcionamiento y administrar un Sistema Electrónico de Contratación para la Administración Pública a través del cual se puedan cumplir todos los procedimientos para la invitación, selección, adjudicación y celebración de determinados contratos estatales, entre ellos los de compras y suministros de determinados bienes.

En consecuencia, solo hasta cuando se establezca un adecuado sistema de información de compras y adquisiciones por parte de la administración pública a través del cual se obtenga una total transparencia en materia de precios y formas de pago y posteriormente se ponga en ejecución un Sistema Electrónico de Contratación para la Administración Pública con el objeto de adquirir en tiempo real los bienes y servicios que demande la organización estatal, no se requerirá ni será aconsejable forzar u obligar a los contratistas a precisar por separado el del precio y el costo de “financiación” que hoy se calcula con fundamento en hipotéticas demoras en el trámite de los pagos, ya que de antemano se sabrá cuál es el precio del bien y la forma en que se debe realizar su pago.

Igualmente concluyó que “una vez creado y puesto en funcionamiento un Sistema Electrónico de Información se podrá pensar en la creación de un Sistema Electrónico de Contratación para la Administración Pública, que tendría por objeto en una primera etapa permitir la realización a través de él de las compras y adquisiciones que requieran todas las entidades públicas tanto de la

⁴⁵ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enríque, *Las compras de las entidades estatales los contratos de compraventa y de suministro: dificultades, costos y soluciones. Debe existir o no una central de compras estatales?*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

Administración Nacional como de la Administración Territorial y, posteriormente, la celebración electrónica de otras clases de contratos estatales, todo lo cual requiere de una completa modificación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con el fin de permitir la creación de un organismo rector que interactúe con los sujetos de derecho público como entidades ejecutoras o unidades operativas del sistema y los co-contrantes de las entidades públicas”⁴⁶.

En relación con los contratos de prestación de servicios y su utilización por parte de las entidades estatales, Weiner ARIZA MORENO sostuvo que, pese a las dificultades que con su celebración se han generado, los contratos de prestación de servicios siguen siendo un instrumento indispensable para la administración y buen funcionamiento de las entidades estatales.

Ante la legislación precedente, la Ley 80 de 1993 ha constituido un avance en la precisión y decantación de las características básicas del contrato de prestación de servicios, así como en la forma de celebrarlo, y no se confunde con el contrato de prestación de servicios profesionales, resaltando la eficacia del Sistema Único de Información de Personal, así como la limitación del mismo al sector central.

En tal virtud no toda prestación de servicios da lugar, por sí misma, al contrato de prestación de servicios, y que no obstante los avances legales y reglamentarios, las entidades estatales siguen abusando en la celebración de estos contratos.

Por ello la forma como está reglamentada la contratación directa de los contratos de prestación de servicios, además de ser insuficiente, no garantiza la selección objetiva, la transparencia y la libre concurrencia en la contratación.

⁴⁶ *Ibíd.*

Adicionalmente, recomendó: (i) introducir precisiones reglamentarias para distinguir el contrato de prestación de servicios de otros contratos y diferenciar los contratos de prestación de servicios profesionales de los que no lo son; y (ii) modificar el artículo 13 de Decreto 855, haciendo obligatorio para las entidades estatales conformar los directorios allí mencionados, y el artículo 3° del mismo Decreto en los siguientes sentidos: ampliar el número de personas que pueden ser invitadas; eliminar la solicitud de ofertas verbales; hacer obligatoria la introducción previa de criterios de calificación y formas de ponderación; motivar las razones de invitación; modificar la forma de contratación de la menor cuantía, haciéndola más pública; eliminar la subasta; tener la experiencia como factor importante de escogencia y determinar las condiciones bajo las cuales podría haber negociación en el procedimiento de contratación directa.

En el reglamento deberán incluirse temas sustanciales del contrato de prestaciones de servicios profesionales, como el de las formas de remuneración y la coherencia en su manejo en entidades donde existan varios funcionarios con capacidad de contratación.

De otra forma resulta necesario hacer obligatorio el registro de proponentes para los contratos de prestación de servicios no profesionales; replantear la remisión de la información relativa a los contratos de prestación de servicios profesionales al Sistema Único de Información de Personal y ampliar mediante reglamento el marco de las intervenciones indelegables del jefe de la entidad estatal, entre otros aspectos⁴⁷.

⁴⁷ ARIZA MORENO, Weiner, *Los contratos de prestación de servicios y su utilización por parte de las entidades estatales*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

En relación con la regulación de los contratos de obra, Edgar GONZÁLEZ LÓPEZ señaló que la mayor parte de los problemas surgidos en la ejecución del contrato de obra pública, y en el fallido desarrollo de las obras, no tienen sustento en una deficiente regulación legal.

Actualmente existen criterios e inconsistencias en el desarrollo del proceso contractual de una obra pública, que corresponden más a un problema de interpretación de normas y de claridad sobre las mismas, que de modificación o adición de los preceptos legales.

En ese orden de ideas las controversias judiciales tiene su origen principalmente en la falta de aplicación del principio de planeación por parte de la Administración, en incumplimientos de las obligaciones de las partes y en la falta de aplicación del principio de buena fe.

En ese sentido se requiere en forma prioritaria la capacitación y formación en contratación estatal por parte de quienes intervienen en los procesos de contratación, ejercen funciones de control y vigilancia o cumplen funciones de carácter jurisdiccional.

Igualmente, es necesario definir criterios generales que eviten declaratorias de desierta, rechazo de ofertas o fracaso en el procedimiento precontractual y de respetar los principios de igualdad y selección objetiva, para cumplir con la finalidad de la contratación.

Así mismo es recomendable estructurar una normatividad que establezca el deber de la Administración de modificar o terminar el proceso contractual, cuando éste no se encuentre conforme con los fines de la contratación estatal.

En el mismo sentido se requiere la definición de un criterio legal para el ejercicio de potestades públicas, adicional a las cláusulas exorbitantes consagradas en la ley y la revisión y modificación del régimen presupuestal que incide en la celebración y ejecución de los contratos de obra pública⁴⁸.

2.1.3 Procesos de selección

En lo que hace referencia a la selección de contratistas por parte de las entidades estatales, Antonio José DE IRISARRI RESTREPO resaltó que la Constitución Política colombiana impone que la función administrativa se desarrolle por las autoridades encargadas de cumplirla, con arreglo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y que la contratación pública, como instrumento por excelencia de la actividad administrativa, ha de desenvolverse con sujeción a tales principios.

Así, la contratación pública ostenta facetas que la hacen atípica respecto de la contratación generalmente utilizada por los particulares en el desarrollo del giro ordinario de sus negocios. Lo anterior, principalmente en lo que hace relación con los procedimientos de selección de los contratistas, y por consiguiente, las disposiciones legales que tienden a regular los diversos mecanismos de selección de los contratistas del Estado, deben obedecer a criterios que permitan un desempeño transparente de los distintos participantes, razón por la cual, no es posible prescindir de la aplicación obligatoria de procesos de selección de contratistas por parte de las entidades estatales.

⁴⁸ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar, *La regulación de los contratos de obra*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

Algunas de las dificultades que afectan el desarrollo y la eficiencia de los procesos de selección de los contratistas de las entidades estatales tienen origen mediato o inmediato en la regulación contenida en la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, los modos de remediarlas imponen la intervención del legislador en ciertos eventos como: la ampliación del plazo previsto para la adjudicación, cuya cortedad hace frustrante muchos procesos de selección; debe eliminarse de la regulación legal la fijación del término previsto la celebración de la audiencia de preguntas y respuestas; debe prohibirse expresamente que la administración, al momento de suscribir el contrato modifique cualquiera de las cláusulas que incluyó en la minuta anexa a los pliegos de condiciones o términos de referencia, sancionando la inobservancia de la prohibición con la ineficacia de pleno derecho de la cláusula o cláusulas que así hubieren sido modificadas, y se debe disponer, como obligación a cargo de la entidad licitante, la de anexar como documento de toda licitación o concurso, la minuta de contrato que se proyecta celebrar.

Así mismo, sostuvo que los criterios que deben orientar todo proceso de selección de contratistas particulares deben ser puramente objetivos, y debe prohibirse todo factor que dependa de apreciaciones personales o subjetivas de los funcionarios encargados de calificar las propuestas⁴⁹.

⁴⁹ DE IRISARRI RESTREPO, Antonio José, *La selección de contratistas por parte de las entidades estatales. Procesos de selección y principios que deben orientarla*. en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

2.1.4 El manejo presupuestal.

En este tema, el profesor Hugo PALACIOS MEJÍA señaló que la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los particulares o del Estado no es un valor jurídico predominante en la Constitución Política de Colombia. Afirmó que la decadencia de la institución contractual no solo ocasiona pérdidas de eficiencia general en la economía, sino que deslegitima las instituciones, favorece la corrupción, y ocasiona sobrecostos en los contratos del Estado.

En tal virtud, un esfuerzo de racionalización de los cálculos de ingresos del gobierno redundaría luego, al ejecutar el presupuesto, en “Programas anuales de caja” (PAC), más ajustados a los ingresos previstos, y, en consecuencia, en un cumplimiento más puntual de todas las obligaciones presupuestales, sin necesidad de interferencias posteriores por parte de las autoridades monetarias.

De igual forma es necesario reformar la “Ley Orgánica del Presupuesto”, toda vez que el actual estatuto es un conjunto inorgánico de reglas provenientes de diversas épocas, redactadas con diversos criterios contables y legales.

Dicha normatividad es demasiado rígida en algunos aspectos, toda vez que no tiene en cuenta los diversos tipos de obligaciones que pueden surgir de los contratos ni las variaciones en el valor que pueden surgir por diversas causas legales. Así mismo, confiere demasiada discrecionalidad al Gobierno en aspectos tales como el cálculo de ingresos, la aprobación de vigencias futuras, la elaboración del “programa anual de caja”, y la disminución de apropiaciones presupuestales.

Las reglas de la Ley orgánica del presupuesto, en cuanto se refieren a la adquisición de obligaciones contractuales, y a su pago, no toman en cuenta en debida forma las diferencias entre pasivos corrientes de largo plazo o contingentes, ni entre los pasivos que tienen valores ciertos y aquellos cuyos valores son indeterminados, ni entre las obligaciones de ejecución inmediata y las de “tracto sucesivo”.

En ese contexto, el fenómeno de los retrasos en los pagos debidos a los contratistas del Estado es, ante todo, una manifestación del déficit fiscal. Además, ese “retraso” cumple las funciones de un “empréstito forzoso”, sin costo para el Estado. Recomendó que, para hacer más transparente y eficiente el manejo de las finanzas públicas, se deben diseñar sistemas que hagan explícito el costo de tales empréstitos y lo atribuyan al Estado, quien debe asumirlo. Dijo que esos retrasos no deberían convertirse en “deuda pública” de segunda clase.

Finalmente, argumentó que la “Ley Orgánica del presupuesto” debería tener en cuenta en forma más coordinada los diversos principios y conceptos del derecho contractual en cuanto a nacimiento, clasificación, exigibilidad y pago de las obligaciones. Pero, afirmó, en la medida en que existan puntos de tangencia entre las normas presupuestales y las contractuales, deben ser regulados en la “Ley orgánica del presupuesto”, y no en el estatuto contractual⁵⁰.

2.1.5 Planeación económica del contrato estatal.

En cuanto hace referencia al equilibrio económico de los contratos, el tratadista Camilo OSPINA BERNAL señaló que el actual sistema legal de equilibrio

⁵⁰ PALACIOS MEJÍA, Hugo, *Los contratos estatales, el régimen de presupuesto y las políticas monetarias. Las limitaciones a la utilización de vigencias futuras. La oportunidad de ‘PAC’ para la realización de los pagos correspondientes*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

económico de los contratos del Estado, al garantizar en cualquier evento la utilidad o mínimo la no pérdida para el contratista, incluso en eventos de imprevisión que también afectan al Estado y no son causados por este o por el contratista, se constituye en la práctica en una cláusula exorbitante a favor de las personas que suscriben contratos con el Estado, puesto que a diferencia de los demás agentes de la economía, al realizar un negocio con la administración el contratista tiene la garantía de no perder. Así mismo, recomendó dar a la imprevisión en la contratación administrativa el mismo tratamiento que se le da en el derecho privado.

En el caso de la ruptura del equilibrio económico del contrato causada por actos, o hechos del Estado, o por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, es recomendable continuar dándole el mismo tratamiento que se le da en la actualidad.

La planificación es el único mecanismo mediante el cual la acción del Estado puede lograr el cumplimiento de sus fines constitucionales, pues solo mediante la planificación es posible garantizar a los ciudadanos que los servicios a cargo del Estado se prestarán de forma consistente, eficiente, oportuna y con calidad.

Resulta entonces necesario desarrollar un sistema de planificación de la contratación estatal, para permitir su operación fluida dentro de las restricciones de las normas presupuestales, de forma que se pueda atender las prioridades estatales de forma eficiente y ordenada.

Igualmente es fundamental establecer una solución jurídica para los casos en los cuales no se puede adjudicar un contrato, cuando el proceso de selección se inició en determinada vigencia fiscal y esta concluye. Dicha solución, sostuvo, puede ser amparar el proceso de selección con los recursos del año siguiente, solución útil a

las finanzas públicas y muy necesaria en la contratación administrativa, que puede ser establecida en las leyes anuales del presupuesto.

Así mismo, es necesario obligar a las entidades públicas a estructurar su PAC para que se ajuste a sus obligaciones contractuales, de manera que éstas se puedan pagar oportunamente, y recomendó reglamentar la materia.

Igualmente, se requiere establecer restricciones de naturaleza orgánica que impidan retrasar o reducir el PAC que ampara obligaciones ya adquiridas por el estado, pues es preciso eliminar la incertidumbre macroeconómica que padecen los contratos estatales. De no adoptarse lo anterior, la posibilidad de cumplir oportunamente con los pagos adquiridos en materia contractual por la administración pública continuará siendo lejana.

Una manera de dar eficiencia práctica a la institución del equilibrio económico de los contratos, es necesaria una reglamentación de las causas, procedimientos y sistemas de cumplimiento de los actos administrativos que reconozcan la existencia de ruptura de la ecuación contractual y señalen la forma de corregir ese fenómeno.

La reglamentación, más que ser restrictiva de la institución, permitiría su instrumentación práctica, dándole la efectividad que los intereses del Estado y de los contratistas requieren, al facilitar a los funcionarios públicos reglas que les permitan considerar que por estar aplicando el reglamento, su actuación es relativamente segura desde el punto de vista de la responsabilidad.

Finalmente, señaló que no se podrá dar una aplicación eficiente a la institución del equilibrio económico de los contratos si no se cuenta con interventores idóneos. Resaltó la necesidad de desarrollar el tema de las interventorías y generar los

espacios legales para que estos puedan ejercer su función con libertad y responsabilidad, sin temor a que el cumplimiento de su deber los haga responsables fiscal, disciplinaria y penalmente⁵¹.

2.1.6 La participación y el control social.

En relación con la información, la publicidad y los contratos estatales, Javier CORTAZAR MORA sostuvo que en materia de contratación pública el principio que debe prevalecer es el de la publicidad. Afirmó que el principio debe ser que ningún aspecto de la contratación estatal es reservado, con excepción de la información que por ley tenga tal carácter, incluyendo el caso de la información mercantil confidencial.

La única diferencia que debe haber entre la información relacionada con los contratos estatales que debe estar a disposición del público y de los organismos de control es que estos últimos deben tener la posibilidad de acceder a la información reservada cuando ello sea indispensable para el ejercicio del control que les corresponde, y se circunscribe única y exclusivamente al objeto de la investigación.

Para efectos de control tanto ciudadano como de las entidades públicas, es importante extender el derecho de acceso de información a los documentos directamente relacionados con la ejecución de los contratos estatales que se encuentren en poder de los contratistas.

⁵¹ OSPINA BERNAL, Camilo, *El equilibrio económico de los contratos. Cómo lograr la aplicación efectiva, práctica, equitativa y transparente de esa institución*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

Lo anterior, debido a que el contratista es un colaborador de la administración y su actuación tiene consecuencias en el desarrollo de la función pública, por lo que es razonable que tanto los organismos de control como la ciudadanía tengan el derecho de acceder a la información directamente relacionada con el ejercicio de esa colaboración.

Además, se relaciona con la tendencia actual de contratar la realización de muchas actividades que anteriormente desempeñaban las entidades de una forma directa. Sostuvo que en la medida que cada día esta tendencia se traduce en mayor contratación, conviene que el derecho de la información se extienda hasta abarcar este nuevo tipo de situaciones para evitar que por causa de ellas el derecho de acceso sea nugatorio.

La importancia de tener en cuenta que en materia de contratación pública el papel que desempeña el principio de la publicidad y la información no debe estar circunscrito únicamente al ejercicio del control –ciudadano, fiscal y disciplinario- de la actividad de la administración pública. El Estado es el mayor contratante de bienes y servicios; el gasto anual en materia de contratación es inmenso y como tal es una poderosa herramienta económica. Así, los principios de la información y la publicidad pueden cumplir una función económica importante y pueden ser muy útiles para promover la competencia y la competitividad de las empresas colombianas.

En ese sentido, en materia de apertura de licitaciones o concursos públicos, la Ley 80 de 1993 prevé un sistema de información a través de avisos en diarios comerciales de amplia circulación. Adicionalmente, el examen de las páginas web de varias entidades públicas permite observar que esta tecnología se utiliza en materia contractual. Por ejemplo, en la página web del IDU, aparece información muy completa acerca de las licitaciones públicas, pliegos de condiciones y demás.

Finalmente, el Diario Único de Contratación Estatal creado por la Ley 190 de 1995 es un compendio de información sobre la actividad contractual del Estado. Igualmente, de forma independiente existen unos sistemas privados de información sobre licitaciones y concursos públicos.

Con base en lo anterior, afirmó que Colombia cuenta con un buen sistema de información sobre la actividad contractual de la administración pública, el cual puede ser utilizado con fines comerciales, aunque gracias a la tecnología de las comunicaciones es posible introducir mejoras al mismo.⁵²

En relación con los organismos de control y su papel en la contratación de las entidades estatales, el profesor Carlos Gustavo ARRIETA PADILLA señaló que en materias relacionadas con la contratación estatal, y cuando de la determinación de eventuales responsabilidades individuales se trata, existe una marcada duplicidad en el ejercicio de la función de control por parte de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, pues una y otra institución investigan las mismas conductas, generalmente en forma simultánea, con parámetros y procedimientos similares.

Dicha duplicidad obedece a la falta de claridad conceptual sobre los objetivos de uno y otro tipo de control, confusión que no debería presentarse si el control fiscal se orientara, como debería ser, a la evaluación de la gestión institucional o a la personal de los administradores, sin adentrarse en materias de determinación de responsabilidades individuales, función que es más propia del control disciplinario.

⁵² CORTÁZAR MORA, Javier, *La información, la publicidad y los contratos estatales*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

En consecuencia, parte fundamental de los problemas que se derivan de la forma como el control se ejerce en Colombia tiene que ver con la falta de definición de algunos parámetros o criterios para su ejercicio por parte de los organismos competentes. Ello ocurre, afirma ARRIETA PADILLA, particularmente por la subjetividad en el control que puede resultar de la indefinición del alcance jurídico de conceptos tales como los de eficiencia o eficacia en el ejercicio de funciones administrativas, por la falta de seguridad jurídica en la interpretación de las normas contractuales, o por el hecho de que en varias ocasiones se cuestionan sin fundamento sólido las interpretaciones jurídicas de buena fe realizadas por los servidores públicos.

En consecuencia, resulta necesario precisar las disposiciones vigentes en materia de control para que quede claro que a las instituciones de control les está vedado interferir en la adopción de decisiones por parte de la administración, con la salvedad establecida en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política.

El SICE y el RUPR son herramientas útiles para mejorar la gestión de compras de bienes y servicios de la administración, para garantizar un mercado más transparente, y para facilitar la adquisición de dichos bienes y servicios en condiciones competitivas.

Finalmente, es necesario replantear los conceptos y las funciones de control en Colombia, de manera tal que se ajusten a las más modernas tendencias sobre la materia y a las experiencias internacionales. En tal sentido, considero de gran utilidad replantear la manera como se ejercen el control disciplinario y el control fiscal, para buscar un esquema de control especializado, más ágil y efectivo⁵³.

⁵³ ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo, *Organismos de control y su papel en la contratación de las entidades estatales. Definición de máximos. El papel del SICE*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública,

2.1.7 Ejecución y protección de la administración.

Dentro del contexto de este capítulo, el Profesor Hernán Guillermo ALDANA DUQUE analizó el tema relacionado con las cláusulas excepcionales en los contratos administrativos del Estado, así como su definición, finalidades, alcances y límites.

Las llamadas cláusulas excepcionales, cláusulas exorbitantes, cláusulas especiales, o más comúnmente denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común, designan facultades atribuidas por la ley o reconocidas por la jurisprudencia a la administración pública en virtud de las cuales puede, unilateralmente, dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, imponer sanciones a su contraparte y caducar y efectuar la liquidación final del contrato.

En esa medida, son poderes administrativos unilaterales de interpretación, dirección, modificación, sanción, caducidad y liquidación de los contratos en los cuales se incorporen dichas estipulaciones.

Por ello los contratos administrativos se distinguen por estar vinculados a la prestación de servicios públicos y realización de actividades de interés general a cargo de la administración; objetivos que implican dotar a las personas que tienen esas responsabilidades de medios de técnica jurídica que les permitan cumplir con ellas, entre los cuales se encuentran las cláusulas exorbitantes de derecho privado.

El carácter exorbitante depende, no solo de lo inusual de su previsión en los contratos de derecho privado, sino, principalmente, de los procedimientos y

Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

poderes que para hacerlas operantes otorga la ley a la administración o al agente encargado del servicio, y al carácter unilateral, imperativo y coercitivo de tales decisiones, que, por ser orgánicamente administrativas, están sujetas al control judicial de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, es más eficiente y menos anarquizante establecer un sistema excepcional, en el cual sólo en ciertos contratos se establezca la obligatoriedad de pactar las cláusulas excepcionales, que el de facultar a todas las administraciones para prever la inclusión de todos los tipos de cláusulas excepcionales o exorbitantes en todos los contratos de la administración.

Salvo en casos específicos, la decisión de la utilización, en cuanto al momento y la conveniencia, debe corresponder a una elección de los contratantes. Los motivos que dan lugar a la adopción de esas medidas fundadas en las cláusulas exorbitantes, el procedimiento para proferirlas y su trámite deben corresponder a la clase de poderes reglados, cuyo ejercicio debe quedar siempre sujeto al control del juez contencioso administrativo.

Concluyó que, por regla general, dada la finalidad buscada con la utilización de las medidas apoyadas en las cláusulas exorbitantes, sólo pueden ser puestas en ejecución durante la vigencia del contrato, y excepcionalmente, por fuera de dicho plazo⁵⁴.

⁵⁴ ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo, *Las cláusulas excepcionales. Definición de las mismas, su finalidad, su alcance y sus límites*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

2.1.8 El manejo del conflicto.

En relación con la congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la definición de los conflictos originados en contratos estatales, la tratadista Martha CEDIEL DE PEÑA sostuvo que dicha congestión obedece a múltiples causas dentro de las cuales se destacan las siguientes:

a) La falta de políticas claras en relación con la organización estatal; b) La falta de rigor en la estructuración de las normas que regulan tanto la estructura del Estado, como los instrumentos de acción de la Administración; c) La deficiente preparación de los funcionarios que deben encargarse de los asuntos contractuales y de aquellos que desde los órganos de control vigilan las actuaciones de las diferentes organizaciones estatales; d) El desconocimiento de la finalidad de los recursos de la vía gubernativa y su importancia como instrumento para evitar el conflicto judicial; e) La carencia de una gerencia del contrato; f) La creación de un control interno inoperante; g) La implantación descuidada de la regulación sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos; h) La ausencia de una jurisprudencia contractual coherente y acorde con las disposiciones legales; i) Las fallas en la organización dispuesta para administrar la Rama Judicial; j) la distribución de los negocios al interior de la jurisdicción y k) El crecimiento del número de demandas de tutela, populares, de grupo, de cumplimiento y de pérdida de investidura.

Como posibles soluciones, se encuentran entre otras, trabajar hacia una modificación constitucional que exija ley orgánica o estatutaria para la organización estatal, que incorpore normas que aten al legislador de tal manera que se vea obligado a seguir pautas precisas en las leyes sectoriales en relación con los órganos o personas de la organización estatal que tengan como objeto las

actividades de cada uno de los sectores (salud, educación y servicios públicos, entre otros).

En ese orden de ideas, es necesario establecer de manera permanente y como una condición, la capacitación y formación de las personas que pretendan acceder a la Administración y a los órganos de control.

Se requiere entonces establecer un plan progresivo que comprenda un inventario de las decisiones pendientes en el Consejo de Estado que se evacuarían en orden de antigüedad. Para el efecto, la creación de tribunales de descongestión integrados por profesionales calificados que podrían pagarse a un precio establecido, con recursos provenientes de tarifas que los demandantes paguen en proporción a sus pretensiones, garantizándoles la sentencia en un término de seis meses a un año.

En ese sentido es necesario adoptar medidas para reconocer la judicatura a estudiantes de último año de derecho por el trabajo que como ayudantes para el manejo de expedientes, organización de pruebas y otras labores que implican por ejemplo la destreza en el manejo de los recursos informáticos, para disminuir los costos de la descongestión.

Igualmente, valdría la pena seleccionar un grupo de magistrados que en salas de tres (3) asumirían las labores de la descongestión y la de peritos que atiendan las necesidades de los mismos. En materias técnicas y financieras, estas deben ser confiadas a un equipo en el que participen el Consejo de Estado, el Gobierno, las universidades, los colegios de abogados y los centros de arbitraje reconocidos por

el Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta, entre otros, a quienes han sido designados como conjueces.⁵⁵

En relación con la conciliación como forma de auto composición de controversias y como mecanismo de descongestión de la administración de justicia en la contratación estatal, Juan Carlos Varón Palomino señaló que el rescate de la conciliación extrajudicial en materia administrativa supone la capacidad de identificar claramente las causas que han determinado la crisis de la figura en nuestro medio y de plantear y desarrollar estrategias que permitan superarlas efectivamente.

Entre las causas de esa problemática se encuentran las siguientes:

a) Un marco normativo disperso e incoherente; b) Falta de información de los gestores públicos en el manejo del conflicto; c) Inexistencia de una metodología unificada para la evaluación de las solicitudes de conciliación extrajudicial; d) Relativa ineficacia de los comités de conciliación y marginamiento en numerosos casos de los jefes de las entidades estatales de las deliberaciones y decisiones de los mismos; e) Reducción de la oferta de conciliación extrajudicial al servicio prestado por el Ministerio Público; f) Formación insuficiente del agente del Ministerio Público como conciliador y falta de especialización en el ejercicio de la función conciliatoria; g) Inadecuada planificación presupuestal de las conciliaciones extrajudiciales y h) Uso indebido de la conciliación extrajudicial.

⁵⁵ CEDIEL DE PEÑA, Martha, *La congestión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la definición de los conflictos originados en contratos estatales*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

Así mismo, el control judicial sobre las conciliaciones extrajudiciales de las entidades estatales encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger los intereses del Estado y el orden jurídico, así como la seguridad jurídica del particular que concilia con la entidad pública, en un contexto histórico de formación de cultura conciliatoria en los asuntos contencioso administrativos. En ese sentido, afirmó VARÓN PALOMINO, dicho control judicial debe verse como una instancia de protección del erario público y de la legalidad, y no como una presunción de incapacidad o mala fe de las partes o de los conciliadores extrajudiciales que las asisten.

De otra parte, la figura del comité de conciliación brinda la posibilidad de dar un manejo más técnico y transparente a los conflictos que involucran a las entidades estatales, en tanto posibilita el análisis del conflicto y de los posibles cursos de acción frente al mismo desde una visión interdisciplinaria, la fijación de políticas institucionales que tengan en cuenta los puntos de vista y las necesidades de distintas áreas de la organización, y la formulación colectiva de recomendaciones sobre los casos considerados.⁵⁶

En relación con la justicia arbitral, como alternativa para la administración de justicia en los conflictos contractuales del Estado, el tratadista Carlos BETANCUR JARAMILLO señaló que los tribunales de arbitramento, sean nacionales o internacionales, como sistema alternativo de solución de conflictos, deberán mantenerse en nuestro ordenamiento, al igual que los demás mecanismos, ya que la justicia estatal está en crisis por el excesivo volumen de los asuntos sometidos a su consideración.

⁵⁶ VARÓN PALOMINO, Juan Carlos, *La conciliación como forma de auto composición de controversias y como mecanismo de descongestión de la administración de justicia en la contratación estatal*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

La regulación de los mismos merece un tratamiento diferente y más adecuado, en cuanto a la etapa pre-arbitral y su definición como jurisdiccional que es, a la designación de los árbitros, lista de elegibles, honorarios y duración del proceso, entre otros asuntos.

Por ello es necesario regular en forma más técnica el recurso de anulación, ya que en la actualidad no cumple realmente su papel de mecanismo protector de la ley y el orden público. Afirmó que, sin dejar de ser extraordinario, en el recurso debería contemplarse la causal de violación del derecho sustancial, tal como se observa en los de casación ante la justicia ordinaria. Igualmente, las causales deberán ser uniformes, sin distinguir la clase de controversia.

La intervención de terceros requiere su consagración expresa, así como la del Ministerio Público, el cual deberá intervenir en todos los procesos arbitrales, aún en los internacionales, como parte procesal y con todas las facultades inherentes a la misma.

En consecuencia, la prejudicialidad deberá regularse siguiendo los parámetros establecidos en el Código de Procedimiento Civil, aunque podría pensarse en crear un proceso breve y sumario para la definición de legalidad del acto administrativo contractual, cuyo conocimiento no podrá estar a cargo de los árbitros.

Igualmente los árbitros deberán pertenecer, sin excepción, a listas elaboradas, según las distintas especialidades, por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, según sus especialidades. Igualmente, los honorarios de los árbitros deberán ajustarse a las tarifas que el Ministerio de justicia elabore para tal efecto.

Finalmente, resaltó la necesidad de precisar la autonomía que se predica de la cláusula compromisoria y su alcance, frente a la acción de nulidad que las partes pueden instaurar contrato o la cláusula compromisoria⁵⁷.

Como parte de las conclusiones plasmadas en el documento señalado⁵⁸, el tratadista Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN sostuvo en relación con el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública – SEIC-, que éste es una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

Este sistema, a través de un portal único de contratación, mostrará la información sobre la totalidad de las entidades públicas que se encuentren en la web, bajo un parámetro uniforme de captura en tiempo real. Adicionalmente permitirá relacionar esa información con la que existe en diversas bases de datos públicas sobre la materia, entre ellas Ministerio de Hacienda –SIIF-, Imprenta Nacional –DUC-, Confederación de Cámaras de Comercio – RUP y Boletín de Contrataciones-, Contraloría General de la República –SISE- y DANE – SICSP.

De igual forma, el sistema presentará información jurídica relevante sobre el tema a través de un módulo de consultas y de capacitación que permita a los

⁵⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *La justicia arbitral, como alternativa para la administración de justicia en los conflictos contractuales del Estado, definición de sus alcances*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

⁵⁸ Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomos I y II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

administradores públicos del país acceder a información de primera calidad en la materia. Desde el punto de vista del control ciudadano, la información suministrada por el SEIC permitirá visualizar la contratación con recursos públicos tanto de una manera individual para supervisar el desarrollo de un determinado proceso de contratación, como de manera global por indicadores que podrá llegar a construir el propio usuario.

Además del mecanismo informativo, el sistema brindará la posibilidad de realizar interacción electrónica, es decir, el desarrollo de procesos de contratación electrónicos en los cuales, al reemplazar los documentos en papel por documentos electrónicos, se hará más ágil y transparente el proceso de contratación. Este módulo se acompañará de mecanismos de seguridad que aseguren la intangibilidad de los documentos.

Igualmente el sistema tendrá un mecanismo transaccional a través del cual se brindará la posibilidad de efectuar procedimientos de “selección objetiva” que, en la medida en que la “Ley General de Contratación de la Administración Pública” lo permita, llegarán hasta la celebración misma del contrato o, si se prefiere por la entidad usuaria, le permitirán poner la herramienta al servicio de la obtención mediante “puja” del contenido de las “variables dinámicas” de las diversas ofertas, o del sistema de “agregación de demanda”, procedimientos explicados en el documento analizado.

En relación con el Consejo Nacional de Contratación –CNC-, éste tendrá como responsabilidad dentro de la administración del sistema, establecer las políticas, lineamientos y estándares para la publicación de información y la realización de procesos de contratación, teniendo en cuenta los tres niveles de evolución que componen el modelo funcional del Sistema Electrónico Integral de Contratación en Línea:

FASE I: INFORMATIVO: Publicación de información sobre Contratación Estatal.

FASE II: OPERATIVO: Reemplazo del papel por medios electrónicos e interacción entre el sistema y quienes acceden a él.

FASE III: TRANSACCIONAL: Realizar de manera total procesos de contratación en línea y en tiempo real.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, se le propuso al Gobierno Nacional que, con el apoyo y coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, elaborara y presentara a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley modificatorio del régimen legal y reglamentario de contratación con recursos públicos existentes, titulado “Ley General de Contratación para la Administración Pública”, cuyo alcance esté referido a todos aquellos temas que por disposición constitucional tiene reserva de ley y a aquellos que en el nivel de principios, resulten fundamentales en la construcción de un sistema regulatorio coherente que responda a las necesidades en materia contractual de las entidades públicas, de acuerdo con lo señalado en el documento.

Así mismo, en el mismo proyecto de ley, se deberá crear el Consejo Nacional de Contratación, con naturaleza de Consejo Superior de la Administración, a cuyo cargo se encontrará el establecimiento de una política pública integral en materia de contratación pública, que desarrolle los objetivos y señale los mecanismos de intervención económica en la actividad contractual del Estado y formule su regulación en aquellos temas que por su carácter dinámico resulte aconsejable deslegalizar.

Finalmente, argumentó que el Gobierno Nacional, con el apoyo y coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, debería expedir un decreto reglamentario mediante el cual se cree el Sistema Electrónico de Integración de Contratación Pública –SEIC-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos⁵⁹.

2.2 EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.

La implementación de un auténtico sistema de contratación pública electrónica en nuestro país ha tenido que atravesar por una serie de procesos normativos y ciclos legales para llegar a la consolidación que actualmente ostenta en nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación analizaremos las fases de evolución y desarrollo del sistema de contratación pública electrónica implementado en Colombia, de acuerdo con los siguientes períodos⁶⁰:

2.2.1 Primer período.

Este período inicia en julio de 2000 con la expedición de la Directiva Presidencial 02 de este año y culmina con el Documento CONPES 3186 de 2002.

⁵⁹ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, *Conclusión: La necesidad de una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

⁶⁰ Estructura adoptada por el profesor Roberto LAGUADO GIRALDO,

En la Directiva Presidencial No. 02 de 2000⁶¹, dirigida a los Ministros del Despacho; Directores de Departamento Administrativo; Superintendentes; Directores de Unidades Administrativas Especiales; Directores, Gerentes o Presidentes de Entidades Descentralizadas del Orden Nacional; Gerentes o Presidentes de Empresas Industriales y Comerciales del Estado; Gerentes o Presidentes de Sociedades de Economía Mixta del Orden Nacional, y firmada por el presidente de entonces Andrés Pastrana Arango, se señaló las Tecnologías de la Información ofrecen una oportunidad única para que los países en vía de desarrollo den un salto en su evolución económica, política, social y cultural, disminuyendo la brecha que los separa de los países desarrollados. Estas tecnologías, y en especial Internet, han trascendido los campos tecnológico y científico, constituyéndose hoy en día en herramientas que se encuentran al alcance y servicio de toda la comunidad en los ámbitos económico, educativo y de salud, entre otros.

Allí se resaltó que las Tecnologías de la Información son herramientas que permiten el desarrollo de una nueva economía, la construcción de un Estado más moderno y eficiente, la universalización del acceso a la información, y la adquisición y eficaz utilización del conocimiento, todos estos elementos fundamentales para el desarrollo de la sociedad moderna.

Con el fin de desarrollar este proceso, el Gobierno Nacional diseñó la Agenda de Conectividad, como una Política de Estado, que busca masificar el uso de las Tecnologías de la Información en Colombia y con ello aumentar la competitividad del sector productivo, modernizar las instituciones públicas y socializar el acceso a la información.

En la mencionada Directiva Presidencial se definió a la Agenda de Conectividad

⁶¹ Publicada en el Diario Oficial No. 44.145 del 30 de agosto de 2000.

como una Política de Estado presentada y aprobada por el CONPES mediante el Documento 3072 del 9 de febrero de 2000 y su lanzamiento se realizó el 14 de marzo de 2000, cuya coordinación estaría a cargo de la Presidencia de la República. Con ella deben estar comprometidas y es de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades públicas, según se instrumenta por medio de la presente directiva.

Dentro de esta Política de Estado, el Gobierno debe ser un usuario modelo. Con este fin, se ha definido la estrategia de Gobierno en Línea de la Agenda de Conectividad, que establece como uno de sus objetivos el proveer al Estado la conectividad que facilite la gestión en línea de los organismos gubernamentales y apoye su función de servicio al ciudadano, como un complemento al esquema actual, en el que se realizan estos procesos en forma presencial en las oficinas del gobierno y se sustentan con documentos escritos en papel.

En desarrollo de esta estrategia de Gobierno, a partir del 24 de agosto de 2000, en período de prueba, y desde el 13 de octubre de 2000, en forma definitiva, entrará en funcionamiento el portal de [gobiernoonline.gov.co.](http://gobiernoonline.gov.co), cuyos principales objetivos son facilitar a los ciudadanos, empresas, funcionarios y otras entidades estatales el acceso a la información de las entidades públicas e iniciar la integración y coordinación de los esfuerzos de las entidades en este propósito.

De acuerdo con lo anterior, el Presidente Andrés Pastrana impartió una serie de instrucciones con el fin de dar cumplimiento a la política que había diseñado e implementado su Administración para garantizar la modernización del Estado.

Dichas instrucciones debían cumplirse sin falta cubriendo los requerimientos detallados para cada una de las fases a más tardar en los plazos establecidos y cuyo seguimiento estaría a cargo de la Coordinación de la Agenda de

Conectividad en la Presidencia de la República y del Departamento Nacional de Planeación.

Con esta directiva, el Presidente de la República de entonces manifestó su compromiso de dejar al país al finalizar su Gobierno, el legado de un Estado eficiente y transparente, que haga uso intensivo de las Tecnologías de la información, para prestar servicios a los ciudadanos mediante un óptimo desempeño de las funciones, tareas y actividades.

En términos generales, dichas instrucciones -dirigidas a las entidades del Estado señaladas anteriormente- se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Identificar las necesidades de tipo normativo para atenderlas satisfactoriamente y en caso de ser necesario proponer o tramitar las modificaciones normativas requeridas, ante las autoridades competentes, para lo cual tendrán un plazo máximo del 31 de diciembre de 2000.
2. Incluir el cumplimiento de estas instrucciones, correspondientes a la estrategia de Gobierno en Línea de la Agenda de Conectividad, dentro del Plan Estratégico de cada entidad, con la mayor prioridad para su desarrollo eficiente y oportuno.
3. Identificar las necesidades de carácter presupuestal y hacer las provisiones correspondientes para dar cumplimiento a las instrucciones contenidas en la directiva, así como a todos los proyectos bajo su responsabilidad, dentro del marco de la Agenda de Conectividad.
4. Adecuar la infraestructura de redes y telecomunicaciones para garantizar el nivel de servicio exigido.

5. Crear en sus respectivas instituciones la cultura de trabajo utilizando tecnologías de información.

6. Adecuar la organización, los procesos y los sistemas de información internos para atender los requerimientos de información y servicios de los ciudadanos en la oportunidad y con la calidad debidos.

La mencionada Directiva Presidencial 02 de 2000 dispuso que las entidades del Estado debían implementar esta política con base en las tres fases que a continuación se enumeran y se detallan más adelante. Sostuvo la Directiva que estas fases pueden desarrollarse en forma paralela, siempre y cuando se cumpla a más tardar con las fechas límite establecidas para la puesta en marcha de cada una de ellas:

Fase 1: Proveer información en línea a los ciudadanos, por parte de todas las entidades destinatarias de esta Directiva Presidencial, la cual deberá estar finalizada a más tardar el 31 de diciembre de 2000.

Fase 2: Ofrecer servicios y trámites en línea a los ciudadanos, la cual deberá estar finalizada a más tardar el 31 de diciembre de 2001.

Fase 3: Contratación en línea, la cual deberá estar finalizada a más tardar el 30 de junio de 2002.

a. Gobierno en línea Fase 1: Proveer información en línea a los ciudadanos

De conformidad con lo señalado en la Directiva Presidencial, la primera fase consistía en lograr el siguiente objetivo: suministro de información en línea a los ciudadanos, por parte de todas las entidades del Estado destinatarias de esta

Directiva Presidencial, en forma escalonada a partir del segundo semestre de 2000, y con fecha máxima para que la totalidad de las entidades cumplan con el 100% del objetivo, a más tardar el 31 de diciembre de 2000. La información suministrada en línea por cada entidad incluiría como mínimo:

- Funciones, organigrama, localización física y electrónica, teléfonos y fax, horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos; funcionarios principales; normas básicas que regulan la actividad de la entidad; proyectos de normatividad que están en proceso de expedición; regulaciones y procedimientos que le son aplicables a la entidad (incluidos los internos); regulaciones, procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, dependencias responsables y plazos se deben cumplir; planes y programas en ejecución y futuros y presupuesto ejercido y proyectado para la siguiente vigencia.

Así mismo, debía incluir procesos de contratación a realizar y términos de referencia; contratos realizados, indicando identificación del contratista, objeto, monto, plazo y demás condiciones; entidades de control que vigilan a la entidad y mecanismos de control; mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño; mecanismos de participación ciudadana en la gestión de la institución y mecanismos de interacción ciudadana con la institución, entre ellos, canales de comunicación, responsables y direcciones electrónicas.

En esta primera fase, las entidades estaban obligadas a:

1. Presentar, antes del fin de 2000, con actualizaciones semestrales, a la Oficina Coordinadora de la Agenda de Conectividad en el Ministerio de Comunicaciones y

al Departamento Nacional de Planeación, la información relacionada sobre el avance en la implementación de los Programas. Dicha información debía incluir también el esquema y cronograma de ejecución, las fuentes de financiación y las metas a alcanzar. Estos dos organismos presentarían en forma coordinada dicho avance ante el CONPES.

2. Verificar el cumplimiento y tomar las medidas necesarias para cumplir con los indicadores definidos por la Agenda de Conectividad, para evaluar y monitorear el alcance, eficacia, oportunidad y calidad de la información suministrada.

3. Aplicar los mecanismos que se definan por parte de la Agenda de Conectividad para el intercambio de información entre los diferentes sistemas informáticos del sector público y/o privado en forma oportuna e íntegra.

4. Poner a disposición de los ciudadanos como mínimo la información detallada en la directiva, a más tardar en la fecha indicada.

5. Mantener estos servicios y trámites en línea a disposición de los ciudadanos 7 días a la semana, 24 horas al día, garantizando disponibilidad mínima de servicio en un 95% del tiempo.

6. Revisar y actualizar como mínimo una vez al mes la información en línea especificada en la directiva.

7. Colocar en línea, con una anticipación no menor a quince (15) días toda la información referente a proyectos de normatividad a expedir, planes y programas de acción futuros y términos de referencia de cualquier tipo de contratación a realizar, permitiendo el acceso abierto de los ciudadanos a dicha información y solicitando comentarios y sugerencias. La información relativa a la contratación

directa debía colocarse en línea con una anticipación no menor a cinco (5) días, cuando así se necesitara para efectos de obtener el mayor número de ofertas.

8. Considerar y evaluar todas las propuestas que se reciban de los ciudadanos sobre los procesos mencionados anteriormente y dar respuesta a todas ellas, explicando los motivos por los cuales eran o no acogidos.

b. Gobierno en línea Fase 2: Ofrecer servicios y trámites en línea a los ciudadanos

De acuerdo con lo señalado por la Directiva, la segunda fase tenía como objetivo la prestación de servicios, trámites y suministro información en línea adicional a aquella presentada en la fase 1 por parte de todas las entidades del Estado destinatarias de la Directiva Presidencial, en forma escalonada a partir del segundo semestre de 2000, y con fecha máxima para que la totalidad de las entidades cumplieran con el 100% del objetivo, a más tardar el 31 de diciembre de 2001.

La prestación de servicios y el suministro adicional de información en línea incluirán, como mínimo:

- Información recogida regularmente por la institución, incluidas estadísticas, estudios de competitividad; informes finales de estudios de interés público realizados y/o contratados por la institución; trámite en línea de solicitudes, licencias, paz y salvos y certificaciones de todo tipo; recepción y atención de reclamos en línea; recibir todo tipo de pagos a la entidad estatal a través de transferencias electrónicas (impuestos, contribuciones, tarifas, multas, tasas, etc.); procesos participativos democráticos y estudios de opinión.

Para tal efecto, se debía dar especial consideración a los aspectos regulatorios relacionados con la firma digital, entidades certificadoras, seguridad y protección de la privacidad de la información de los ciudadanos.

En esta segunda fase, las entidades estaban obligadas a:

1. Presentar, antes del fin de marzo de 2001, con actualizaciones semestrales, a la Oficina Coordinadora de la Agenda de Conectividad en el Ministerio de Comunicaciones y al Departamento Nacional de Planeación, la información sobre el avance en la implementación de los Programas. Dicha información debía incluir también el esquema y cronograma de ejecución, las fuentes de financiación y las metas a alcanzar. Estos dos organismos debían presentar en forma coordinada dicho avance ante el CONPES.
2. Poner a disposición de los ciudadanos como mínimo los servicios y trámites especificados, a más tardar en la fecha indicada.
3. Mantener estos servicios y trámites en línea a disposición de los ciudadanos 7 días a la semana, 24 horas al día, garantizando disponibilidad mínima de servicio en un 95% del tiempo.
4. Revisar y actualizar permanentemente el tipo y contenido de trámites y servicios, para implantar en línea todos los nuevos que ofrezca la institución.

c. Gobierno en línea Fase 3: Contratación en línea

Finalmente, la tercera fase, de acuerdo con lo señalado por la Directiva Presidencial, consistía en lograr que el 100% de los procesos de contratación estén en línea por parte de todas las entidades del Estado destinatarias de la

Directiva Presidencial, en forma escalonada a partir del segundo semestre de 2000, y con fecha máxima para que la totalidad de las entidades cumplan con el 100% del objetivo, a más tardar el 30 de junio de 2002.

A su turno, las obligaciones de las entidades consistirían en:

1. Presentar, antes del fin de junio de 2001, con actualizaciones semestrales, a la Oficina Coordinadora de la Agenda de Conectividad en el Ministerio de Comunicaciones y al Departamento Nacional de Planeación, la información sobre el avance en la implementación de los Programas. Dicha información debía incluir también el esquema y cronograma de ejecución, las fuentes de financiación y las metas a alcanzar. Estos dos organismos, al igual que en las anteriores 2 fases, debían presentar en forma coordinada dicho avance ante el Conpes.
2. Realizar todos sus trámites de contratación en línea, cualquiera que sea su modalidad, tiempo o lugar, a más tardar en la fecha indicada.
3. Abrir estos procesos y realizarlos en forma abierta y en línea en un proceso activo 7 días a la semana, 24 horas al día, garantizando disponibilidad mínima de servicio en un 95% del tiempo.
4. Revisar y actualizar permanentemente el tipo y contenido de los procesos de contratación, para implantar en línea todos los nuevos que ofrezca la institución.

Posteriormente, el equipo conformado por el Proyecto Contratación Estatal BIRF – DNP y la Estrategia de Gobierno en Línea de la Agenda de Conectividad: El Salto a Internet, elaboraron el Documento “Políticas y Estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000.

En su parte introductoria, el Documento resaltó que el resultado esperado de la implementación de estos procesos es que el Estado pueda comprar productos y servicios a un mejor precio y acelerar el proceso de compra ayudando a reducir costos, tomar decisiones rápidas y obtener valores agregados. Así mismo, señaló el documento que el proceso de contrataciones electrónicas contribuye a la igualdad de oportunidades, a partir de la ampliación de la oferta de proveedores del Estado, promoviendo así la competitividad y la generación de empleo.

De igual forma, resaltó que la contratación en línea genera eficiencia, simplicidad y transparencia, en el proceso de compras estatales, convirtiéndose en un mecanismo auditable y más al alcance del control ciudadano.

El Documento señaló que la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02, consiste específicamente en la incorporación de las Tecnologías de Información al proceso de adquisición de bienes, servicios y obras del Estado, la cual representa un aumento en la complejidad de lo que a la fecha se venía realizando en las fases anteriores, pues implica la integración de sistemas de seguridad y confidencialidad y mecanismos de control gubernamental incorporados en la administración pública.

Resaltó el Documento que, en un sentido amplio, la definición de contratación en línea está asociada con publicar, interactuar y gestionar en forma electrónica, en el momento en que se produce y durante el tiempo que señala la ley, los procesos transaccionales relacionados con las contrataciones estatales.

La Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000, en sus dos primeras etapas, consistirá en la publicación, en el momento en que se produce y durante el tiempo que señala la ley, de la información asociada con los pasos que se surtan en el

proceso de contratación, y hacer interactivos aquellos pasos del proceso que, a la luz de la legislación actual, son posibles de llevar a Internet.

En el Documento se definió publicación al hecho de colocar información y documentos en la web, interacción como el envío de información electrónica entre los participantes del proceso y gestión a la utilización de herramientas de software para los pasos interactivos del proceso de contratación.

En términos generales, en materia de contratación pública electrónica, el Documento ofrece los siguientes aspectos: a. Una visión general del proceso de Contratación en Línea; b. Describe la información mínima a publicar y los pasos en los que se puede implementar la interacción; y c. Define los estándares de diseño para la publicación de la información en las páginas web de cada una de las entidades destinatarias de la Directiva 02⁶².

En la visión general del proceso de contratación en línea, se contará como elemento complementario con un portal único de contratación para el Estado Colombiano, el cual permitirá que las entidades publiquen sus requerimientos de bienes y servicios, se agregue la demanda y, por ende, se generen las economías de escala, en el momento de la compra de bienes, servicios y obras. Fundamentalmente se trata de hacer más productivo el proceso de contratación, ordenando y concentrando el mismo sobre proveedores y catálogos de productos homologados, lo que redundará en mejor servicio, al mismo tiempo que asegura el cumplimiento de los procedimientos internos, se optimizan los recursos, se

⁶² Documento “Políticas y Estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000, elaborado por el equipo conformado por el Proyecto Contratación Estatal BIRF – DNP y la Estrategia de Gobierno en Línea de la Agenda de Conectividad: El Salto a Internet, Bogotá, 2002.

reducen las compras fuera de norma, se incrementa el nivel de información de los gestores y se mejora el control del gasto contra el presupuesto.

El Documento en mención señaló que para la implementación de la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 se identificaron 3 etapas:

Etapa 1: Corresponde a la publicación de información en Internet, en el momento en que se produce y se asocia a los pasos que se surten en el proceso de contratación dentro de los marcos legales y plazos fijados para cada uno.

Etapa 2: Corresponde a la implementación de procesos interactivos dentro de la contratación. Estos procesos se refieren a intercambios de comunicaciones entre las entidades y los proveedores que pueden darse a través de correos electrónicos simples o intercambio de documentos en forma digital.

Etapa 3: Corresponde a la implementación de procedimientos transaccionales soportados en herramientas que controlen el proceso de contratación.

En la Etapa 1 se publicaría en Internet la información correspondiente a los pasos del proceso de contratación que se relacionan más adelante y dentro de los marcos legales, plazos establecidos para cada uno y en el momento en que se produce dicha información. Las entidades debían publicar la información de manera uniforme, bajo los parámetros especificados en el Documento, de modo que se facilite la implementación de las demás etapas de la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 del 2000.

Igualmente, se debía publicar adicional a lo establecido en la Fase 1, la información, para cada proceso de contratación, correspondiente a los siguientes pasos:

1. Borrador de términos de referencia; 2. Publicidad de acuerdo con requisitos oficiales; 3. Pliegos definitivos; 4. Aclaración de pliegos; 5. Información sobre el plazo de recepción de Propuestas; 6. Calificación de ofertas; Consulta de precios al SICE; 7. Resolución de adjudicación; 8. Contrato y formalidades; y 9. Liquidación del contrato.

En relación con la Etapa 2, uno de los objetivos que se persigue con la implementación de la contratación en línea es el de habilitar otros medios de comunicación entre los actores que intervienen en el proceso. Esta etapa se centra en implementar procesos interactivos que permiten el intercambio de información entre las entidades estatales y los proveedores. Dichos intercambios podrán corresponder a correos electrónicos simples o intercambio de documentos que requieren de mayor nivel de seguridad, y en general podrán reemplazar los documentos en papel por documentos digitales y en este sentido, de conformidad con el marco legal establecido por la Ley 527, se cuenta con el respaldo jurídico para iniciar este proceso.

Por su parte las entidades que hayan cumplido con las etapas 1 y 2 de la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02, pueden seguir implementando pasos adicionales de los procesos de contratación en línea en donde se utilice como medio alternativo la información transmitida a través de medios electrónicos, teniendo en cuenta, que dependiendo del proceso se deben aplicar medidas de seguridad tales como, la disponibilidad de certificados de servidor seguro y la autenticación de los proponentes que ingresen al sistema.

La Etapa 3 corresponde a la realización de elementos transaccionales dentro del proceso de contratación, a través de medios electrónicos. En esta etapa se hacen visibles las aplicaciones que ayudan a realizar pasos específicos en forma automática, se hace referencia por ejemplo a la utilización de software que ayude

en la realización de subastas, en la generación automática del contrato y en la calificación de los proponentes, entre otros.

En relación con la información mínima a publicar, el Documento definió el contenido mínimo que debe tener el sitio web de las entidades del Estado para cada uno de los procesos de contratación. Se incluyen los mínimos de acuerdo con las tres etapas planteadas para la implementación de la Fase 3.

Así, en la Etapa 1 debía realizarse la publicación en Internet de la información correspondiente a los pasos del proceso de contratación, entre ellos, los siguientes:

a. Condiciones Previas

1. Publicación Plan de Compras
2. Publicación de borrador de términos de referencia o pliegos de condiciones.

b. Etapa pre-contractual.

1. Publicidad de acuerdo con los requisitos oficiales
2. Publicación de avisos de intención de contratación.
3. Publicar los actos administrativos de apertura de licitación o concurso.
4. Publicación de pliegos en línea y/o términos de referencia o invitaciones a contratar.
5. Publicación de condiciones del futuro contrato.
6. Publicación de aclaración de pliegos y/o términos de referencia o invitaciones a contratar
7. Publicación del plazo para la recepción de propuestas
8. Publicación de resultados de calificación de ofertas

9. Publicación de los resultados de la consulta al SICE
10. Publicación de resolución de adjudicación

c. Etapa contractual

1. Publicación de contratos y formalidades
2. Publicación del registro de los contratos celebrados,
3. Publicación de la liquidación del contrato
4. Publicación de la liquidación del contrato.

d. Etapa Post-contractual

Etapa 2

La segunda etapa corresponde a la habilitación de mecanismos de comunicación interactiva a través de Internet entre los participantes de un proceso de contratación. En esta etapa se deberán especificar los siguientes puntos:

1. Aclaración de pliegos y/o términos de referencia o invitaciones a contratar
2. Publicación de resultados de calificación de ofertas
3. Publicación de resolución de adjudicación.

En relación con los estándares de Diseño y funcionalidad para la publicación de información referente a contratación en línea, se configuró una estructura que permite a las entidades colocar coherentemente la información y aplicar cumplimiento a los estándares impartidos en Fase 163, referente a los niveles de

⁶³ Documento de Políticas y Estándares para publicar información del Estado en Internet, <http://www.directiva02.gov.co/principal.asp?flag1=lista&flag2=guia>

profundidad en la navegación no mayores a tres sin limitar el nivel de detalle de la información que se debe incluir en los procesos de contratación.

Los elementos más relevantes definidos dentro de la anterior estructura son los siguientes:

- a. Encabezados: Dentro de la página web, es el área donde se encuentran los metadatos y contiene el título de la página, así como el contenido donde se depositan las palabras claves.
- b. Esquema Gráfico de Diseño (EGD): Son los parámetros comunes a nivel de diseño y diagramación, entre la página principal y las páginas interiores que conforman un sitio web. Usualmente está conformado por la barra de navegación principal, el banner, el cuerpo de la página y los logos de identificación de la entidad.
- c. Cuerpo de la Página: Es el área dentro de la página destinada a albergar el contenido a mostrar siguiendo un patrón común de diseño. Debe tener la información y descripción básica del plan de compras.

En relación con la integridad de la información, y protección de documentos, se estableció que éstas exigen por parte de las entidades la generación y adopción de mecanismos que impidan la manipulación y cambio de la información contenida en los documentos generados en cada paso del proceso de contratación, básicamente atacando dos frentes:

A. Descarga de documentos - En el caso de los pliegos y otros documentos de interés dentro del proceso de contratación, el sitio web debe permitir la ejecución de descargas, impresión y envío por e-mail de esta documentación, de acuerdo a los formatos y estándares que maneja la entidad. El usuario debe tener la

posibilidad de verificar que el documento impreso, descargado o enviado vía mail es copia de un original ubicado dentro del sitio web.

B. Visualización de los documentos – La visualización de los diferentes documentos, se puede dar de manera restringida para las funciones de almacenamiento y copiado. Esto se logra a través de medios como ventanas emergentes protegidas para tales fines y utilización de formatos PDF donde se permita ejecutar procesos de impresión sobre estos y donde se restrinja el uso de herramientas convencionales de procesamiento de texto y hoja electrónica, entre otros aspectos.⁶⁴

Diferente de todo lo anterior, otro de los documentos que forman parte del segundo periodo en la implementación de un sistema de contratación pública electrónica, es el Documento CONPES 3186 de 2002, denominado “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”.

Allí se recomendó la necesidad de implementar un Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO, el cual se definió como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

⁶⁴ Documento “Políticas y Estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000, elaborado por el equipo conformado por el Proyecto Contratación Estatal BIRF – DNP y la Estrategia de Gobierno en Línea de la Agenda de Conectividad: El Salto a Internet, Bogotá, 2002.

Este sistema –de acuerdo con Documento Conpes- mostrará la información sobre la totalidad de las entidades públicas que se encuentren en la web, bajo un parámetro uniforme de captura en tiempo real, a través de un portal único de contratación. Adicionalmente permitirá relacionar esa información con la que existe en diversas bases de datos públicas sobre la materia (Ministerio de Hacienda – SIIF-, Imprenta Nacional –DUC-, Confederación de Cámaras de Comercio –RUP y Boletín de Contrataciones- , Contraloría General de la República –SISE- y DANE – SICSP-).

Así mismo, el sistema presentará información jurídica relevante sobre el tema a través de un módulo de consultas y de capacitación que permita a los administradores públicos del país acceder a información de primera calidad en la materia. Desde el punto de vista del control ciudadano, la información suministrada por el SEICO permitirá visualizar la contratación con recursos públicos tanto de una manera individual para supervisar el desarrollo de un determinado proceso de contratación, como de manera global por indicadores que podrá llegar a construir el propio usuario.

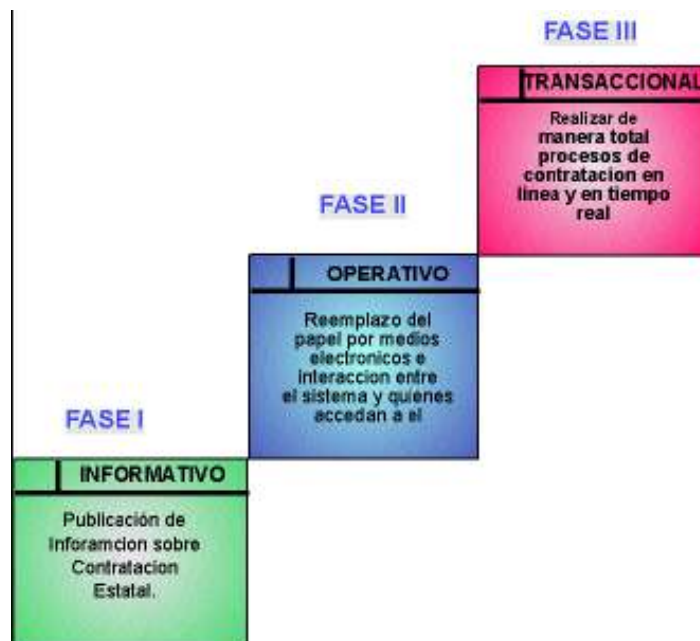
Además del mecanismo informativo, el sistema brindaría la posibilidad de realizar interacción electrónica, esto es, el desarrollo de procesos de contratación electrónicos en los cuales, al reemplazar los documentos en papel por documentos electrónicos, se hará más ágil y transparente el proceso de contratación. Este módulo se acompañará de mecanismos de seguridad que aseguren la intangibilidad de los documentos.

Igualmente, el sistema tendrá un mecanismo transaccional a través del cual se brindará la posibilidad de efectuar procedimientos de “selección objetiva” que, en la medida en que la “Ley General de Contratación de la Administración Pública” lo permita, llegarán hasta la celebración misma del contrato o, si se prefiere por la

entidad usuaria, le permitirán colocar la herramienta al servicio de la obtención mediante “puja” del contenido de las “variables dinámicas” de las diversas ofertas, o del sistema de “agregación de demanda”, procedimientos ya explicados en otro aparte de este documento.

De la misma manera, el Consejo Nacional de Contratación – CNC, tendrá como responsabilidad, dentro de la administración del sistema, establecer las políticas, lineamientos y estándares para la publicación de información y la realización de procesos de contratación, teniendo en cuenta los tres niveles de evolución que componen el modelo funcional del Sistema Electrónico Integral de Contratación en Línea, como se detallan en la gráfica siguiente

Gráfica 9. Fases del sistema electrónico integral de contratación en línea⁶⁵



⁶⁵ Fuente: Documento CONPES 3186 de 2002. Departamento Nacional de Planeación.

De acuerdo con todo lo anteriormente señalado, el Departamento Nacional de Planeación formuló al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, las siguientes recomendaciones:

1. Que el Gobierno, con el apoyo y coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, elabore y presente a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley modificatorio del régimen legal y reglamentario de los contratos de la administración pública existente titulado “Ley General de Contratación para la Administración Pública”, en los términos del presente documento.
2. Disponer la creación en el proyecto de ley mencionado, del Consejo Nacional de Contratación, con naturaleza de consejo superior de la administración, a cuyo cargo se encontrará el establecimiento de una política pública integral en materia de contratación pública, así como proponer al Conpes la adopción de aquellas medidas que la ley determine como de su competencia.
3. Que el Gobierno, con el apoyo y la coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, expida un decreto reglamentario mediante el cual se cree el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos⁶⁶.

No obstante lo anterior, las metas que allí se establecieron no se cumplieron en su totalidad en los plazos que se habían acordado. Sin embargo, con base en las

⁶⁶ Documento CONPES 3186 de 2002.

observaciones formuladas, mediante el Decreto 2178 de 2006 el Gobierno Nacional creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitiría la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control a través de la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y los sistemas de información relacionados con la contratación pública que se encuentren a cargo del Gobierno Nacional.

Sin perjuicio del análisis que más adelante realizaremos, podemos resaltar que el objetivo fundamental de dicho sistema consistiría en brindar uniformidad a la información sobre la contratación pública, para lo cual servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades públicas, los organismos de control, los contratistas, proveedores y la ciudadanía en general.

2.2.2 Segundo Período.

Este segundo período inicia con la expedición del Decreto 2170 de 2002, por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999, y se extiende hasta la expedición del Documento CONPES 3249 de 2003.

El Decreto 2170 de 2002 dedica todo su Capítulo IV a tratar el tema de la contratación por medios electrónicos. Aquí se señaló que siempre que las entidades estatales dispongan de una página web con adecuada capacidad, deberán publicar la siguiente información, en relación con los procesos de contratación y de acuerdo con los plazos de permanencia que en cada caso se disponen:

1. Los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia en los procesos de licitación, concurso público o contratación directa, durante el término previsto en el artículo 1o del presente decreto.
2. Las observaciones y sugerencias a los proyectos de estos documentos, durante el término previsto en el artículo 1o del presente decreto.
3. El acto que dé apertura al proceso de selección, a partir de la fecha de su expedición y hasta la fecha establecida para la presentación de las propuestas.
4. Los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos en un proceso de licitación o concurso público o de contratación directa, de conformidad con las reglas señaladas para este propósito en el artículo 2o de este decreto. Dicha publicación se mantendrá hasta la suscripción del contrato.
5. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones o términos de referencia y los documentos relacionados con las preguntas formuladas por los oferentes dentro del plazo de contratación sobre el contenido y alcance de los pliegos de condiciones o términos de referencia; la comunicación escrita de respuesta enviada a todas las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia; y, los adendos o aclaraciones a los pliegos de condiciones o términos de referencia, a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.
6. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, durante el mismo tiempo previsto en dicha norma.
7. El acta de la audiencia de adjudicación, por un término de cinco (5) días contados a partir del mismo día en que se suscriba.

8. El acta de la audiencia pública realizada para la conformación dinámica de la oferta a que se refiere el artículo 5o del presente decreto, se publicará por un término de cinco (5) días contados a partir del mismo día en que se suscriba.

9. El acta de la audiencia pública a que se refiere el numeral 5o del artículo 12 del presente decreto para los casos de contratación directa de menor cuantía por el sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, se publicará por un término de cinco (5) días contados a partir del mismo día en que se suscriba.

10. La información sobre los contratos firmados, sus adiciones, modificaciones, liquidación y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a ésta, por un término de dos (2) años.

Señaló igualmente la norma que sin perjuicio de lo previsto en los párrafos 1o y 2o de los artículos 1o y 2o del presente decreto, se exceptúan de lo previsto en este artículo los procesos de contratación directa a que se refieren los literales b), i) y m) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, así como los señalados en el párrafo 1o del artículo 32 de la misma ley.

Así mismo, señaló que para efectos de facilitar la comunicación interactiva entre los oferentes y las entidades estatales, se deberá crear para cada proceso de contratación una dirección de correo electrónico y un formulario electrónico en la página web de la entidad para el envío de consultas y aclaraciones.

Igualmente advirtió que las entidades estatales no podrán imponer restricciones para el acceso a la información de los procesos de contratación. En consecuencia

no se requerirá del uso de claves ni de ningún otro elemento técnico que dificulte el acceso público al mismo.

De otra parte estableció que la formulación de observaciones al contenido del proyecto de pliego de condiciones o de términos de referencia y las efectuadas por los proponentes durante el proceso de selección podrán llevarse a cabo empleando cualquier medio electrónico de los previstos en la ley 527 de 1999.

En relación con la celebración de audiencias por medios electrónicos, el decreto dispuso que las audiencias públicas realizadas durante los procesos de selección podrán celebrarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999.

En el evento en que la entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad de la información que en la audiencia se genere, o cualquier interesado manifieste oportunamente la imposibilidad de acceso por carecer de los elementos tecnológicos necesarios, la entidad deberá desistir de realizar la audiencia electrónicamente y disponer su realización en forma presencial, u optar por facilitar al interesado tales elementos con el sólo propósito de garantizar su acceso.

En cuanto hace referencia a la información sobre los mecanismos de comunicación interactiva en los procesos de selección, el decreto señaló que en desarrollo de lo previsto en el literal a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación, concurso público o de contratación directa, se definirán los mecanismos de comunicación interactiva entre los participantes y la entidad, indicando el carácter de oficial de los mensajes de datos para el respectivo proceso y señalando la aplicación de la Ley 527 de 1999.

De otra parte, estableció que toda la información contenida en los documentos electrónicos que se produzcan durante un proceso de contratación realizado con el apoyo de herramientas tecnológicas, hará parte del archivo electrónico de la entidad y constituirá uno de los elementos del expediente del proceso de contratación.

Igualmente, impuso la obligación a las entidades estatales de adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de esta información.

En relación con el principio de equivalencia funcional, la norma señaló que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 527 de 1999, siempre que la entidad cuente con la seguridad necesaria para garantizar la inalterabilidad de su contenido, toda la información que dentro de los procesos de selección la ley requiera que conste por escrito, quedará satisfecha con un mensaje de datos, salvo aquellos casos en que por disposición legal deba efectuarse notificación personal o deba publicarse en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción o en el diario oficial o en la gaceta departamental o municipal que haga sus veces.

Por su parte, el Documento CONPES No. 3249 de 2003, incluyó un capítulo relacionado con la estructura que debía tener el Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE. En la descripción general del sistema se resaltó que éste debe ser un instrumento de gestión de la contratación que permita la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para ello dispondrá de herramientas para: facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como ofrecer al ciudadano la capacidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos.

Allí se afirmó que uno de los retos del Sistema será producir un cambio cultural a través del cual los proveedores puedan interactuar en los procesos de contratación y los ciudadanos puedan ejercer veeduría sobre la administración pública.

El suministro de información no deberá ser un requisito adicional en las tareas de las entidades, sino el resultado del uso de las herramientas tecnológicas de apoyo a su labor. Para ello, el Sistema deberá definir pautas y estándares que permitan la integración con otros sistemas de información existentes, con el objeto de lograr la participación eficiente de los actores involucrados en la contratación.

En tal virtud el Sistema Integral de Contratación Electrónica debe contemplar la utilización de Internet como uno de los mecanismos de difusión de una amplia información destinada a todos los ciudadanos, relativa tanto a los procesos de contratación como a la ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas.

Se resaltó que, como una de sus prioridades, el sistema deberá integrar el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal creado por la Ley 598 de 2002, sin perjuicio de la autonomía para ejercer el control por parte de la Contraloría General de la República, procurando aprovechar en donde sea posible los recursos que se encuentran disponibles, para lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos, pero en todo caso, respetando la reserva de la información que por su naturaleza y de acuerdo con la ley no pueda ser objeto de divulgación.

Igualmente, allí se señaló que en la realización del Sistema Integral de Contratación Electrónica deben perseguirse y cumplirse los siguientes objetivos:

a. Información electrónica:

En el documento se señaló que la implantación del Sistema Integral de Contratación Electrónica tiene como premisa fundamental la integración automatizada de la información relativa a la actividad contractual de las entidades. En este sentido, la estrategia debe partir del trabajo que se viene realizando por cada entidad desde su propio sistema de información, en el marco de las políticas de la Agenda de Conectividad, teniendo como objetivo final que la información del Sistema sea la agregación de la gestión contractual realizada por medios electrónicos.

Esa información que debe manejar el Sistema Integral de Contratación Electrónica es de dos clases:

1. Información sobre procesos en curso. Se refiere a los procedimientos que se encuentran en curso o a los contratos que aún se encuentran en la fase de ejecución o liquidación.
2. Información histórica. Esta información se refiere a los contratos que fueron celebrados por las entidades y que ya se encuentran liquidados. Estos datos permitirán conocer hacia el pasado las necesidades de bienes y servicios que tenían las entidades así como la forma en que se ejecutaron los contratos.

Esta última clase de información permitirá conocer la eficiencia de las entidades en la celebración de contratos, los mecanismos de selección que se utilizan, la identidad de los contratistas y la forma como se ejecuta el presupuesto de las entidades a través de la contratación, garantizando así la transparencia de los procesos de contratación pública.

b. Gestión contractual electrónica.

En lo que hace referencia a la gestión contractual electrónica, el Sistema Integral de Contratación Electrónica debe contemplar el diseño y puesta en funcionamiento de los mecanismos e indicadores necesarios para realizar la gestión gerencial de los procesos de contratación del Estado.

En consecuencia, el Sistema debe promover un cambio cultural en la forma como se contrata y en la forma que se utiliza la tecnología, para que deje de ser considerada una herramienta más y sea considerado un medio eficiente, eficaz y efectivo para realizar la gestión.

En ese contexto, por el papel cultural que debe jugar el Sistema, uno de sus elementos debe contemplar la capacitación de los funcionarios de manera permanente en aspectos relacionados con su funcionamiento y la contratación en general.

La implantación también debe modificar los procedimientos a través de los cuales la Administración Pública celebra sus contratos, en particular el uso de la documentación electrónica como soporte de las diversas actuaciones administrativas.

c. Negocios en línea.

El Sistema Integral de Contratación Electrónica debe ofrecer un entorno a través del cual las entidades públicas y los proponentes puedan interactuar en línea e incluso realizar transacciones de comercio electrónico, entre las que se encuentran las subastas o las compras por catálogos. Dichos modelos, aplicados

en la contratación pública, serán decisivos para lograr una mayor transparencia en las operaciones y reducciones en los precios ofrecidos por los proveedores.

d. Administración contractual electrónica.

Como último objetivo, en el documento se resalta que el Sistema debe permitir al ciudadano y a los organismos de control observar y hacer seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo.

En síntesis, los componentes del sistema son los siguientes:

1. Portal Único de Contratación: Este debe ser la puerta de entrada al Sistema, permitiendo no sólo acceder y mostrar la información que el mismo reúne, sino también proporcionando herramientas de gestión electrónica de contratación a las entidades que las requieran.

En el Portal se encontrará información sobre la contratación que adelantan las entidades estatales del país, mostrando datos sobre cada uno de los procesos de selección que se encuentren proyectados o en curso, así como sobre la ejecución de los contratos celebrados.

Debe ser un servicio esencial del Portal permitirle al usuario la consulta de información relevante, por cualquier criterio de búsqueda, relacionado con el objeto, el precio, la entidad, la fecha en que se realiza el proceso de selección, etc.

2. Diseño del Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE: Se afirma en el documento que el diseño del Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE se debe enmarcar dentro la arquitectura que ha dispuesto la Agenda de

Conectividad para todos los sistemas de la estrategia de Gobierno en Línea, en la forma como se muestran relacionados en la siguiente figura:

Mejores prácticas en TIC	Seguridad	Aplicaciones	Aplicaciones	»	Portal Único de Contratación	»	Aplicaciones	Gestion y Administración internacionales)
					Sistema Integral de Contratación Electrónica			
		Núcleo Transaccional de Servicios						
		Estándares de Comunicación entre procesos						
		Infraestructura de comunicaciones (conectividad)	Infraestructura de Almacenamiento de Servicios de Base Data Center					

De otra parte, se argumentó que en las Fases para el desarrollo del Sistema Integral de Contratación Electrónica –SICE a pesar de los avances que hasta hoy se han consolidado en materia de conectividad y de utilización de las nuevas tecnologías de información, aún se presentan algunas limitaciones legales que impiden desarrollar en una sola fase el Sistema Integral de Contratación Electrónica.

Por ello, el plan de acción que se seguirá tendrá en cuenta dichas limitaciones y establecerá las prioridades de desarrollo inmediato y las actividades que requerirán de una preparación legal previa para su realización en una fase posterior.

De acuerdo con lo anterior, el diseño de una fase inicial que congrega aquellas actividades que se podían adelantar en el 2003, toda vez que no existían –ni existen- obstáculos o limitaciones de orden legal.

Una segunda fase, deberá incluir aquellos procesos y desarrollos que requieren, de reformas legales, entre las que se encuentran las relacionadas con la expedición de actos administrativos electrónicos y la aplicación obligatoria de procedimientos tradicionalmente acostumbrados dentro del trámite contractual que no tienen fórmulas concretas que permita su realización a través de medios electrónicos.

a. Fase inicial.

La fase inicial tiene como fundamento y se desarrolla teniendo en cuenta las normas contenidas en la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, así como en los Decretos 2170 de 2002 y el Decreto 2150 de 1995 que regulan aspectos concernientes a la gestión electrónica y habilitan la realización de algunas actividades del trámite contractual a través de medios tecnológicos.

En esta fase se desarrollarán, con base en los lineamientos que para el efecto señale el Comité Nacional de Contrataciones –CNC- entre otros, los siguientes componentes:

1. **Publicación de Plan Anual de Contrataciones:** Consiste en la divulgación electrónica de la proyección que hace cada entidad de las licitaciones y procesos de selección en general que realizará dentro del año siguiente. Esta publicación no

es vinculante para la entidad y tiene como propósito que los interesados estén al tanto de los contratos que proyecta realizar cada entidad.

2. Publicación de Proyectos de Pliegos: Aquí cada entidad pública debe divulgar, con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección, los borradores de pliegos de condiciones o de términos de referencia.

3. Publicación de Convocatorias: Su objetivo se centra en divulgar en el Portal Único de Contratación un resumen de los elementos esenciales de la contratación que se proyecta realizar, como son el objeto, el plazo, el presupuesto oficial, el sitio de realización de las prestaciones y los criterios para seleccionar la mejor propuesta.

4. Recepción de Ofertas y Propuestas: Este componente es el mecanismo que permite a las entidades públicas recibir válidamente las ofertas transmitidas en línea, para lo cual el Sistema debe implementar una estricta política de seguridad que garantice la integridad, confidencialidad y autenticidad de la información que hace parte del contenido de los documentos.

5. Publicación de Resultados: Aquí se informará sobre el contratista favorecido, el valor del contrato y el plazo. En el caso de licitaciones que no sean adjudicadas se debe informar sobre las razones de la declaratoria de desierta del proceso de selección.

6. Acceso en línea a documentos de procesos de selección: Este proceso incluye los prepliegos, pliegos, documentos, aclaraciones, preguntas y respuestas, así como información general sobre el estado de cada proceso.

7. Utilización de herramientas para la gerencia integral de contratos en línea: La utilización de esta herramienta permitirá proporcionar información sobre la

totalidad de las etapas de ejecución del contrato y sobre los pagos efectuados a los contratistas así como el soporte de los mismos.

8. Simplificación y estandarización de procedimientos: Su objetivo se centra en que las entidades cuenten con herramientas para hacer más eficiente el desarrollo de sus procesos de selección.

9. Formato Unificado de Información sobre contratación: En este punto resulta necesario reducir a uno los instrumentos de captura de información sobre contratación con destino a diferentes entidades. Lo anterior, teniendo en cuenta que para el año 2003 se utilizaban diversos formatos para enviar la información a los sistemas de información reseñados así como a las entidades de control.

10. Homogenización del nivel de actualización de la información publicada en cada una de las entidades y en el Portal Único de Contratación: En este punto, la Agenda de Conectividad pondrá en funcionamiento un sistema que evite el doble esfuerzo de publicar información en el sitio Web de la entidad y en el Portal Único de Contratación.

El Documento Conpes estableció que dentro de los 60 días siguientes a la aprobación del mismo, deberá establecerse un cronograma detallado que defina los tiempos y los responsables de su ejecución. La Agenda de Conectividad será el encargado de proponer al Gobierno Nacional dicho cronograma que se hará obligatorio para el nivel central de la Administración Pública a través de Directiva Presidencial.

b. Fase final de la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica.

En este contexto, se requiere como supuesto previo la realización de reformas legales que conecten aspectos específicos dentro del procedimiento administrativo contractual con los principios de los trámites electrónicos. Si bien parte del proceso de contratación puede realizarse por medios electrónicos, algunos aspectos no pueden tener ese desarrollo hoy, ya que las leyes de procedimiento y las que regulan las actuaciones de la administración pública imponen limitaciones al uso de la tecnología.

Las reformas que se deben implementar tienen que ver con la definición legal del acto administrativo expedido por medios electrónicos, de manera que las manifestaciones de voluntad de la administración a través de medios distintos de los tradicionales tengan plena validez jurídica y probatoria, derivada de su regulación expresa y no de la integración normativa con estatutos que regulan materias diversas.

De igual forma, los procedimientos contractuales se pueden nutrir de elementos que se han incorporado a la práctica del comercio electrónico gracias a los avances tecnológicos. En esta materia se debe tener en cuenta mecanismos de adquisición como las subastas y las compras a través de catálogos, cuya utilización no se puede dar integralmente dado que el marco legal actual no da cabida a mecanismos diferentes a los regulados expresamente en la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, se requiere una norma que integre sistemáticamente aspectos específicos de la administración pública, con las posibilidades que ofrecen las Tecnologías de Información y Comunicaciones para lograr una mayor seguridad jurídica en las actuaciones que se lleven a cabo, al mismo tiempo que se alcanzan importantes niveles de eficiencia y transparencia.

Una vez implementados los cambios legales referidos, en esta fase se pueden desarrollar entre otras las siguientes actividades, de conformidad con lo que para el efecto establezca el CNC:

1. Simplificación y estandarización de los documentos bases de las convocatorias: Los pliegos de condiciones y términos de referencia son simplificados en aplicación de la nueva legislación que permita su uso electrónico, de acuerdo con la metodología señalada por el ente rector.

2. Simplificación de los requerimientos y formatos exigidos a los proponentes: Es paralela a la simplificación de los documentos de la licitación y se traduce en reducción de costos en la presentación de las propuestas, permitiendo que las mismas y sus anexos obedezcan a parámetros simples y totalmente electrónicos.

3. Implantación de mecanismos electrónicos de evaluación, selección y adjudicación: definida legalmente la posibilidad de efectuar procesos de adjudicación electrónica mediante criterios uniformes de calificación, el Sistema apropiará soluciones de comercio electrónico a la contratación pública, tales como la implantación de la contratación directa mediante el sistema de “catálogo” las “Bolsas Virtuales”, así como la posibilidad de hacer uso de sistemas de subasta para la adjudicación en procesos cuya naturaleza lo permita, y la conformación dinámica de las ofertas en procesos más complejos.

4. Agregación de demanda: Una vez reformulado el marco legal tanto de la contratación como del sistema presupuestal, en lo que corresponda, el Sistema debe permitir la agregación de demanda entre diversas entidades públicas, a efecto de generar economías de escala que beneficien la eficiencia en la capacidad de compra pública.

En relación con la organización institucional del Sistema de Contratación Pública Electrónica, se recalcó la necesidad de una estructura provisional y una definitiva, cuyas funciones se sintetizan a continuación:

a. Estructura Provisional: Con el fin de adoptar decisiones estratégicas que permitan la integración de un sistema electrónico y la definición de las autoridades que en el futuro serán los responsables de su dirección y administración, se debe conformar un grupo que temporalmente tome las decisiones necesarias para la formación de dicho Sistema.

Este grupo de trabajo se denominará Comité Estratégico de Contratación Pública Electrónica tendrá a su cargo la anterior tarea y se integrará con las autoridades de las diferentes agencias gubernamentales que tienen que ver el tema de la contratación pública electrónica y su papel principal consistiría en allanar los obstáculos que existen actualmente para la adopción de un modelo definitivo en esta materia que lleven al diseño y montaje del sistema.

El comité estará integrado por la Vicepresidencia de la República, el Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Departamento Nacional de Estadísticas. La contraloría General de la República asistirá a este comité en forma permanente con carácter de invitada.

Durante esta etapa la ejecución de los aspectos técnicos será responsabilidad de la Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones que se encargará desde el punto de vista técnico del diseño y montaje del sistema, utilizando los recursos del Fondo de Comunicaciones provenientes de recursos propios y del crédito BID para la Reestructuración de la Administración Pública.

b. Estructura definitiva: En este punto se resaltó que el funcionamiento y administración del Sistema de Contratación Integral Electrónica se organizará en torno a la política que recomiende el CNC en materia tecnológica y las pautas y criterios que se definan para el manejo de la información.

Advirtió que un elemento importante de la operación del sistema es su sostenibilidad financiera a largo plazo, teniendo en cuenta que en la actualidad no es deseable establecer mayores erogaciones para las entidades públicas o mayores costos para los proponentes que participan en los procedimientos de selección.

De acuerdo con lo anterior, en dicho Documento se propuso una reforma de la Ley 80 de 1993, la cual debe contemplar la posibilidad de que el funcionamiento permanente del Sistema se realice con los dineros que para ello sean asignados en el Presupuesto General de la Nación de lo que se recauda por concepto de la publicación de los contratos prevista la Ley 190 de 1995.

Para la ejecución de directrices y políticas, el Sistema de Contratación Integral Electrónica debe contar con un responsable técnico de su operación que será el encargado de prestar el soporte tecnológico y definir en detalle, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el CONPES, los aspectos técnicos atinentes a la operación del Portal Único de Contratación, la integración de los sistemas de información, la definición del formato único de captura de información, la definición técnica de los sistemas de seguridad adecuados, así como el desarrollo de las herramientas técnicas transaccionales previstas.

Así mismo, el responsable técnico también tendrá la importante responsabilidad de proveer la capacidad y la infraestructura para el funcionamiento del sistema, así como velar por su adecuado mantenimiento y actualización.

2.2.3 Tercer período.

El último período, es decir, el que actualmente estamos experimentando, inicia con la expedición del Decreto 3816 de 2003, pasando por el fortalecimiento del Portal Único de Contratación, la Agenda de Conectividad, la Ley 962 de 2005 (Ley Antitrámites), el Decreto 2178 de 2006 y la nueva Ley 1150 de 2007, sobre contratación estatal.

El Decreto 3816 de 2003, creó la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Información Pública, y señaló dentro de sus objetivos, además de definir las estrategias y los programas para la producción de la información necesaria, para lograr una óptima generación de bienes y servicios públicos por parte del Estado, optimizar mediante el uso de medios tecnológicos, la calidad, la eficiencia y la agilidad en las relaciones de la administración pública con el ciudadano, con sus proveedores, y de las entidades de la administración pública entre sí.

Así mismo, otros objetivos de la Comisión consistirán en optimizar la inversión en tecnologías de información y de comunicaciones de la administración pública y facilitar el seguimiento y evaluación de la gestión pública, mediante la producción, el manejo y el intercambio de información y uso de tecnologías de información y comunicaciones de la administración pública.

Dicha Comisión Intersectorial de Políticas y Gestión de la Información para la Administración Pública, sostuvo la norma, estaría integrada por: 1. El Vicepresidente de la República; 2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público; 3. El Ministro de Comunicaciones; 4. El Director del Departamento Nacional de Planeación; 5. El Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística y 6. El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La Comisión Intersectorial tendría un Comité Técnico, el cual se reunirá cuando fuere necesario por convocatoria que realice él mismo, cuyas funciones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Proponer las políticas sobre información y tecnologías de información y comunicaciones de la administración pública y presentarlas al Conpes para su adopción;
2. Definir las estrategias y los programas relativos a la producción, manejo, protección, intercambio y acceso a la información en la administración pública;
3. Establecer los criterios que permitan integrar los sistemas de información de la administración pública;
4. Impulsar la estrategia de Gobierno en Línea del Programa Agenda de Conectividad;
5. Sugerir al Gobierno Nacional propuestas normativas que contribuyan al mejor desarrollo de la política de información de la administración pública;
6. Promover la difusión en la sociedad colombiana de las estrategias y programas adoptadas por la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Administración Pública;
7. Dirimir las situaciones en las cuales dos o más entidades u organismos de la administración pública tengan injerencia o control sobre la misma información, sin perjuicio de la autonomía del DANE, en la producción de la información oficial básica;
8. Aprobar, cuando así lo considere, todas las iniciativas, los informes, las actas y los demás documentos que proponga el Comité Técnico.

De otra parte, la Comisión Intersectorial de Políticas y Gestión de la Información para la Administración Pública contaría con un Comité Técnico para su soporte y apoyo, el cual estaría conformado por un delegado de cada uno de los ministerios y departamentos administrativos que integran la Comisión Intersectorial, por el director de Agenda de Conectividad y por quien determine la Comisión Intersectorial conforme al reglamento. Será presidido por quien designe la Comisión Intersectorial.

Las funciones del Comité Técnico pueden sintetizarse así:

Coordinar la gestión de información entre las entidades participantes para garantizar estándares y complementariedad; Coordinar la ejecución de las directrices para la producción, el tratamiento, el intercambio y el uso de la información entre las diferentes entidades u organismos de la administración pública y entre estas y el sector privado; Identificar y divulgar las mejores prácticas de gestión de información en la administración pública; Aplicar indicadores y criterios de evaluación para medir el desarrollo de los objetivos de la política de información de la administración pública; Proponer soluciones que racionalicen los trámites, los procesos y los procedimientos de la administración pública, mediante el uso de medios tecnológicos; Coordinar la estandarización e integración de equipos y de programas informáticos.

Por su parte, son funciones del Comité Técnico las de: analizar y recomendar a la Comisión Intersectorial para su adopción, las propuestas de las entidades de la administración pública en materia de inversiones para la adquisición, reposición, actualización, integración, mantenimiento y sostenimiento de sistemas de información, equipos de procesamiento de datos, programas informáticos y comunicación de datos, con el fin de verificar su pertinencia y compatibilidad en el marco de las políticas generales y sugerir a la Comisión Intersectorial los ajustes pertinentes. Lo anterior, cuando la Comisión Intersectorial lo considera pertinente conforme al reglamento; Presentar recomendaciones a la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la asignación de los recursos destinados a sistemas de información, equipos, programas informáticos y comunicaciones de la administración pública. Lo anterior, cuando la Comisión Intersectorial lo considera pertinente conforme al

reglamento; Proponer mecanismos de negociación conjunta con los proveedores que permitan ahorros y ventajas financieras para la administración pública.

2.2.4 Estructuración y fortalecimiento del Portal Único de Contratación.

Uno de los objetivos pretendidos en materia de contratación pública electrónica era el fortalecimiento del portal único de contratación. Actualmente, dicho instrumento se constituye como la Fase Informativa del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 066 de 2008.

Aquel es un sistema electrónico que permite la consulta de información sobre los procesos contractuales que gestionan, tanto las entidades del Estado sujetas al Régimen de Contratación establecido en el Estatuto General de Contratación, como las que voluntariamente coadyuvan a la difusión de la actividad contractual.

El principal objetivo del Portal Único de Contratación es promover la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por Internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía en general, así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el Estado.

De acuerdo con lo señalado en la página del Portal Único de Contratación, el programa de Gobierno de la actual administración contempla entre sus prioridades proporcionar la mayor eficiencia posible a las actuaciones del Estado en procura de alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de los contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado. En desarrollo de este cometido se expidió el Documento CONPES 3249 aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en el mes de Octubre de 2003, el cual

establece la política de contratación para un Estado Gerencial, en la que se recomendó la creación de un sistema electrónico que permitiera hacer seguimiento a todas las etapas relacionadas con el proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo.

Con fundamento en el Documento CONPES 3249 de 2003, este sistema se concibió en dos fases de implementación. La primera consiste en la fase informativa, que se está desarrollando a través del Portal Único de Contratación. La segunda fase corresponde a la posibilidad de llevar a cabo la gestión pública contractual a través de medios electrónicos y se alcanzará una vez se implemente el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

A través del Portal Único de Contratación, cualquier persona, empresa u organismo, dentro o fuera del territorio nacional, puede acceder a la información sobre la demanda de bienes y servicios por parte del Estado y obtener los documentos básicos de estos procesos de contratación, de las etapas precontractual, contractual y poscontractual para las modalidades de selección de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Regímenes Especiales de Contratación.

Adicionalmente, mediante este portal las entidades tienen acceso a la información y capacitación necesaria para publicar la información relacionada con su contratación.

En relación con la operación del Portal Único de Contratación, en la página de dicho instrumento se señala que la operación y administración de la aplicación y de sus componentes de soporte e infraestructura es realizada a través de la

Intranet Gubernamental del Estado Colombiano, bajo la dirección del Programa Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación brinda apoyo en los aspectos legales y normativos necesarios para la conceptualización y desarrollo del Portal Único de Contratación y en resolver inquietudes presentadas por los usuarios en materia de procesos de contratación.

En cuanto hace relación a su funcionamiento, allí se explica que las entidades del Estado que requieran utilizar el Portal Único de Contratación deberán cursar una fase de capacitación en línea para que posteriormente puedan ser vinculadas como entidades usuarias. Una vez hayan sido incorporadas al sistema, las entidades deberán publicar información de los procesos contractuales que llevan a cabo. Igualmente, las entidades que publican información en el Portal Único, las personas, empresas u organismos, podrán consultar la información de los procesos contractuales que el Portal aloja, y que tanto la consulta como el proceso de registro son gratuitos.

De otra parte, en lo que hace referencia a la codificación, el Portal Único de Contratación tomó como base la Codificación Estandarizada Internacional de Bienes y Servicios para el Comercio Electrónico (UNSPSC de Naciones Unidas), dicha codificación permite una clasificación estandarizada necesaria para racionalizar la contratación pública y el comercio privado y hacer posibles las operaciones comerciales electrónicas, adicionalmente, facilita la compatibilidad de catálogos, web sites, órdenes de compra, facturas, inventarios y otras operaciones de la cadena contractual (compradores, vendedores, distribuidores, almacenistas, usuarios, etc.).

2.2.5 La Agenda de Conectividad.

La Agenda de Conectividad es la política del Gobierno Nacional dirigida a masificar el uso de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, como Internet, para acelerar el desarrollo económico, social y político del país. En este propósito, la Agenda de Conectividad está diseñada para implementarse a través de seis (6) Estrategias⁶⁷:

1. Acceso a la infraestructura de la información
2. Uso de TI en los procesos educativos y capacitación en el uso de TI
3. Uso de TI en las Empresas
4. Fomento a la Industria Nacional de Industria de TI
5. Generación de contenido y
6. Gobierno en línea.

La Estrategia Gobierno en Línea tiene por objeto contribuir a mejorar la eficiencia y transparencia del Estado colombiano a través de la construcción gradual de un gobierno electrónico, además de promover la actuación del gobierno como usuario modelo y motor de la utilización de las TI en el país.

De acuerdo con lo anterior, esta Estrategia se enfoca en la oferta de información, servicios y trámites a la comunidad y procesos de contratación del Estado a través

⁶⁷ Documento de Políticas y Estándares para la publicación de información sobre contratación pública en Internet.

de Internet. Para ello, la Agenda diseñó un Plan de Acción que quedó definido en la Directiva Presidencial No. 02 del 28 de agosto de 2000.

2.3 REGULACIÓN DE ASPECTOS TECNOLÓGICOS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.

En la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 014 de 2003 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley No. 037 de 2003 Cámara⁶⁸, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, se señaló que en la historia jurídica, social, económica y política, siempre ha existido la convicción de que los procedimientos y trámites innecesarios son factores generadores de corrupción y venalidad, que ofenden a la sociedad y la dignidad del ciudadano, y además cuestiona la legitimidad de la Administración Pública.

Con la evolución de la sociedad colombiana, se ha producido un marco normativo extenso que con objeto de reglamentar las diferentes actividades ya sea de la administración como del ciudadano, se han creado innumerables trámites para el desarrollo de la gestión pública que en su regulación generan procedimientos que en la mayoría de los casos complican y tornan inaccesible la relación Administración Pública-ciudadano y viceversa. Así, es necesario que la simplificación en la relación Estado-ciudadano, se adecue a los principios de eficacia y eficiencia.

Basándose en estos principios filosóficos y sociales, el Gobierno Nacional expidió uno de los instrumentos jurídicos más importantes a partir de la Constitución

⁶⁸ Publicado en la Gaceta del Congreso de la República No. 550 del 16 de septiembre de 2004.

Política de 1991 en este campo de las relaciones Estado-ciudadano: el Decreto 2150 de 1995, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, del cual hoy sobreviven algunas normas que no han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, pero que se quedó corto en la supresión de trámites.

Posteriormente en los años 1999 y 2000 se expidieron los Decretos-Ley Nos. 1122 y 266 respectivamente, los cuales señalaban normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe. Ambos decretos, nacidos de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República de ese entonces, fueron demandados ante la Corte Constitucional, la cual mediante las Sentencias C-702 y C-923 de 1999, y C-1316 y C-1317 de 2000 declaró inconstitucionales los citados decretos por vicios en el otorgamiento por parte del Congreso de dichas facultades extraordinarias.

Fue así como todo el marco normativo que el Gobierno Nacional había creado en busca de reducir la tramitología, quedó en el limbo jurídico, hecho este que genera la pérdida de credibilidad del ciudadano hacia al Estado.

En aras de racionalizar y suprimir una serie de trámites innecesarios, se ha realizado por parte de los ponentes en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes un trabajo juicioso y dispendioso de revisión de cada tema, el cual tiene como resultado el proyecto de ley que hoy se somete a consideración de la plenaria de la Cámara de Representantes en su segundo debate, donde pretende darle al ciudadano un marco normativo sencillo, claro y confiable.

Además de la supresión de trámites, se persigue la racionalización del aparato estatal y la optimización de su funcionamiento, buscando de paso la reducción del gasto público y la recuperación de la imagen de la Administración frente al ciudadano, reduciendo los costos a cargo del usuario e implantando un catálogo básico de principios y derechos que le asisten en las relaciones con la Administración.

Finalmente, en el proyecto de ley se plantearon disposiciones tendientes a implantar las soluciones de tecnología en la administración y reafirmar la aplicación del principio de buena fe.

2.3.1 Consideraciones generales.

En el mes de julio de 2005, el Congreso de la República expidió la Ley 962 de 2005, por la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Allí se dispuso en su artículo 1º que su objeto sería el de facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Constitución Política.

Así mismo, se consagró como principio orientador el Fortalecimiento Tecnológico, según el cual con el fin de articular la actuación de la Administración Pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados, se incentivará el uso de medios tecnológicos integrados, para lo

cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, orientará el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la Administración Pública.

Dicha ley constituye un gran avance para el desarrollo e implementación de sistemas que permitan aplicar el concepto de acto administrativo a través de medios electrónicos, toda vez que por primera vez se consagra en una ley de la república el fortalecimiento tecnológico como principio orientador de las actuaciones de la administración pública con sus administrados.

En relación con la divulgación y gratuidad de los formularios oficiales, el Parágrafo 2° del artículo 4° de la ley que se analiza, dispuso que en todo caso las entidades de la Administración Pública deberán colocar en medio electrónico, a disposición de los particulares, todos los formularios cuya diligencia se exija por las disposiciones legales.

2.3.2 Aspectos tecnológicos.

El artículo 6° de la Ley 962 de 2005, estableció que para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

Así mismo, la sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Igualmente, estableció como derecho de toda persona el de presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, la norma aclara que en los casos de peticiones relacionadas con el reconocimiento de una prestación económica en todo caso deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama.

En relación con la utilización de medios electrónicos, el nuevo marco hizo una remisión expresa a la Ley 527 de de 1999, al consagrar que el uso de aquellos medios se regirá por lo dispuesto en la Ley sobre comercio electrónico, al igual que en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

La ley consagró en forma expresa la obligación en cabeza de las entidades y organismos de la Administración Pública consistente en hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización⁶⁹.

⁶⁹ Parágrafo 1º, artículo 6.

Igualmente, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad⁷⁰.

Finalmente, se estableció que cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realice por medios electrónicos, las firmas autógrafas que los mismos requieran, podrán ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor, de conformidad con lo que para el efecto establezca el Gobierno Nacional⁷¹.

En lo que hace referencia a la factura electrónica, se dispuso que para todos los efectos legales, ésta podrá expedirse, aceptarse, archivarse y en general llevarse usando cualquier tipo de tecnología disponible, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales establecidos y la respectiva tecnología que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación.

En ese contexto, la posibilidad de cobrar un servicio con fundamento en la expedición de una factura electrónica se sujetará al consentimiento expreso, informado y por escrito del usuario o consumidor del bien o servicio.

2.3.3 Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública.

El artículo 7º de la Ley Antitrámites señaló que la Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés

⁷⁰ Parágrafo 2º, artículo 6.

⁷¹ Parágrafo 3º, artículo 6.

público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial.

Así mismo estableció que las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

Igualmente, para efectos de entregar la debida información a los administrados, la nueva ley señaló que todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada:

a. Normas básicas que determinan su competencia; b. Funciones de sus distintos órganos; c. Servicios que presta; d. Regulaciones, procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias responsables y los términos en que estas deberán cumplir con las etapas previstas en cada caso; e. Localización de dependencias, horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos ante ellos; f. Dependencia, cargo o nombre a quién dirigirse en caso de una queja o reclamo; y g. Sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia.

Adicional a lo anterior, en ningún caso se requerirá la presencia personal del interesado para obtener esta información, la cual debe ser suministrada, si así se solicita por cualquier medio a costa del interesado.

En cuanto a la publicidad y notificación de los actos de registro y término para recurrirlos, la nueva ley estableció en su artículo 19 que para los efectos de los artículos 14, 15 y 28 del Código Contencioso Administrativo, las entidades encargadas de llevar los registros públicos podrán informar a las personas interesadas sobre las actuaciones consistentes en solicitudes de inscripción, mediante la publicación de las mismas en medio electrónico público, en las cuales se indicará la fecha de la solicitud y el objeto del registro. Dichos actos de inscripción se entenderán notificados frente a los intervinientes en la actuación y frente a terceros el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Así mismo, cuando se publique la actuación de registro en curso en la forma prevista en el inciso primero del artículo 19 de la nueva ley, es decir, en medio electrónico público, los recursos que procedan contra el acto de inscripción podrán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del registro respectivo.

2.3.4. El correo electrónico y su aplicación en la contratación pública electrónica.

En relación con la utilización del correo electrónico para el envío de información, el artículo 10 de la Ley 962 de 2005 modificó el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995, y señaló que las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos, propuestas o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado y por correo electrónico.

En ningún caso, se podrán rechazar o inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recibido por correo dentro del territorio nacional.

En cuanto a las peticiones de los administrados o usuarios, se entenderán presentadas el día de incorporación al correo, pero para efectos del cómputo del término de respuesta, se entenderán radicadas el día en que efectivamente el documento llegue a la entidad y no el día de su incorporación al correo.

De igual forma las solicitudes formuladas a los administrados o usuarios a los que se refiere el presente artículo, y que sean enviadas por correo, deberán ser respondidas dentro del término que la propia comunicación señale, el cual empezará a contarse a partir de la fecha de recepción de la misma en el domicilio del destinatario.

Cuando no fuere posible establecer la fecha de recepción del documento en el domicilio del destinatario, se presumirá a los diez (10) días de la fecha de despacho en el correo. Así mismo, los petitionarios podrán solicitar el envío por correo de documentos o información a la entidad pública, para lo cual deberán adjuntar a su petición un sobre con porte pagado y debidamente diligenciado.

En ese orden de ideas, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección esté correcta y claramente diligenciada.

2.3.5. Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-.

Mediante el Decreto 2178 de 2006, el Gobierno Nacional creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control a través de la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y los sistemas de

información relacionados con la contratación pública que se encuentren a cargo del Gobierno Nacional.

El objetivo fundamental de dicho sistema se centra en brindar uniformidad a la información sobre la contratación pública, para lo cual servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades públicas, los organismos de control, los contratistas, proveedores y la ciudadanía en general.

Lo anterior, en atención a los antecedentes que en materia de contratación pública electrónica se han venido desarrollando en nuestro país, entre ellos, el hecho de que a partir de marzo de 2003 se encuentra funcionando el Portal Único de Contratación cuya implementación se encuentra a cargo del Programa Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones y que corresponde a una iniciativa inscrita en los propósitos de transparencia, eficiencia y promoción del desarrollo, cuyo objetivo consiste en integrar la información contractual de las entidades, para que los proponentes y la ciudadanía en general puedan informarse respecto de los procesos contractuales del Estado.

Así mismo, en atención a que el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, fue creado por la Ley 598 de 2000 a cargo de la Contraloría General de la República y del Comité para la Operación del SICE creado por el Decreto 3512 de 2003.

Con base en lo anterior, el Gobierno Nacional consideró necesario implementar un proceso de modernización de la gestión contractual pública, en procura de alcanzar una mayor eficiencia y transparencia en el tema de la contratación estatal.

De igual forma, para la creación del SECOP se tuvieron en cuenta los objetivos que debía cumplir la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, creada mediante el Decreto 3620 de 2004, entre ellos, el de proponer la adopción de políticas públicas que orienten la gestión contractual de las entidades públicas hacia la reducción de los costos en su operación y transacción; proponer la adopción de medidas orientadas a fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública y, definir parámetros para la implementación del sistema electrónico de contratación pública.

2.3.6 Comité Directivo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Consecuentes con lo anterior, y para efectos de generar una instancia de coordinación entre el gobierno nacional y la contraloría general de la república para la adecuada integración del sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE) y los sistemas de información relacionados con la contratación pública que se encuentren a cargo del gobierno nacional, se creó también el comité directivo del sistema electrónico para la contratación pública (SECOP), integrado por el contralor general de la república, quién podrá delegar su participación en el Vicecontralor General de la República, el Ministro de Comunicaciones, quién podrá delegar su participación en el viceministro de comunicaciones y un (1) miembro de la comisión intersectorial de contratación pública.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 2178 de 2006, el Comité Directivo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública ejercerá las siguientes funciones, cuyas decisiones se adoptarán por consenso de sus miembros y se reunirá por lo menos una vez al mes:

- a. Proponer los lineamientos para la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el SICE y por los sistemas de información relacionados con la contratación pública a cargo del Gobierno Nacional en desarrollo de los principios de transparencia, eficiencia, eficacia y economía.
- b. Proponer las directrices sobre el funcionamiento del catálogo único de bienes y servicios del SICE, en el ámbito del SECOP.
- c. Recomendar las políticas para facilitar el acceso de información a todos los interesados en las contrataciones de las entidades estatales a través de medios electrónicos y
- d. Darse su propio reglamento y el del Comité Asesor.

2.3.7 Comité Asesor del Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Así mismo, y con el fin de apoyar técnicamente al comité directivo del sistema electrónico para la contratación pública en la toma de decisiones, se creó un comité asesor integrado por dos (2) representantes del comité para la operación del SICE; dos (2) representantes de la comisión intersectorial de contratación pública y el director de la agenda de conectividad, quien ejercerá las funciones de secretario técnico.

Dicho comité asesor ejercerá las siguientes funciones:

- a. Preparar los documentos requeridos para estudio y aprobación del comité directivo.

- b. Proponer indicadores de seguimiento de la operación de los sistemas de información relacionados con la contratación pública.
- c. Coordinar la implementación de las directrices propuestas por el comité directivo
- d. Informar periódicamente al comité directivo sobre la aplicación de las respectivas directrices.

Es importante resaltar que, a partir de la expedición del Decreto 2178 de 2006, se entenderá que la expresión “Sistema Integral de Contratación Electrónica”, establecida en el Decreto 3620 de 2004, ha sido reemplazada por la de “Sistema Electrónico para la Contratación Pública”.

En síntesis, y compartiendo la tesis expuesta por algún sector de la doctrina, vemos como, entonces, con la expedición de la Ley 962 de 2005, el marco regulatorio para poder aplicar el modelo de contratación pública electrónica se completó, toda vez que dicha norma incorporó el principio de la equivalencia funcional, según el cual los documentos electrónicos deben recibir la misma validez, eficacia y fuerza vinculante que los documentos expedidos en soporte papel⁷².

⁷² LAGUADO GIRALDO, Roberto, Política pública y el nuevo marco regulatorio de la contratación pública electrónica en Colombia, en Revista Universitas No. 110, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

2.4 LA REFORMA LEGAL EXPEDIDA POR EL LEGISLADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL ELECTRÓNICA Y SU REGLAMENTACIÓN.

Con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, el legislador introdujo en general varios cambios muy importantes en materia de contratación pública, y en particular, reguló algunos aspectos relacionados con los procesos de contratación pública a través de medios electrónicos.

2.4.1 Antecedentes del nuevo marco que regula el Sistema de Contratación Estatal Electrónica.

En el informe de ponencia para Primer debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, mediante el cual se modifica la Ley 80 de 1993, y que más tarde se convertiría en la Ley 1150 de 2007, se advirtió que el proyecto de ley en estudio, por medio de la cual se reforma la Ley 80 de 1993, tal y como se manifestó durante su trámite en el Senado de la República, no pretende derogar o introducir una modificación total al Estatuto de Contratación vigente, sino que busca introducir medidas que propendan por hacer más transparente y eficiente la gestión contractual pública.

En efecto, lo primero que debemos señalar es que la Ley 1150 de 2007 no derogó ni modificó totalmente la Ley 80 de 1993, sino que introdujo una serie de medidas tendientes a realizar procesos de contratación pública más transparentes, eficaces y eficientes.

Sin lugar a dudas, el estudio realizado en su momento por el Departamento Nacional de Planeación y que quedó plasmado en el Documento “Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, y que en el presente trabajo de investigación ha sido analizado en extenso, se constituyó en el pilar fundamental que le sirvió de base al Congreso de la República para discutir y expedir la Ley 1150 de 2007.

Es claro que todas las conclusiones y recomendaciones propuestas por los diferentes tratadistas expertos en contratación estatal y que quedaron plasmadas en el documento arriba mencionado, fueron recogidas por el legislador e incluidas en el texto normativo del proyecto de ley que más adelante se convertiría en la Ley 1150 de 2007.

En efecto, en relación con el sentido y alcance del proyecto de ley que posteriormente se convertiría en la actual Ley 1150 de 2007, en la ponencia para primer debate⁷³ se afirmó que mediante la reforma propuesta se busca dotar a la contratación estatal de instrumentos y herramientas que permitan alcanzar y garantizar la transparencia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, para la adquisición de los bienes, obras o servicios que respondan a necesidades y prioridades de la comunidad.

Para tal fin, se introducen nuevos mecanismos para la selección objetiva de los contratantes, la obligación en cabeza de las entidades de publicar proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, la implementación de las audiencias públicas en licitaciones públicas, la

⁷³ Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso de la República 536 del 15 de septiembre de 2006.

convocatoria pública en procesos de contratación directa, fijación de factores de selección objetivos, lineamientos para evitar el direccionamiento de los pliegos de condiciones, así como el fortalecimiento de mecanismos para la divulgación de la información contractual, con lo cual se busca fortalecer la participación ciudadana en los procesos y actuaciones contractuales que adelanten las entidades públicas⁷⁴.

Otro de los objetivos perseguidos con la nueva regulación es el de adoptar medidas para evitar la elusión de procesos de selección mediante las figuras de los contratos interadministrativos que hoy se han convertido en la vena rota de los recursos del Estado. Señaló la ponencia que en adelante se utilizará esta figura siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora y que cuando esta deba subcontratar no quede eximida del deber de regirse por los lineamientos de la Ley 80 en cuanto a selección y demás principios que la rigen, además de imponerse la prohibición de subcontratar a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

De otra parte, en relación con el concepto de “ecuación contractual” se señaló que para evitar parálisis y reclamaciones durante la ejecución del contrato se establece la Distribución de Riesgos, conforme a la cual, las entidades deberán incluir en los pliegos de condiciones la estimación y tipificación de los riesgos previsibles involucrados en el contrato, los que a su vez serán revisados por los oferentes y la entidad para su asignación y distribución definitiva, con lo cual se busca que los contratistas soporten los riesgos previsibles que su condición profesional les haga posible controlar.

⁷⁴ *Ibidem*.

Un aspecto importante de la reforma en materia de contratación estatal, hace referencia a que la evaluación de las ofertas se centrará en aspectos puramente técnicos y económicos, de tal forma que las condiciones del proponente como la capacidad jurídica, administrativa, operacional, financiera, experiencia, etc. no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento, es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso.

Así mismo, se establece que los procesos de adquisición de bienes o servicios específicos y de características uniformes se realizarán teniendo en cuenta el precio como factor determinante de la escogencia del contratista.

En cuanto a la adquisición de estos bienes muebles con características uniformes, la ponencia advirtió que la nueva regulación introduce nuevos mecanismos para su adquisición como las subastas, la construcción de catálogos y la utilización de los denominados Acuerdos Marco de Precios, traído de otras Legislaciones y que se utiliza para la contratación directa de bienes y servicios de características uniformes, a través de un catálogo en el que previamente a la realización de un proceso de selección del proveedor, se establecen condiciones, calidades y precios durante un periodo de tiempo determinado, dando la posibilidad de que las entidades estatales que requieran tales servicios lo hagan mediante órdenes de compra directa.

Tales acuerdos se utilizaran únicamente para la adquisición de bienes de características uniformes aplicados principalmente a suministros con lo cual, señalan los ponentes, se garantiza la Unificación de Precios de tales bienes para todas las Entidades y la facilidad de entregas parciales mediante el suministro periódico sin incrementos de precios, además de agilizar los procedimientos. Así,

mediante este sistema, el Proveedor se seleccionará a través de un proceso de selección, fijando las condiciones de calidad, plazo y precio de los bienes y servicios. Y una vez realizada esta selección las entidades podrán adquirir con dicho proveedor los bienes mediante compra directa y sin necesidad de procedimiento especial alguno.

En relación con los aspectos electrónicos aplicables a la contratación estatal, los antecedentes normativos resaltan la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, y la define como un instrumento de apoyo a la gestión de la contratación estatal, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para tal fin, señala en el documento analizado que se dispondrá de herramientas que permitan facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como ofrecer al ciudadano la capacidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos.

Como “un cambio de cultura en el manejo de los procesos contractuales” se introduce el Sistema Integral de Contratación Electrónica, como mecanismo de difusión e información de los procesos de contratación y ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas.

2.4.2 Aspectos generales del nuevo marco legal.

El Congreso de la República expidió el 16 de julio de 2007, la Ley 1150⁷⁵ por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la

⁷⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Dicha Ley señaló en su artículo 3° que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Igualmente se estableció que en la ley que los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

2.4.2.1 Características y funciones del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

El Legislador estableció que con el fin de materializar los objetivos a que se refiere lo anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual tendrá las siguientes características:

a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;

b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública.

Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

El párrafo 1° de la norma en comento señala que en ningún caso la administración del SECOP supondrá la creación de una nueva entidad, y que dicho Sistema será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.

Igualmente, el párrafo 2° estableció que en el marco de lo dispuesto en los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 los recursos que se generen por el pago de los derechos de publicación de los contratos se destinarán en un diez por ciento (10%) a la operación del Sistema de que trata el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

2.4.2.2 El principio de publicidad en el Sistema Electrónico de Contratación Pública.

Una vez sancionada y publicada la Ley 1150 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 066 de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente dicha ley sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.

Allí se estableció en el artículo 8º que la entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva. La información contenida en los actos del proceso se considera oponible en el momento en que aparece publicada por el medio señalado en el presente artículo.

Igualmente señaló que la publicidad a que se refiere el mencionado artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del Portal Único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, señaló la norma, se publicarán los siguientes documentos, según corresponda a cada modalidad de selección:

1. El aviso de la convocatoria pública
2. Los proyectos de pliegos de condiciones
3. Las observaciones y sugerencias a los proyectos a que se refiere el numeral anterior y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.
4. El acto que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.
5. Los pliegos de condiciones definitivos

6. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.
7. Las adendas a los pliegos de condiciones
8. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 68 del presente decreto.
9. El acto de adjudicación y el acta de la audiencia pública de adjudicación en los casos de licitación pública.
10. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.
11. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a ésta.
12. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

Así mismo, las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del SECOP, deberán reportar esta situación al Ministerio de Comunicaciones dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del decreto.

Dicho reporte deberá señalar, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte.

Igualmente, en caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el SECOP en el día en que deba realizarse la publicación a que se refiere el artículo 4º del Decreto 066 de 2008, la entidad publicará para cada proceso de selección abreviada y de concurso de méritos, un

aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de éstos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto los proyectos de pliego de condiciones como la versión definitiva de los mismos y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.

De otra parte, la no presentación del reporte o del plan de acción, acarreará la violación de la norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario Único.

De igual forma, sin perjuicio de la publicación que del contrato celebrado se haga en el SECOP, deberán tenerse en cuenta las normas que regulan la publicación de los contratos en el Diario Oficial.

Así mismo el modelo estableció que la publicación electrónica de los actos y documentos a que se refiere la norma analizada deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta dos años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.

Por su parte, la información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretenda abrir deberá remitirse electrónicamente por la entidad con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta remisión, el requisito de publicación se entenderá cumplido por parte de la entidad contratante. La publicación del boletín no es requisito para la apertura del proceso, ni conlleva

la obligación de la entidad de dar curso al mismo. En todo caso, la entidad publicará con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio.

En consecuencia, no será obligatorio realizar las publicaciones a las que se refiere el artículo analizado en el SECOP, en los procesos de selección de que tratan los literales c), e), f), g) y h) del numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. Así como tampoco se publicará el proceso contractual que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

También dispuso la norma que en los eventos de contratación directa señalados en el numeral 4º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007 sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 76 del Decreto 066 de 2008, así como la información señalada en los numerales 11 y 12 de su artículo 8º, es decir, el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a ésta y el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

En cuanto hace relación con las modalidades de subasta inversa, el marco legal precisa que la subasta inversa podrá tener una de las siguientes modalidades:

- a. Subasta inversa electrónica, caso en el cual la misma tendrá lugar en línea a través del uso de recursos tecnológicos.
- b. Subasta inversa presencial, caso en el cual los lances de presentación de las propuestas durante ésta se harán con la presencia física de los proponentes y por escrito.

En este aspecto, dispuso que en desarrollo de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización a través de subastas inversas, las entidades usarán la modalidad electrónica, salvo que el jefe de la entidad certifique que no cuentan con la infraestructura tecnológica para ello, caso en el cual podrán llevar a cabo los procedimientos de subasta de manera presencial, sin perjuicio de las verificaciones que al respecto efectúe el Ministerio de Comunicaciones.

Es importante señalar que el Decreto consagró una norma transitoria según la cual, para el desarrollo de las subastas electrónicas inversas las entidades deberán utilizar la plataforma tecnológica que ponga en funcionamiento el SECOP.

En consecuencia, hasta tanto el SECOP no ponga en operación la plataforma tecnológica para la realización de subastas electrónicas, las entidades podrán contratar con terceros su realización. En este último caso la solución contratada por la entidad deberá generar reportes sobre el desarrollo del certamen en los formatos y parámetros tecnológicos señalados por el administrador del SECOP, así como realizar en éste último la totalidad de las publicaciones a que se refiere la norma reglamentaria.

En relación con los márgenes de diferencia entre ofertas, los pliegos de condiciones determinarán márgenes mínimos de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables. En consecuencia, sólo serán válidos los lances que superen este margen, salvo que se trate del primer lance de cada proponente, el cual se tendrá en cuenta aunque no haya lances posteriores. En la subasta electrónica, la entidad deberá asegurar que el registro de los lances válidos de precios se produzca automáticamente, sin que haya lugar a una intervención directa de su parte.

En cuanto a la autenticidad e integridad de los mensajes de datos en el curso de una subasta electrónica, se estableció que en las subastas inversas electrónicas se deberá garantizar y otorgar plena seguridad sobre el origen e identidad del emisor del mensaje de datos y sobre su integridad y contenido, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y según lo señalado en el pliego de condiciones.

Para desarrollar el procedimiento de la subasta inversa electrónica, ésta dará inicio en la fecha y hora señalada en los pliegos de condiciones, previa autorización del jefe de la entidad para la cual se utilizarán los mecanismos de seguridad definidos en los pliegos de condiciones para el intercambio de mensaje de datos.

El precio de arranque de la subasta inversa electrónica será el menor de las ofertas iniciales de precio a que se refiere el artículo 22 del Decreto 066 de 2008. Los proponentes que resultaren habilitados para participar en la subasta presentarán sus lances de precio electrónicamente, usando para el efecto las herramientas tecnológicas y de seguridad y los medios de seguridad definidos en los pliegos de condiciones.

De otra parte, si en el curso de una subasta dos o más proponentes presentan una postura del mismo valor, se registrará únicamente la que haya sido enviada cronológicamente en primer lugar.

Una vez adjudicado el contrato la entidad hará público el desarrollo y resultado de la subasta incluyendo la identidad de los proponentes. Para la suscripción del contrato por medios electrónicos, el representante legal o apoderado del proponente ganador podrá firmar el contrato y sus anexos y los enviará al SECOP y a la entidad, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en

los pliegos de condiciones. En este caso, la remisión del contrato firmado electrónicamente se hará al correo electrónico que la entidad haya señalado en los pliegos de condiciones.

Conforme avance la subasta el proponente será informado por parte del Sistema o del operador tecnológico que brinda servicios de subasta, de la recepción de su lance y la confirmación de su valor, así como sobre si su propuesta se ubica en primer lugar o, de no ser así, del orden en que se encuentra, sin perjuicio de la confidencialidad que se mantendrá sobre la identidad de los proponentes.

En relación con las fallas técnicas ocurridas durante la subasta inversa electrónica, el modelo establece que si en el curso de una subasta electrónica inversa se presentaren fallas técnicas imputables al SECOP o a la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, que impidan que los proponentes envíen sus propuestas, la subasta será cancelada y deberá reiniciarse el proceso. Sin embargo, la subasta deberá continuar si la entidad pierde conexión con el SECOP o con la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, siempre que los proponentes puedan seguir enviando sus propuestas normalmente.

En otro sentido, si por causas imputables al proponente o a su proveedor de servicio de Internet, aquel pierde conexión con el SECOP o con el operador tecnológico de la subasta, no se cancelará la subasta y se entenderá que el proveedor desconectado ha desistido de participar en la misma, salvo que logre volver a conectarse antes de la terminación del evento.

Para tal efecto, la entidad deberá contar con al menos una línea telefónica abierta de disponibilidad exclusiva para el certamen que prestará auxilio técnico a lo largo de la subasta para informar a los proponentes sobre aspectos relacionados con el curso de la misma.

2.4.2.3 El control constitucional de los procesos de contratación estatal por medios electrónicos.

Ahora bien, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la expresión “los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional”, contenida en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, la Corte Constitucional se planteó el siguiente problema jurídico:

¿La norma que faculta al Gobierno Nacional para que establezca los mecanismos e instrumentos a través de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual, en el marco de contratación pública electrónica, vulnera el principio de publicidad de la función administrativa?

Al desarrollar el estudio y análisis del anterior problema, la Corte Constitucional sostuvo que la finalidad principal de la Ley 1150 de 2007 es la estipulación de instituciones y procedimientos que aseguren la eficiencia y la transparencia en la contratación administrativa.

En armonía con este propósito, la Corte señaló que el artículo 3º de la misma Ley prevé la posibilidad que los actos administrativos, los documentos, contratos y demás actos derivados de la actividad precontractual y contractual puedan ejecutarse a través de medios electrónicos.

Para cumplir esta finalidad, el legislador prevé la creación del Sistema Electrónico de Contratación Pública – Secop, cuyo desarrollo se adscribe en cabeza del Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros previstos en la misma norma, los cuales versan sobre (i) la aptitud del Secop para realizar procesos de

contratación pública, tanto licitatorios como de selección abreviada; (ii) la unificación en el Secop para la publicación de reportes de las entidades y la consulta de los mismos por los ciudadanos; (iii) la obligación que la información oficial sobre el gasto público fruto de la contratación administrativa sea publicada en el Secop; y (iv) la integración al Secop de otros sistemas de información relacionados con la contratación estatal, entre ellos el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, al igual que la articulación con el Sistema de Información para la Vigilancia del Control Estatal – SICE, administrado por la Contraloría General de la República⁷⁶.

Así mismo, la Corte Constitucional señaló que dicha Corporación, en decisiones anteriores, ha determinado la legitimidad constitucional, en especial, desde la óptica de la eficacia de los principios de la función pública, de la posibilidad que el legislador confiera validez a los mecanismos electrónicos para el cumplimiento de las funciones estatales⁷⁷.

Es importante señalar que, de conformidad con lo establecido por el Constituyente de 1991, son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En tal virtud, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C - 259 de 2008.

⁷⁷ *Ibíd.*

demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares⁷⁸.

A su turno, de acuerdo con el contenido normativo del artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Por ello, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley⁷⁹.

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 527 de 1999⁸⁰, resaltó que las normas que regulan el intercambio electrónico de informaciones a través de sistemas electrónicos, responden a la necesidad ineludible de actualizar los regímenes jurídicos al avance de las tecnologías de la información.

En tal sentido, la incorporación de sistemas automatizados de información en las diferentes instancias de la actuación del Estado y de los particulares, exige un marco normativo que responda eficazmente a las exigencias planteadas por la creciente globalización de los asuntos toda vez que, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica

⁷⁸ Constitución Política, Artículo 2º.

⁷⁹ Constitución Política, Artículo 209.

⁸⁰ La Ley 527 de 1999 define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y establece las entidades de certificación.

hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal⁸¹.

En armonía con lo señalado, las previsiones sobre acceso y uso de mensajes de datos no son exclusivas del ámbito comercial privado, sino que también son aplicables en otros escenarios, propios de la administración pública.

Igualmente, la Corte afirmó que dicha regulación ofrecía un marco normativo que se extendía no sólo a la materia mercantil, sino que otorgaba sustento legal a la equivalencia funcional entre los trámites basados en medios físicos de reproducción y los que utilizan soportes electrónicos, equivalencia que se muestra funcional en todas las áreas del ordenamiento, entre ellas los procedimientos judiciales⁸².

Al respecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

“(...) la Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, aun cuando sus orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil.

Al respecto recuerda el señor Procurador en su intervención que del análisis del respectivo expediente legislativo se comprueba que si bien el proyecto inicial restringía el contenido de la norma al campo exclusivamente comercial, éste se fue ampliando para hacer finalmente referencia en forma genérica al acceso y uso de

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001.

los mensajes de datos. En este sentido en el texto definitivo se eliminó la alusión al “comercio electrónico en general” contenida en el título del capítulo I de la parte primera de la ley, para hacer simplemente referencia a “las disposiciones generales”.

En consecuencia, contrariamente a lo señalado por los intervinientes representantes de los Ministerios de Justicia y de Desarrollo, ha de entenderse que la Ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia.

Dicha disposición señaló en efecto que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Es decir que bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia”⁸³.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001

En relación con el principio de “equivalencia funcional”, la Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico ha señalado lo siguiente:

“La Ley Modelo sigue un nuevo criterio denominado a veces 'criterio del equivalente funcional', basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple

necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del 'equivalente funcional', se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un 'requisito mínimo') no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de 'escrito firmado', 'original firmado' o 'acto jurídico autenticado'.

La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de 'escrito', 'firma' y 'original', pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos⁸⁴.

⁸⁴ Ley Modelo de UNCITRAL citada por la Corte Constitución Constitucional en la Sentencia C-831 de 2001.

Así mismo, la posibilidad que el legislador establezca procedimientos electrónicos que otorguen eficacia y renovación tecnológica a los distintos procedimientos en que concurren las autoridades estatales, es una materia que hace parte de la cláusula general de competencia para la configuración normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte resaltó que es evidente que la legitimidad constitucional de este tipo de regulación depende, en todo caso, del otorgamiento de instancias suficientes dentro del sistema de información de que se trate, que garanticen la eficacia de los derechos contenidos en la Constitución Política, en especial el hábeas data y el debido proceso, al igual que los principios de la función administrativa anteriormente mencionados.

En tal virtud, el principio de publicidad de la función administrativa resulta en un alto grado pertinente a la aplicación de sistemas electrónicos de información dentro de la actividad de las autoridades públicas, aplicable a la contratación pública. Ello en tanto la aplicación de dicho principio permite que los ciudadanos conozcan y observen las actuaciones de la administración y estén por ende capacitados para impugnarlas, a través de los recursos y acciones correspondientes, ubicándose de esta manera en el ámbito expansivo del principio democrático participativo⁸⁵.

Al respecto, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, un sistema automatizado de información sobre la contratación estatal debe, para mostrarse ajustado a los postulados constitucionales, contar con instancias tecnológicas que aseguren, entre otros, los siguientes objetivos:

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 2008.

1. La imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial las decisiones adoptadas por la administración.

2. La participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control, y

3. El conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal.

Lo anterior, con el fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica⁸⁶.

En consecuencia, la alta Corporación afirmó que el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, se muestra prima facie compatible con el principio de publicidad, habida cuenta que el diseño legislativo del SECOP prevé instancias para el cumplimiento de las finalidades constitucionales señaladas.

En ese sentido, la Ley 1150 de 2007 ha previsto las líneas generales de la política pública que deberá implementar el Gobierno Nacional para el establecimiento del Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Por ende, el cargo planteado en la demanda se basa, a juicio de la Corte, en una comprensión incompleta del precepto acusado.

Nótese que la censura señala que los mecanismos e

⁸⁶ Ibídem

instrumentos propios del Secop, habida cuenta su relación intrínseca con bienes constitucionalmente valiosos, requería de la regulación concreta por parte del legislador. Precisamente, como se tuvo oportunidad de anotar, el artículo 6º de la Ley 1150/07 determinó los requisitos que debe cumplir la implementación del Secop, condiciones que constituyen el marco normativo para que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad reglamentaria, establezca el contenido específico de dichos mecanismos e instrumentos. Por ende, no es válido admitir que esta regulación subsiguiente quede al libre arbitrio del Ejecutivo”⁸⁷.

Finalmente, y en relación con el análisis del problema jurídico planteado, la Corte Constitucional afirmó que, merced del carácter en extremo dinámico de las tecnologías de la información, resulta adecuado y razonable que el Gobierno Nacional determine el contenido concreto de los mecanismos e instrumentos del SECOP, motivo por el cual no existe una violación de la reserva de ley, en tanto ha sido el Congreso quien ha creado el Sistema de Contratación Pública Electrónica y ha previsto las condiciones que deben cumplirse para que sea compatible con el principio de publicidad de la función administrativa.

Una comprensión contraria, basada en el entendimiento maximalista del principio de reserva de ley, que obligue a que el Congreso regule íntegramente la materia, se mostraría problemática. Ello debido a que vaciaría la potestad reglamentaria del Ejecutivo e, igualmente, haría inoperante el Secop, en tanto sus modificaciones más marginales, relacionadas con aspectos técnicos del Sistema, deberían ser promulgadas luego del complejo procedimiento legislativo ordinario.

⁸⁷ *Ibíd.*

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que la expresión “los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional” contenida en el artículo 3º de la Ley 150 de 2007 es compatible con el principio de publicidad dispuesto en el artículo 209 Constitución Política, motivo por el cual lo declaró exequible.

2.4.3 La reglamentación del Sistema Electrónico para la Contratación Estatal.

En ejercicio de su potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República reglamentó el Sistema Electrónico para la Contratación Estatal, señalando los aspectos y características más relevantes de ésta clase de procesos contractuales mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Analicemos en consecuencia, los principales reglamentos y su contenido normativo.

2.4.3.1 Reglamentación de las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.

Inicialmente, el Gobierno Nacional había expedido el Decreto 066 de 2008, por el cual se reglamentaba parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.

Allí se había establecido expresamente que la entidad contratante sería la responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos

asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

De acuerdo con la norma, la información contenida en los actos del proceso se consideraba oponible en el momento en que aparecía publicada por el medio electrónico del SECOP.

En efecto, de acuerdo con el Gobierno Nacional, esta publicidad se haría en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del Portal Único de Contratación, cuyo sitio web sería indicado por su administrador.

En ese contexto se publicarían los siguientes documentos, según correspondía a cada modalidad de selección:

1. El aviso de la convocatoria pública.
2. Los proyectos de pliegos de condiciones.
3. Las observaciones y sugerencias a los proyectos a que se refiere el numeral anterior y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.
4. El acto que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.
5. Los pliegos de condiciones definitivos.
6. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.
7. Las adendas a los pliegos de condiciones.
8. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de méritos a que se refiere el artículo 68 del presente decreto.

9. El acto de adjudicación y el acta de la audiencia pública de adjudicación en los casos de licitación pública.
10. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.
11. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.
12. El acta de liquidación de mutuo acuerdo o el acto administrativo de liquidación unilateral.

Así mismo, la norma disponía que las entidades públicas que no contaran con los recursos tecnológicos que permitieran proveer una adecuada conectividad para el uso del SECOP, debían reportar dicha situación al Ministerio de Comunicaciones⁸⁸ dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto.

De igual forma, allí se señalaba que el reporte señalaría, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarían a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Este informe se debía actualizar semestralmente por parte de la entidad.

En caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el SECOP el día en que debía realizarse la publicación señalada anteriormente, la entidad publicaría para cada proceso de selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que tuviesen la misma difusión, informando el lugar en donde podían ser consultados en forma gratuita tanto los proyectos de pliego de condiciones como la versión definitiva de los mismos y señalando la forma en que se daría publicidad a los demás actos del proceso.

⁸⁸ Hoy en día denominado Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

De acuerdo con lo que disponía el Decreto 066 de 2008, la no presentación del reporte o del plan de acción, acarrearía la vulneración de la norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, situación que podría generar responsabilidad disciplinaria de los funcionarios.

Sin perjuicio de la publicación que del contrato celebrado se hiciera en el SECOP, deberían tenerse en cuenta las normas que regulaban la publicación de los contratos en el Diario Oficial.

Igualmente se había reglamentado que la publicación electrónica de los actos y documentos tenía que efectuarse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, y que el plazo general de su permanencia se extendería hasta dos años después de la fecha de liquidación del contrato o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta, según correspondiera.

En el mismo sentido se estableció que la información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretendiera abrir, sería remitida electrónicamente por la entidad con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta remisión, señalaba la norma, el requisito de publicación se entendería cumplido por parte de la entidad contratante, aunque la publicación del boletín no era requisito para la apertura del proceso, ni conllevaría la obligación de la entidad de dar curso al mismo. En todo caso, la entidad publicaría con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio.

Así mismo, señalaba el Decreto en mención que no sería obligatorio realizar las publicaciones anteriormente señaladas en el SECOP, en los procesos de

selección de que tratan los literales c), e), f), g) y h) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007⁸⁹.

Tampoco se debía publicar el proceso contractual que se realizara a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, es decir, la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Del mismo modo, se había reglamentado el procedimiento de la subasta inversa electrónica, señalando que la subasta dará inicio en la fecha y hora señalada en los pliegos de condiciones, previa autorización del jefe de la entidad para la cual se utilizarían los mecanismos de seguridad definidos en los pliegos de condiciones para el intercambio de mensaje de datos.

⁸⁹ Dichos procesos son:

1. Contratos para la prestación de servicios de salud
2. La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.
3. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;
4. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
5. Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden

El precio de arranque de la subasta inversa electrónica sería el menor de las ofertas iniciales de precio y los proponentes que resultaren habilitados para participar en la subasta presentarían sus lances de precio electrónicamente, usando para el efecto las herramientas tecnológicas y de seguridad y los medios de seguridad definidos en los pliegos de condiciones.

Para la suscripción del contrato por medios electrónicos, la norma señalaba que el representante legal o apoderado del proponente ganador podía firmar el contrato y sus anexos debiéndolos enviar al SECOP y a la entidad, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en los pliegos de condiciones. En este caso, la remisión del contrato firmado electrónicamente se haría al correo electrónico que la entidad hubiese señalado en los pliegos de condiciones.

Conforme avanzaba la subasta, el proponente sería informado por parte del Sistema o del operador tecnológico que brindaba servicios de subasta, de la recepción de su lance y la confirmación de su valor, así como sobre si su propuesta se ubicaba en primer lugar o, de no ser así, del orden en que se encontraba, sin perjuicio de la confidencialidad que se mantendría sobre la identidad de los proponentes.

No obstante lo anterior, debemos resaltar que el Decreto 066 de 2008 fue derogado expresamente por el Decreto 2474 de 2008.

2.4.3.2 Los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea.

Mediante el Decreto 1151 de 2008, el Gobierno Nacional estableció los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea en Colombia y reglamentó parcialmente la Ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los

organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Allí se señaló expresamente que el objetivo de la estrategia de Gobierno en Línea es contribuir con la construcción de un Estado más eficiente, más transparente y participativo, y que preste mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas, a través del aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Un aspecto bien importante para resaltar de esta reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, es la consagración de una serie de principios y definiciones aplicables a la estrategia de Gobierno en Línea.

En efecto, se establecieron expresamente los siguientes principios orientadores de la política pública adoptada por el Gobierno Nacional:

1. Gobierno centrado en el ciudadano.
2. Visión unificada del Estado.
3. Acceso equitativo y multicanal.
4. Protección de la información del individuo.
5. Credibilidad y confianza en el Gobierno en Línea.

Así mismo, se estructuró una serie de definiciones relacionadas con la estrategia de Gobierno en Línea, así:

- a. Trámite: Conjunto o serie de pasos o acciones regulados por el Estado, que deben efectuar los usuarios para adquirir un derecho o cumplir con una obligación prevista o autorizada en la ley.

b. Trámite en Línea: Trámite que puede ser realizado por medios electrónicos a través del portal de una entidad, ya sea de manera parcial, en alguno de sus pasos o etapas, o total, hasta obtener completamente el resultado requerido.

c. Servicio en Línea: Servicio que puede ser prestado por medios electrónicos a través del portal de una entidad.

d. Ventanilla Única Virtual: Sitio virtual desde el cual se gestiona de manera integrada la realización de trámites que están en cabeza de una o varias entidades, proveyendo la solución completa al interesado.

e. Intranet Gubernamental: Conjunto de soluciones tecnológicas a través de las cuales se interconectan las entidades para el intercambio de información estandarizada y con adecuados niveles de servicio.

A su turno, el Decreto 1151 de 2008 estableció y definió las fases de Gobierno en Línea en cinco etapas claramente identificables.

En la primera fase, denominada “Fase de Información en Línea”, la cual es considerada como la inicial, las entidades habilitan sus propios sitios web para proveer en línea información, junto con esquemas de búsqueda básica.

En la segunda fase, denominada “Fase de Interacción en Línea”, se habilita la comunicación de dos vías entre entidades y ciudadanos y empresas con las consultas en línea e interacción con servidores públicos.

En la tercera fase, es decir, la “Fase de Transacción en Línea”, se proveen transacciones electrónicas para la obtención de productos y servicios.

En la cuarta fase, llamada “Fase de Transformación en Línea” se realizan cambios en la forma de operar de las entidades para organizar los servicios alrededor de necesidades de ciudadanos y empresas, con Ventanillas únicas Virtuales y mediante el uso de la Intranet Gubernamental.

Finalmente, la “Fase de Democracia en Línea” está definida como la fase en la cual se incentiva a la ciudadanía a participar de manera activa en la toma de decisiones del Estado y la construcción de políticas públicas involucrando el aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación.

Igualmente, de acuerdo con lo señalado por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Comunicaciones, a través del Programa Agenda de Conectividad o de la entidad que haga sus veces, será el responsable de coordinar la implementación de la Estrategia de Gobierno En Línea y de la definición de las políticas y estándares respectivos, para lo cual deberá elaborar el “Manual para la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea” de obligatorio cumplimiento para las entidades.

2.4.3.3 Las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva contenidas en el Decreto 2474 de 2008.

El 7 de Julio de 2008, se publicó en el Diario Oficial No. 47.043 el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó las modalidades de selección y señaló disposiciones generales en materia de publicidad, selección objetiva y otros aspectos relacionados con los procesos de contratación pública.

Sin lugar a dudas, el Decreto 2474 de 2008 es el reglamento de mayor trascendencia que actualmente existe en Colombia en materia de contratación pública, independientemente de que haya sido objeto de diversas demandas ante

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, particularmente ante el Consejo de Estado, el cual ha suspendido provisionalmente algunas de sus normas, al tiempo que ha declarado la nulidad de otras.

En dicho reglamento se estableció que, en armonía con lo establecido en la Ley 1150 de 2007, las entidades seleccionarán a los contratistas a través de las siguientes modalidades:

1. Licitación pública.
2. Selección abreviada.
3. Concurso de méritos, y
4. Contratación directa.

Como lo habíamos mencionado anteriormente, el Decreto 2474 de 2008 derogó expresamente el Decreto 066 del mismo año, el cual había señalado igualmente las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva en materia de contratación pública.

No obstante lo anterior, ahora el Decreto 2474 reproduce muchos de los contenidos, reglas y principios establecidos en el Decreto derogado, principalmente, en lo relacionado con el Sistema de Contratación Pública Electrónica.

Miremos en consecuencia, los aspectos más relevantes que quedaron establecidos en la reglamentación que actualmente se encuentra vigente en materia de contratación pública electrónica.

2.4.3.4 El principio de publicidad electrónica y su reglamentación.

Este principio se encuentra contenido en el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008, el cual señala que la entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

De acuerdo con la norma, la publicidad se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador, debiéndose publicar los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:

1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.
2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.
3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.
4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.
5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.
6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.

7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.
8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.
9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.
10. El acto administrativo de suspensión del proceso.
11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.
12. Las adendas a los pliegos de condiciones.
13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de meritos a que se refiere el artículo 69 del Decreto 2474 de 2008⁹⁰.
14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características

⁹⁰ El numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente: “Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

A su turno, el artículo 69 del Decreto 2474 de 2008, señala que el comité asesor valorará el mérito de cada una de las propuestas en función de su calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el pliego de condiciones del respectivo concurso y entregará a la entidad su informe de evaluación, el cual contendrá el análisis efectuado por el comité y el puntaje final de las propuestas. La mejor propuesta será la que obtenga el puntaje más alto. El informe de evaluación estará suscrito por cada uno de los miembros del comité.

técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta.

15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.

16. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.

17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.

18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

Así mismo, las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del Secop, deberán reportar esta situación al hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Dicho reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte.

En caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el Secop en el día en que deba realizarse la publicación, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional,

departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.

Igualmente, la no presentación del reporte o del plan de acción acarreará la violación de la norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario único.

Del mismo modo, nuevamente se estableció que sin perjuicio de la publicación que del contrato celebrado se haga en el Secop, deberán tenerse en cuenta las normas que regulan la publicación de los contratos en el Diario único de Contratación Pública, o en su defecto en la Gaceta Oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido.

En igual sentido dispuso que la publicación electrónica de los actos y documentos mencionados en la norma deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.

También quedó reglamentado que la información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretenda abrir será remitida electrónicamente con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta

remisión, el requisito de publicación se entenderá cumplido por parte de la entidad contratante.

Es importante resaltar que la publicación del boletín no es requisito para la apertura del proceso, ni conlleva la obligación de la entidad de dar curso al mismo. En todo caso, la entidad publicará con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio.

La norma que hemos venido analizando, consagró cinco (5) excepciones al principio de publicidad electrónica, en los siguientes términos:

1. No se harán las publicaciones mencionadas en los procesos de selección de enajenación de bienes del Estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el párrafo 6o del presente artículo,
2. Tampoco será obligatoria la publicación relacionada con los procesos de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.
3. Del mismo modo, no será necesaria la publicación de la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos.

4. Así mismo, tampoco se harán las publicaciones, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual.

Cuando se trate de la celebración de contratos en desarrollo de lo previsto en el literal h) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007⁹¹, sólo se publicará la información relacionada con el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, así como lo relacionado con el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

5. De otra parte, en tratándose de la contratación directa sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 77 del Decreto que aquí se analiza cuando el mismo se requiera, así como la información relacionada con el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, así como lo relacionado con el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

⁹¹ Es decir, los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

Finalmente, en relación con el principio de publicidad electrónica, el Gobierno Nacional señaló que la Dirección Nacional de Estupefacientes será responsable de garantizar la publicidad a través del Secop y de su página web del acto de apertura del proceso de selección de promotores para la enajenación de bienes, el aviso de invitación, los pliegos de condiciones, las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas, las adendas al pliego de condiciones, el informe de evaluación, el acto de selección, el acto de declaratoria de desierto, el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

2.4.3.5 El principio de equivalencia funcional.

Señala la tratadista Claudia Patricia BARRANTES VENEGAS, que el principio de equivalencia funcional tiene su origen en el derecho uniforme propuesto de manera sistemática en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la llamada Ley Modelo de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, la cual fue acogida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 527 de 1999, el Decreto 1747 de 2000 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio⁹².

A su turno, el profesor Erick RINCÓN CÁRDENAS afirma que “el principio de la equivalencia funcional de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita e

⁹² BARRANTES VENEGAS, Claudia Patricia. Reflexiones sobre contratación pública por medios electrónicos en Colombia: cómo pasar de la ciencia ficción a la realidad en los procesos de contratación directa del Estado, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

incluso oral, constituye el principal fundamento de la interrelación del derecho con las nuevas tecnologías. Dicho principio se puede simplificar en la siguiente forma: la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica, a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado”, motivo por el cual “este principio constituye la base fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos, respecto de las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional”⁹³.

2.4.3.6 El principio de neutralidad tecnológica.

De acuerdo con el Profesor RINCÓN CÁRDENAS, éste principio propende porque las normas puedan abarcar e incluir las tecnologías que propiciaron su reglamentación, así como las tecnologías que se están desarrollando y las que se encuentran en proceso de desarrollo⁹⁴.

En ese sentido, éste principio constituye una parte fundamental del segundo pilar de interpretación legal, toda vez que es la concreción real y necesaria del entorno dentro del cual va a ser aplicada.

⁹³ RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

⁹⁴ *Ibíd.*

2.4.3.7 El principio de no alteración ni modificación del derecho de las obligaciones y contratos privados.

El comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de las obligaciones y los contratos, toda vez que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones, simplemente es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades contractuales o precontractuales, motivo por el cual no puede modificarse el derecho existente relacionado con la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos⁹⁵.

No obstante lo anterior, no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico en relación con determinados contratos ha determinado un cambio en el derecho aplicable, trayendo en muchas ocasiones, un vacío jurídico al momento de identificar los problemas y soluciones relacionados con el comercio electrónico⁹⁶.

2.4.3.8 El principio de la buena fe.

El artículo 83 de la Constitución Política dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

En relación con dicho principio, en reiteradas oportunidades ha sostenido la Corte Constitucional que la buena fe, que se presume en todas las relaciones entabladas entre los particulares y las autoridades públicas, exige más bien que la actividad pública se adelante en un clima de mutua confianza que permita a

⁹⁵ Ibídem

⁹⁶ Ibídem.

aquéllos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración. Es lo que esta Corte ha denominado como principio de lealtad, que debe darse entre gobernantes y gobernados como requisito indispensable para la realización de los fines propuestos en la Carta Política⁹⁷.

De igual forma, en relación con la aplicación del principio de la buena fe, y sus características más relevantes, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dio aplicación como “regla general de derecho”, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Esa situación varió con la Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En la citada Sentencia T- 295 de 1999, la Corte Constitucional precisó el concepto en los siguientes términos:

"Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N).

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T – 417 de 1196.

Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo "*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*" y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo⁹⁸ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice "no se puede ir contra los actos propios".

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho."

La mencionada sentencia señala que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la

⁹⁸ La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo – Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.

misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la doctrina⁹⁹ y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del acto propio, es así como la Corte Constitucional en la Sentencia T-475 de 1992¹⁰⁰ dijo lo siguiente:

“La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (*venire contra factum proprium*), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias.”

El 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera,¹⁰¹ reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto tal Corporación, en los siguientes términos:

“Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:
‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene mas remedio que protegerla,

⁹⁹ Ver el capítulo “La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo”, en el libro “Derecho constitucional y administrativo en la constitución política de Colombia” de GASPAR CABALLERO, Editorial Diké y Ediciones Rosaristas, págs. 127 y ss.

¹⁰⁰ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹ M.P. Julio César Uribe.

porque PODER CONFIAR , como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...’ (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación comercial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales , que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos.

Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual”.

En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

‘La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos’ (Sentencia de 22 de abril de 1967. Principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas, Jesús González Pérez, pág. 117 y ss.)”.

Por su parte, el Profesor Miguel S. Marienhoff¹⁰² afirma que: “El acto que creó derechos, si es ‘regular’ no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de ‘ilegitimidad’”. Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: “Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende”¹⁰³.

En síntesis, la Corte Constitucional señaló que el respeto al acto propio se predica de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia”¹⁰⁴.

A su turno, en tratándose de contratación electrónica y comercio electrónico, el tratadista RINCÓN CÁRDENAS señala que el principio de la buena fe es simplemente una reafirmación del fundamento que informa a nivel general todo el derecho, en especial cuando se hace referencia al intercambio nacional o internacional de bienes y servicios¹⁰⁵.

¹⁰² Su razonamiento se refiere a actos de la administración, aparece en su Tratado de derecho administrativo T. II, p. 607, pero se puede extender a la teoría del respeto al acto propio.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 607.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 827 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Igualmente, el autor cita a MOLINA QUIROGA, Eduardo, “La buena fe en la etapa precontractual, contratos informáticos, en Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Editorial Abeledo Parrot, Buenos Aires, 2001.

2.4.3.9 Principio de libertad contractual.

En este punto la doctrina resalta que esta es una manifestación o consecuencia necesaria del principio sobre la inalterabilidad del derecho preexistente frente a las TICs, siendo este un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, de la autonomía privada y de la libertad de competencia¹⁰⁶.

La innovación tecnológica persistente respecto de la facilitación del acceso a la Internet, ha ayudado a la expansión de las nuevas tecnologías y la actividad comercial por vías electrónicas, haciendo que la población tenga la posibilidad de participar de las ventajas de transacciones comerciales electrónicas y que las empresas –entre ellas las pequeñas y medianas- puedan involucrarse en el proceso virtual con un aumento de competitividad y escala.

Ante esta realidad, “como operadores jurídicos estamos precisados a asumirla, como nos es dada, para que hagamos algo con ella”¹⁰⁷.

2.5 CONCLUSIONES.

Sin perjuicio del análisis y las conclusiones que sobre todo el tema de la contratación pública electrónica se expondrán al final de la presente investigación, a continuación resaltaremos las conclusiones más importantes del capítulo que acabamos de desarrollar.

a. Sin lugar a dudas, nuestro Estado requiere estructurar una legislación especial contenida en un Estatuto Único de Contratación del Estado, en la cual no se

¹⁰⁶ *Ibídem.*

¹⁰⁷ *Ibídem.*

apliquen las normas del derecho privado (civil y comercial) a los contratos que celebren las entidades estatales.

En dicho Estatuto deberá dedicarse un capítulo especial a todo lo relacionado con la contratación pública electrónica, así como a la implementación de las herramientas tecnológicas en los procesos de contratación del Estado.

b. En el mismo sentido, resulta necesario la creación de una autoridad rectora del Sistema de Contratación Pública que tenga potestades de regulación y/o reglamentación administrativa, y con facultades de coordinación y con competencias de gestión que le permita administrar y vigilar un Sistema Electrónico de Información para la Contratación de la Administración Pública.

c. En el sistema de contratación pública, resulta imperioso implementar procesos que permitan brindar información tanto de las necesidades y presupuestos públicos de las entidades, como de los oferentes y de cada uno de los bienes y servicios públicos, al igual que de los precios de estos.

d. En el mismo sentido, la planificación para los procesos de compras y adquisiciones, así como para la prestación de servicios públicos, de acuerdo con los planes y programas de funcionamiento y de inversiones públicas de cada una de las entidades, requiere un sistema de información integral, adecuado y eficiente, que le permita a la Administración satisfacer sus necesidades de contratación.

e. En ese orden de ideas, se reclama la implementación de sistemas de información, comunicación y tecnología para administrar y coordinar los procesos de contratación, con el fin de ejercer adecuados procesos de control.

f. Nuestro Estado requiere igualmente implementar sistemas de gestión y administración integral de los contratos estatales para la compra y adquisición de bienes y servicios.

g. Igualmente, de todo lo anteriormente señalado podemos evidenciar la necesidad de desarrollar procesos de contratación electrónica en los cuales, al reemplazar los documentos en papel por documentos electrónicos, se hará más ágil y transparente el proceso de contratación.

h. Nuestro modelo constitucional, legal y reglamentario, posibilita la simplificación y racionalización de trámites en los procesos de contratación que desarrolla la Administración Pública, mediante la implementación del procedimiento administrativo electrónico como “equivalente funcional” del procedimiento administrativo tradicional.

i. De esta manera, adquieren plena aplicación los principios constitucionales orientadores de la función administrativa. Por una parte, los principios finalísticos materializados en el hecho de que dicha función está al servicio de los intereses generales, y además tiene por objeto: (i) el cumplimiento de los cometidos estatales; (ii) la adecuada prestación de los servicios públicos y (iii) la efectividad de los derechos e intereses de la población. Por otra parte, adquirirían plena aplicación los principios funcionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad y publicidad, al igual que los principios organizacionales de descentralización, delegación y desconcentración.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD.

Un modelo en el cual se han aplicado con gran éxito conceptos tecnológicos y electrónicos para la eficiencia y la transparencia en el ejercicio de la función administrativa y los procesos de contratación pública, es el relacionado con el sistema de giro de recursos en el Régimen Subsidiado en Salud. Estudiemos en consecuencia, sus características y aspectos más relevantes.

3.1 FUNDAMENTO NORMATIVO DEL MODELO.

En efecto, de acuerdo con la información publicada por el Ministerio de la Protección Social¹⁰⁸, el Gobierno Nacional expidió un conjunto integral de medidas que buscan garantizar un funcionamiento ágil, eficiente y transparente del régimen subsidiado colombiano, que cobija a más de 20 millones de ciudadanos.

Para tal efecto, el Gobierno implementó una serie de medidas que hacen parte de una reestructuración en la operación del régimen subsidiado. Entre ellas se encuentra la expedición de las siguientes normas, con fundamento en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República.

¹⁰⁸ Sitio Web Oficial www.minproteccionsocial.gov.co

En primer lugar, cobra particular importancia el Decreto 1964 de 2010, mediante el cual se reglamenta el contrato electrónico entre entidades territoriales y EPS del régimen subsidiado.

Así mismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1965 de 2010, que establece las características y condiciones de funcionamiento del flujo de recursos dentro del régimen subsidiado.

Igualmente, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 1982 de 2010, relacionada con los requerimientos mínimos de información para el cargue adecuado de la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA, el cual se ha erigido como el mecanismo central de operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el país.

Del mismo modo, el Ministerio expidió la Resolución No. 2028 de 2010, la cual asigna los recursos para hacer viable financieramente los primeros contratos electrónicos del régimen subsidiado, para el bimestre Junio – Julio de 2010 en todos los municipios del país.

Por su parte, la Resolución 2030 de 2010 expedida igualmente por dicha entidad, define las características del contrato electrónico para el régimen subsidiado y adopta la carátula y el clausulado del contrato para la administración y aseguramiento del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante los anexos técnicos que hacen parte integral de la Resolución.

Así mismo, el Gobierno expidió la Resolución No. 2042 de 2010, mediante la cual se fijan los mecanismos y condiciones para consolidar la universalización de la afiliación en salud en el país.

De igual manera, estructuró la Publicación del Listado Nacional de Población Elegible, que contiene las personas que se encuentran registradas en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBEN-, y que aún no se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud.

En síntesis, la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional establece que de ahora en adelante, los contratos entre las entidades territoriales y las EPS del régimen subsidiado que operan en todo el país, se realizarán de forma electrónica, facilitando con ello, trámites y procedimientos, con el fin de mejorar la gestión, aplicando de esta manera los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Para tal fin, cada entidad territorial firmará un único contrato con todas las EPS que operan en el municipio. En el evento en que las entidades territoriales no cuenten con la firma digital, necesaria para la realización del contrato electrónico, tendrán un plazo de 30 días para establecerla.

Al estructurarse la contratación electrónica por parte de cada entidad territorial (un contrato por cada municipio), de acuerdo con el número real de afiliados, debidamente registrados en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA, se propende por una universalización de la afiliación en salud y la eficiencia de la gestión administrativa y financiera del régimen subsidiado.

Así mismo, la entidad territorial en su condición de administradora y ordenadora de los recursos del régimen subsidiado, elaborará y suscribirá en forma electrónica, la Declaratoria de Giro de Aceptación de Saldos –DGAS- cuyo contenido se encuentra reglamentado en las anteriores disposiciones.

3.2. CONTENIDO, ALCANCE Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, al Presidente de la República le corresponde ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

En este aspecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en resaltar que la reglamentación administrativa se ejerce con el objeto de lograr la cumplida ejecución de la ley, es decir, “aquí la materia reglamentable es la ley”¹⁰⁹. Sobre el alcance de dicha potestad, en reiteradas oportunidades tanto el Consejo de Estado, de tiempo atrás, como ahora la Corte Constitucional, han sostenido que la potestad reglamentaria no es una operación de simple copia de los textos sobre los cuales se ejerce, y que su ejercicio implica de algún modo valoración e indagación de los fines y contenido de la ley, para que resulte un reflejo fiel de la misma¹¹⁰.

De igual forma, ha sostenido la Corte Constitucional que:

“Por esto, desde el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, el reglamento será aplicable en cuanto no sea contrario a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable. La Constitución de 1991, confiere al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de

¹⁰⁹ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de Derecho Administrativo, Edit. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2006.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992.

los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (art. 189-11 C.N.). Como de lo que se trata pues es de la garantía de la ejecución de las leyes, las expresiones de la potestad reglamentaria se encuentran subordinadas a la ley, en razón de que según la fórmula general de competencia, la función legislativa corresponde al Congreso de la República, y de consiguiente la potestad reglamentaria es de carácter adjetivo y se encuentra subordinada a los contenidos de la ley. Esta clara conclusión es una consecuencia de la supremacía de la ley en la determinación del régimen jurídico de la libertad, que se vería amenazada con una capacidad que le fuese equiparable en cabeza del poder reglamentario. Ahora bien, la labor de indagación que realiza el poder reglamentario, a fin de asegurar la cumplida ejecución de las leyes, es, como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional un complemento de éstas en la medida en que las actualiza y las acomoda a las necesidades que las circunstancias le impongan para su eficaz ejecución, y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene, porque esta labor sólo compete en el marco de la expresión de la división de los poderes del Estado, a la autoridad judicial. Lo expuesto, lleva a la Corporación a apartarse del concepto del señor Procurador, cuando afirma que el Presidente de la República en vez de expedir el Decreto que se revisa debió hacer uso de la potestad reglamentaria”¹¹¹.

En ese orden de ideas, dicha corporación ha afirmado en reiteradas oportunidades que la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente

¹¹¹ *Ibíd.*

de la República que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley.

Dicha potestad se ve restringida en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos, pues el legislador puede llegar a ser muy minucioso en su regulación y, por consiguiente, la tarea de la autoridad encargada de reglamentar la ley se minimiza. O puede -afirma la Corte- suceder lo contrario: que aquél decida no ser tan prolijo en la reglamentación, dejando al ejecutivo el detalle¹¹².

La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley - continúa diciendo dicha corporación- está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella¹¹³.

El reglamento es entonces un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, pues en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, pero sin rebasar el límite fijado por la propia ley¹¹⁴.

De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado que “no todas las materias asignadas por la Constitución Política son susceptibles de igual grado de desarrollo legislativo:

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

“a. Hay algunas sobre las cuales las facultades de las Cámaras legislativas deben ejercerse en su plenitud, sin otra limitación que la propia voluntad de las dos corporaciones o la establecida por la Constitución. Cuando el Congreso las utilice, en la correspondiente ley puede regular íntegramente la materia, con todos los detalles y pormenores que juzgue conveniente, sin dejar margen alguno a la reglamentación.

b. Pero puede suceder que el legislativo, al ejercer el mismo tipo de facultades, se abstenga de regular explícitamente, en mayor o menor grado, ciertos aspectos que, no obstante estar implícitos en la ley, requieren desenvolvimientos posteriores para efecto de su correcta aplicación. Aparece entonces la necesidad del reglamento ejecutivo, ampliándose o restringiéndose la potestad gubernamental en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. (Resaltado fuera de texto)

c. Otras materias hay en las cuales se ejercitan las potestades de las Cámaras de manera limitada. Estas señalan la normación básica o las líneas y directrices de la política que debe seguir el gobierno para dar cumplimiento al mandato legal dejándose en esa forma un amplio campo al ejercicio del poder reglamentario”¹¹⁵.

Así mismo, luego de un profundo análisis jurídico, el Consejo de Estado ha determinado los criterios que se deben tener en cuenta para fijar los límites de esa potestad, en los siguientes términos:

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de octubre de 1962, CP Carlos Gustavo Arrieta, Anales 1962, T 65, pág.33. Citado por Jorge Enrique Ibáñez Najar en Revista Universitas No. 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

“Para fijar los límites del poder reglamentario, la Constitución establece dos criterios a seguir: El de la necesidad del reglamento y el de la competencia. Según el primero, que emana directamente del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, el órgano administrativo únicamente puede reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Así, si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el gobierno puede dictarlo; pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece, en razón de que no existe, el supuesto básico de su ejecución. Por lo que hace al segundo de los criterios enunciados, radicado en la forma diversa en que se manifiestan dentro del campo del derecho los poderes jurídicos del órgano administrativo y del órgano jurisdiccional, es preciso considerar que hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración, y de consiguiente ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Tales ordenamientos pueden y deben ser reglamentados, cuando sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la eventual revisión de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, que son el producto de una lenta elaboración en la cual se han estudiado o resuelto casi todas las hipótesis reglamentables, cuya directa aplicación corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional y que no son susceptibles de reglamentación ejecutiva, sino que dan lugar a la interpretación por la vía jurisprudencial”¹¹⁶.

¹¹⁶ Ibidem.

En síntesis, la potestad reglamentaria, que se puede definir como la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real, en el paradigma del Estado social de derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución. A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la Constitución Política de 1991 consagró un "sistema difuso" de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario.

Igualmente, “en algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirla inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador. El ejercicio de la potestad reglamentaria le corresponde en principio al Presidente de la República, en otros casos, la competencia del ejecutivo tiene origen directamente en la Constitución. En otros casos, pero con carácter excepcional, el Constituyente extendió directamente la capacidad de ejercer la potestad reglamentaria a otros organismos del Estado¹¹⁷.

Ahora bien, analizando el fundamento normativo que le permite al Gobierno Nacional reestructurar la operación del régimen subsidiado mediante el ejercicio de su potestad, tenemos que el Presidente de la República pretende reglamentar el contenido normativo del artículo 215 de la Ley 100 de 1993, el cual señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 215. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN
SUBSIDIADO. Las direcciones locales, Distritales o

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia 350 de 1997.

Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios”.

A su turno, el Presidente de la República mediante la expedición de los decretos y resoluciones arriba mencionados, pretende desarrollar el contenido normativo del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el cual señala textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 13. *FLUJO Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS.* Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

a) El gasto de los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga se programará anualmente por un valor no inferior al recaudo del año anterior incrementado por la inflación causada y se girará, a las entidades territoriales por trimestre anticipado previo cumplimiento de la radicación de los contratos, la acreditación de cuentas maestras y el envío y cruce de la base de

datos de los afiliados, sin que sean exigibles otros requisitos. El no cumplimiento oportuno de estos giros, generará las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo a lo establecido en la ley. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público girará por trimestre anticipado los recursos que por Presupuesto Nacional le correspondan al Fosyga;

b) Todos los recursos de salud, se manejarán en las entidades territoriales mediante los fondos locales, distritales y departamentales de salud en un capítulo especial, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. El manejo de los recursos se hará en tres cuentas maestras, con unidad de caja al interior de cada una de ellas. Estas cuentas corresponderán al recaudo y al gasto en salud pública colectiva, régimen subsidiado de salud y prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con las excepciones de algunos rubros que en salud pública colectiva o en prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, señale el Ministerio de la Protección Social.

Las cuentas maestras deberán abrirse con entidades financieras que garanticen el pago de intereses a tasas comerciales aceptables, el incumplimiento de lo anterior acarreará las sanciones previstas en el artículo 2o de la presente ley. El Ministerio de la Protección Social reglamentará la materia, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente ley;

c) Los pagos, efectuados por la entidad territorial a las EPS del régimen subsidiado se harán bimestre anticipado dentro de los primeros 10 días de cada bimestre. Estos pagos se harán solo mediante giro electrónico, a cuentas previamente registradas de entidades que estén debidamente habilitadas y mediante la presentación de facturas que cumplan lo previsto en el artículo 617 del Estatuto Tributario;

d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes¹, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura;

e) Los municipios y distritos destinarán hasta el 0,4% de los recursos del régimen subsidiado, para financiar los servicios de

interventoría de dicho régimen. La interventoría sólo podrá ser contratada con entidades previamente habilitadas departamentalmente y del Distrito Capital, a través de concursos de méritos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

Adicionalmente, los municipios y distritos destinarán el 0,2% de los recursos del régimen subsidiado a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales. El recaudo al que hace referencia el presente inciso, será reglamentado por el Gobierno Nacional, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley;

f) Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado¹, manejarán los recursos en cuentas maestras separadas para el recaudo y gasto en la forma que reglamente el Ministerio de la Protección Social. Sus rendimientos deberán ser invertidos en los Planes Obligatorios de Salud.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional tomará todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos.

PARÁGRAFO 2o. Los giros correspondientes al Sistema General de Participaciones para Salud, destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se podrán efectuar directamente a los actores del Sistema, en aquellos

casos en que alguno de los actores no giren oportunamente. Este giro se realizará en la forma y oportunidad que señale el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Los mecanismos de sanción y giro oportuno de recursos también se deben aplicar a las EPS que manejan el régimen contributivo.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional, antes de seis meses de la entrada en vigencia de la presente ley, establecerá los mecanismos que busquen eliminar la evasión y la elusión en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 4o. El Ministerio de la Protección Social ejercerá las funciones propias del Consejo de Administración del Fosyga.

PARÁGRAFO 5o. Cuando los Entes Territoriales o las Entidades Promotoras de Salud, EPS o ARS no paguen dentro de los plazos establecidos en la presente ley a las Instituciones Prestadoras de Servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras.

PARÁGRAFO 6o. Cuando las IPS no paguen oportunamente a los profesionales que les prestan sus servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras, de acuerdo con la reglamentación que para ello expida el Ministerio de la Protección Social dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley”.

Así mismo, el Gobierno Nacional encuentra fundamento en el contenido normativo del numeral 42.3 del artículo 42 de la Ley 715 de 2001, el cual dispone que a la Nación le corresponde la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las competencias establecidas en dicho numeral, entre ellas, la relacionada con la expedición de la regulación para el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En síntesis, sí existe el suficiente fundamento jurídico que le permita al Gobierno Nacional implementar un nuevo modelo en toda la operación del régimen subsidiado en salud a través de procesos electrónicos. Específicamente, aquél se encuentra contenido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en las Leyes 100 de 1993; 715 de 2001 y 1122 de 2007.

En la estructuración del nuevo modelo para la operación del régimen subsidiado en salud, no se evidencia una extralimitación de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, motivo por el cual no habría vulneración del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

El mecanismo de la contratación pública electrónica, encuentra igualmente asidero legal en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley 527 de 1999; los Documentos Conpes 3072 de 2000, 3186 de 2002 y 3249 de 2003; la Directiva Presidencial 02 de 2000; el Decreto 2170 de 2002; la Ley 962 de 2005 y la Ley 1150 de 2007.

No obstante todo lo anterior, en relación con las actividades que irán a desarrollar los Operadores de Información en el nuevo modelo, no existe suficiente claridad en la respectiva reglamentación anteriormente analizada, motivo por el cual resulta

necesaria la expedición de sendos actos administrativos que le brinden seguridad jurídica a toda la actividad que irán a desplegar los Operadores.

Si bien es cierto el Decreto 1965 de 2010 establece que las entidades territoriales podrán contar con los servicios técnicos para la consolidación de la información necesaria para la DGAS, a través de los operadores de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA y que dichos servicios se cofinanciarán con cargo a recursos de las interventorías y a los gastos administrativos de las EPS establecidos en la legislación vigente, también es cierto que aún existen vacíos relacionados con los siguientes aspectos:

- a. Operación de servicios técnicos por parte de los Operadores de Información;
- b. Fundamento jurídico para la asignación de entidades territoriales dentro de las cuales los Operadores de Información ejercerán sus funciones y competencias; y
- c. La reglamentación no señala con claridad cuál debe ser la herramienta jurídica a través de la cual se van a desarrollar las relaciones entre la entidad territorial y/o la EPS'S y los Operadores de Información. (Ej. Contrato de prestación de servicios, Convenio o cualquier otro tipo de Contrato).

Es claro que la Resolución 2030 de 2010 establece las características de las cláusulas del contrato electrónico entre la entidad territorial y todas las EPS de cada municipio, y el anexo técnico en ella contenido señala las cláusulas y los formatos electrónicos que permiten sistematizar la información de la entidad territorial, los afiliados de cada EPS y las fuentes de financiación para el régimen subsidiado, sin embargo aún faltan algunos aspectos operativos por definir dentro del modelo de contratación pública electrónica en el Régimen Subsidiado en Salud.

Consideramos que lo anterior resulta necesario en el entendido que estamos en presencia de recursos públicos, motivo por el cual, en virtud del principio de legalidad, cualquier destinación y/o utilización que de ellos se haga, debe quedar expresamente establecida y autorizada en la Constitución y en la Ley.

3.3 FUNCIONES DE LOS OPERADORES DE INFORMACIÓN DENTRO DEL ANTERIOR ESQUEMA.

Con el fin de brindar mayor claridad en todo el proceso relacionado con la contratación pública electrónica en el giro de recursos en el régimen subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a continuación nos permitiremos exponer en forma breve las funciones que cumplen los Operadores de información dentro de dicho modelo.

De acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de la Protección Social, por Operador de Información se entendía el conjunto de funciones que más adelante se enumerarán, las cuales serán asumidas por las entidades señaladas en el artículo 3º del Decreto 1931 de 2006, el cual modificó el artículo 4º del Decreto 1465 de 2005.

Allí se estableció que podían actuar como operadores de información en este esquema, las Administradoras del Sistema en forma conjunta, por sí o a través de sus agremiaciones o a través de las entidades de economía mixta de que trata el literal b) del artículo 15 de la Ley 797 de 2003.

En el caso de las agremiaciones, estas deberán contar con facultades expresas para representar a sus afiliados para este efecto. También las Administradoras

podrán contratarlas con terceros. En ambos casos se deberá garantizar que la operación cumpla con todas las especificaciones establecidas en el Decreto 1931 de 2006, lo cual constará en los Acuerdos o Convenios que se suscriban con dichos terceros.

También podrán prestar las funciones que más adelante se especificarán, las instituciones financieras directamente o contratarlas con terceros. En los Convenios que suscriban las instituciones financieras en su condición de Operadores de Información con las Administradoras, deberán señalar en forma expresa si tales funciones se cumplirán directamente o a través de un tercero, último evento en el cual se señalará expresamente que la institución financiera asume totalmente la responsabilidad por la actuación de dicho tercero.

En caso de que el Operador de Información actúe a través de este tercero, dispuso la norma, responderá en los términos del Decreto 1931 de 2006, ante los aportantes, los afiliados, las Administradoras y demás personas involucradas en el Sistema de la Protección Social. Si el tercero por él seleccionado incumple con las obligaciones, condiciones, requisitos y capacidad de interconexión y transferencia de información o de recursos que la operación requiere, en adición a las sanciones que se impondrán a las Administradoras, si incumplen con sus obligaciones respecto del recaudo de los aportes y de la información correspondiente.

El tercero contratado al que se refiere el decreto no podrá subcontratar o delegar las funciones esenciales de la operación del esquema, como son la recepción segura de la información por parte del aportante, la calidad, verificación, análisis y procesamiento de la información y la remisión segura y oportuna de la información a quien corresponda de acuerdo con lo establecido en el decreto.

De conformidad con lo establecido en los Decretos 1465 de 2005 y 1931 de 2006, para el normal desarrollo y ejecución del Sistema, los Operadores de Información cumplen las siguientes funciones:

- 1.** Suministrar al Aportante el acceso a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, por vía electrónica.

- 2.** Permitir al Aportante el ingreso de los conceptos detallados de pagos, así como su modificación o ajuste previo a su envío o su corrección posterior. El ingreso de la información detallada de los pagos se podrá realizar mediante la digitación de la información directamente en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes a la Seguridad Social o de la actualización de los datos del período anterior, si lo hubiere; o la captura de los datos de un archivo generado por el Aportante u otros.

- 3.** Aplicar las reglas de validación y generar los informes con las inconsistencias encontradas, para su ajuste o modificación previa a su envío, el cual se hará dentro de los términos establecidos en la ley, así como contar con una validación respecto de los elementos propios del pago y solicitar autorización para efectuar la transacción financiera.

- 4.** Generar los archivos de salida, los reportes e informes que se requieran para los actores del Sistema o para las autoridades.

- 5.** Almacenar durante un período de tiempo no inferior a tres (3) meses, el registro de identificación de Aportantes y la información histórica de la Planilla.

- 6.** Mantener la conexión con la(las) Institución(es) Financiera(s) y/o los Sistemas de Pago, que permitan al Aportante efectuar el débito a su cuenta y a las Administradoras recibir los créditos correspondientes.

- 7.** Suministrar a quien corresponda, oportunamente, la información necesaria para efectuar la distribución de los pagos.

- 8.** Realizar los procesos de conciliación y contingencias del proceso de intercambio de información.

- 9.** Cumplir con el estándar de seguridad ISO 17799, de manera que sus políticas y prácticas de seguridad se enmarquen dentro de dicha norma que garantiza la seguridad necesaria en el proceso de remisión y recepción de la información.

- 10.** Si ello se requiere, interactuar directamente con sistemas de pago electrónico, para efectuar la liquidación de los débitos a las cuentas de los Aportantes y de los créditos netos a las cuentas de los Administradores.

3.4 CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El 31 de Mayo de 2010, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1964 por el cual se reglamenta el contrato electrónico para el aseguramiento del régimen subsidiado.

Dentro de la motivación que tuvo el Gobierno Nacional para estructurar el nuevo modelo se señaló que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, el régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, se administra por parte de las entidades territoriales mediante la suscripción de los contratos de administración del régimen subsidiado que permitan afiliar la población beneficiaria del subsidio en salud.

En ese sentido, era necesario ajustar la regulación vigente para generar mayor eficiencia y agilidad en el cumplimiento de la anterior obligación simplificando sus trámites y procedimientos, los cuales debían incorporar herramientas tecnológicas que faciliten la ejecución de tales actividades conservando los elementos de seguridad e integralidad propios del comercio electrónico.

En atención a lo anterior, el Gobierno consideró necesario reglamentar el contrato electrónico del Régimen Subsidiado en Salud, el cual debe acompañarse con mecanismos que permitan consolidar la universalización de la afiliación al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con fundamento en lo anterior, el nuevo marco normativo tiene por objeto definir los lineamientos generales a los que deben ajustarse las Entidades Territoriales,

las Empresas Promotoras de Servicios de Salud del Régimen Subsidiado y los demás actores involucrados en la operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para la contratación de la administración de los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social de Salud, así como las directrices y los mecanismos que permitan consolidar la universalización de la afiliación al régimen subsidiado.

Así mismo, se definió el contrato electrónico para el aseguramiento del Régimen Subsidiado en Salud, como el acuerdo de voluntades entre la entidad territorial y las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, habilitadas en su respectiva jurisdicción, sobre las obligaciones propias de las dos partes en la administración y la operación en lo que corresponda, del Régimen Subsidiado de Salud.

De igual forma, el Gobierno Nacional dispuso que el contrato electrónico para la administración de recursos y el aseguramiento del régimen subsidiado es un contrato bilateral.

En ese orden de ideas, una de sus partes está constituida por una multiplicidad de sujetos y será suscrito mediante firma digital, de conformidad con los atributos legales establecidos para la validez de los documentos electrónicos emitida por una certificadora abierta autorizada para operar en Colombia.

A su turno, el contratante es la entidad territorial municipal y el contratista son las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, autorizadas para operar en la respectiva jurisdicción.

Igualmente, el Decreto 1964 de 2010 dispuso que en el evento en que la entidad territorial no cuente con firma digital, podrá enviar la carátula del contrato digitalizada, como constancia de su manifestación de voluntad y deberá certificar

dicha carátula y firma, en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de la norma, plazo en el cual deberá obtener la respectiva firma digital.

De otra parte, los contenidos, condiciones y elementos particulares que deben regir las relaciones entre las partes mencionadas, incluye además de las previsiones legales, entre otros los siguientes aspectos necesarios para poder garantizar el aseguramiento en salud:

- a.** La afiliación al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- b.** El acceso a la prestación del Plan de Beneficios a que tiene derecho cada afiliado al régimen subsidiado mediante la red de prestadores.
- c.** El manejo de la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, que refleje la afiliación y el manejo de las novedades.
- d.** El reconocimiento del valor de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, UPC-S por cada uno de los afiliados y aquellas que defina el Ministerio de la Protección Social y que se entenderán aceptadas irrevocablemente por quienes suscriban el contrato.

Para efectos probatorios bastará con la impresión de la carátula del contrato, y el Ministerio de la Protección Social dispondrá de los mecanismos para actuar como tercero de confianza y recibir la evidencia electrónica de los cruces de datos que contienen la manifestación de voluntad de las partes contratantes.

A su turno, el Ministerio de la Protección Social fijará los mecanismos necesarios para consolidar la universalización de la afiliación al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, dentro del modelo establecido, dichos mecanismos deberán incluir, entre otros, la asignación directa de usuarios a las EPS del régimen subsidiado y la afiliación única electrónica, sin perjuicio del ejercicio del derecho a la libre elección.

3.5 CONCLUSIONES.

a. La implementación de herramientas electrónicas en los procesos de contratación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, facilitará los procedimientos relacionados con la prestación del servicio público de salud y mejorará la gestión administrativa tanto de las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado como de las entidades territoriales.

b. La contratación electrónica, única por entidad territorial, con base en el número real de afiliados, debidamente registrados en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA, ofrece ventajas para la universalización de la afiliación en salud y la eficiencia de la gestión administrativa y financiera del régimen subsidiado.

c. El uso de las herramientas tecnológicas y electrónicas en los procesos de contratación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, contribuye a la universalización del sistema en la medida en que el funcionamiento de la operación se realiza contra la información registrada en la Base de Datos Única de

Afiliados, toda vez que, mediante este procedimiento, se pueden liberar recursos económicos que antes no eran utilizados por los Municipios.

d. Con el nuevo modelo, los recursos económicos ahora entrarán a formar parte de una bolsa común que permite a las entidades territoriales manejar de manera más eficiente y transparente la asignación de recursos y afiliados cuando se presenten retiros de las EPS en cada uno de los municipios.

e. Con la implementación de herramientas tecnológicas, se facilita la administración del régimen subsidiado y se disminuyen los costos de transacción en todas las entidades territoriales. Según cifras oficiales del Ministerio de la Protección Social, el Sistema General de Seguridad Social en Salud dejaría de administrar 19.939 contratos que se firmaron durante el año 2009 en todo el país, y pasaría a administrar tan sólo 1.102 contratos a partir de junio de 2010, es decir, uno por cada municipio.

f. La contratación pública electrónica en el régimen subsidiado en salud permitirá la adopción de nuevos mecanismos para el flujo ágil, transparente y efectivo de los recursos de dicho régimen, permitiendo establecer medidas de control a los actores que intervienen en el proceso.

g. Lo anterior, si se tiene en cuenta que con el nuevo modelo, las entidades territoriales, conservando su función de administrador y ordenador de los recursos del régimen subsidiado, elaborarán y suscribirán de forma electrónica, la Declaratoria de Giro de Aceptación de Saldos - DGAS, la cual deberá contener como mínimo los siguientes aspectos:

- Contenidos de la Base de Datos Única de Afiliados BDUA en cada jurisdicción

- Las EPS en las que se encuentran cada uno de los afiliados registrados y validados
- El valor de la UPC correspondiente a cada afiliado
- Las fuentes que financian y cofinancian el régimen subsidiado
- Los beneficiarios que la EPS reporta para el giro.

h. El nuevo modelo permite, en el caso de la universalización, que el FOSYGA pueda cumplir con la función de cierre de giro, lo cual significa que una vez validadas las fuentes de financiación locales que se nutren del sistema general de participaciones, si llegasen a faltar recursos, el FOSYGA los aporte con el fin de alcanzar la universalización de la afiliación.

i. En ese orden de ideas, una vez esté validado el giro, la cuenta maestra del Fondo Local de Salud de cada entidad territorial, gira los valores respectivos a las EPS y las IPS de cada municipio. En tal virtud, tanto las EPS como las IPS reciben al mismo tiempo los recursos que les corresponden, terminando con ello, las constantes demoras en los pagos a dichas entidades.

Sin lugar a dudas, éste mecanismo vislumbra la plena aplicabilidad del principio de equivalencia funcional, así como la invulnerabilidad de los principios de la función administrativa materializados en la prestación del servicio público de salud.

4. LA GLOBALIZACIÓN EN MATERIA DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES.

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), “La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de tecnología”¹¹⁸.

Por su parte, el Profesor Andrés PEDREÑO, señala que la globalización en sus aspectos económicos y políticos es un proceso en el que se unifican los mercados, sociedades y culturas a través de la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo¹¹⁹.

Igualmente, señala que la globalización es un conjunto de transformaciones sociales, económicas y políticas en los diferentes países que los acerca a un modelo de carácter global, que tiende hacia la progresiva eliminación de fronteras sociales, culturales, económicas y financieras a través de la integración de los mercados financieros mundiales¹²⁰.

¹¹⁸ Fondo Monetario Internacional <http://www.imf.org/external/spanish/index.htm>

¹¹⁹ PEDREÑO, Andrés, Economía de la globalización, Universidad de Alicante, España, 2006.

¹²⁰ *Ibidem*.

En sus aspectos tecnológicos, afirma que la globalización es un proceso que resulta del avance de la tecnología, las telecomunicaciones y el transporte, que se caracteriza por el acceso inmediato a la información y, potencialmente, al conocimiento, con una concepción de interconectividad vía Internet¹²¹.

Ahora bien, aplicando lo anterior a los procesos de contratación electrónica internacional, el Profesor UMAÑA CHAUX señala que no existe una definición estándar de lo que se entiende como contratación electrónica; se trata de un concepto amplio que abarca fenómenos diferentes. A pesar de lo anterior, define la contratación electrónica como todo proceso de formación de un contrato que involucre exclusivamente el uso de medios electrónicos. Un contrato electrónico será el resultado de dicho proceso, cuando se plasme exclusivamente en un medio electrónico¹²².

De acuerdo con la Profesora Sara FELDSTEIN, el advenimiento de Internet, un fenómeno que trasciende las fronteras entre los Estados, ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan entre otras, desde la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, los delitos, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria hasta la posibilidad de celebrar mediante esa modalidad tecnológica variadas transacciones internacionales¹²³.

El entorno de Internet ha provocado entre otras implicancias jurídicas, la aparición de una pugna entre quienes polemizan en torno de la legitimidad de los derechos

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² UMAÑA CHAUX, Andrés Felipe, *Contratación electrónica internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

¹²³ Sara, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ y SCOTTI: (2008) *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado, -riqueza, la de producción práctico-* Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2008c/435/

estadales de regular jurídicamente este espacio y el derecho de los usuarios de emplearlo a su libre albedrío. Ello implica cuestionarse, por un lado, sobre si el ciberespacio es o no un territorio sin dueño, un espacio sin ley, un lugar sin lugar, o si en cambio, la comunicación electrónica tiene la misma naturaleza y por ende está sujeta a los mismos límites legales que toda comunicación.

El comercio electrónico abarca actividades de banca electrónica, culturales, de salud, de viajes, de esparcimiento, de información, entre tantas otras, que permite mediante el empleo de una infraestructura electrónica a las más variadas personas, sean humanas o jurídicas, e inclusive a los propios gobiernos, organizaciones educativas, organizaciones no gubernamentales, entre tantas otras, celebrar contrataciones internacionales a una velocidad que permite que se cubra el globo en milésimas de segundos. Más aún, los usuarios no reparan en el cruce de fronteras, en los límites políticos de los derechos estadales y ello les sucede de forma inadvertida, casi imperceptiblemente.

La propia naturaleza del fenómeno, su intrínseca internacionalidad, clama por la intervención del Derecho Internacional Privado, una de las ramas del derecho que se presenta como la más comprometida, y por ende una de las más aptas para dar respuesta a algunos interrogantes, tales como la ley aplicable o la jurisdicción competente en esta delicada como relevante materia. En efecto, la invitación a los consumidores para realizar operaciones mediante un sitio web, aumenta considerablemente las probabilidades para que los tribunales extranjeros se consideren competentes, llamados a resolver las eventuales disputas ocasionadas en esa esfera, así como determinar la legislación aplicable a la relación jurídica pertinente, máxime que la mayor parte de las transacciones y operaciones realizadas en Internet son internacionales¹²⁴.

¹²⁴ *Ibidem*.

4.2 LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL¹²⁵ - GRUPO DE TRABAJO I – CONTRATACIÓN PÚBLICA.

De acuerdo con el documento elaborado por el Grupo de Trabajo I de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, denominado “Evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública”, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, denominada la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, así como la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, tienen por finalidad servir de modelo para que los Estados promulguen legislación en la materia y promuevan mecanismos que permitan instituir un proceso de contratación pública competitivo, transparente, justo, económico y eficaz.

En muchos Estados se ha promulgado legislación basada en gran parte de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y su utilización ha dado lugar a una armonización generalizada de las normas y los procedimientos de contratación pública¹²⁶.

En el informe sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, la Comisión apoyó firmemente la idea de incluir el tema de las normas sobre la contratación pública en su programa de trabajo, entre otras cosas, para que se examinaran las

¹²⁵ En Inglés, la UNCITRAL, United Nations Commission on International Law

¹²⁶ Naciones Unidas, Asamblea General. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación pública), Sexto período de sesiones, Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004, documento denominado “Evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

cuestiones y prácticas nuevas que habían surgido desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en 1994 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/58/17), párr. 229). La Comisión señaló, además, que la labor del Grupo de Trabajo debía centrarse en dos temas principales, que podían servir de punto de partida para revisar la Ley Modelo: en primer lugar, las cuestiones que plantea la contratación pública efectuada por medios electrónicos y, en segundo, las cuestiones que se han planteado durante la aplicación de la propia Ley Modelo¹²⁷.

La Comisión señaló que en el último decenio se han producido dos importantes acontecimientos tecnológicos que han modificado la forma en que se realiza la contratación pública: en primer lugar, se ha generalizado la utilización de medios electrónicos de comunicación y, en segundo, algunos Estados efectúan electrónicamente algunas etapas del proceso de contratación pública (por ejemplo, la presentación de ofertas de contrato u otros medios de adjudicación, se realizan en línea, utilizando comúnmente la Internet).

En ese sentido, la utilización de esos medios electrónicos de comunicación va en rápido aumento y se ha considerado en varias legislaciones nacionales y en convenios internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCA), y en relación con la labor de distintas entidades internacionales, como el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea.

¹²⁷ *Ibidem*.

En relación con la publicación electrónica de la información relacionada con la contratación pública, aquella permite difundir más ampliamente esa información que si se publicara en forma impresa como es tradicional, ya que es más accesible a un mayor número de proveedores.

En tal virtud, las entidades adjudicadoras pueden poner al alcance del público por Internet información de mejor calidad y en mayor cantidad que la que podrían transmitir por medios impresos, ya que por ese método podría considerarse que llega un mayor número de proveedores. Ahora bien, esas posibles ventajas suponen disponer de buscadores eficientes en Internet o de medios de notificar adecuadamente toda la información que se agregue. La notificación en sí exigiría a su vez que los proveedores se inscribieran en algún tipo de registro.

La publicación y la divulgación electrónicas suelen ser menos caras que la forma tradicional impresa, pero el costo que entrañaría la obligación de divulgar la información en medios impresos, además de hacerlo opcionalmente por vía electrónica, puede desalentar la utilización de la publicación electrónica. Este factor puede plantearse porque las ventajas de la publicación electrónica pueden quedar contrarrestadas por el aumento de los costos, sobre todo en las etapas iniciales de instalación de sistemas electrónicos, y porque si la información no estaba previamente archivada en computadora, habrá que ponerla en formato electrónico.

Así mismo, se suele pensar que la publicación electrónica es más eficaz cuando es obligatoria (es decir, cuando no se permite publicarla además en forma impresa). No obstante, los beneficios pueden ser considerables incluso cuando la publicación electrónica es opcional; además, la publicación electrónica obligatoria no siempre será el método adecuado.

Para tal efecto, en el documento se cita un ejemplo según el cual, la publicación electrónica obligatoria puede limitar el acceso a la información sobre un contrato si la infraestructura no es adecuada, si el acceso es técnicamente difícil, si con la divulgación electrónica se desplaza a medios impresos más accesibles y si la consulta no es gratuita, factores que pueden considerarse transitorios y limitarse a determinadas zonas geográficas, pero que en todo caso pueden constituir un problema importante.

Igualmente, se plantea un problema conexo porque es más difícil asegurar la equivalencia funcional de la información electrónicamente disponible y de los medios impresos ya que en el primer caso la información se puede actualizar de forma más o menos instantánea, pero en el segundo deben enviarse documentos a los proveedores (lo que, además, puede ser caro y llevar tiempo)¹²⁸.

4.3 LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, SEGÚN LA UNCITRAL.

De acuerdo con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a los Estados tal vez les interese asegurarse de que los contratos adjudicados electrónicamente conforme a su ordenamiento serán plenamente ejecutables, así como proteger los intereses correspondientes de sus proveedores. En la medida en que puedan ser objeto de reglamentación, sería conveniente que esas últimas cuestiones se rigieran por disposiciones específicas de los regímenes de contratación pública y no por otras leyes de los Estados.

¹²⁸ Ibidem.

Para tal efecto pueden plantearse cuatro importantes cuestiones normativas:

1) Si las normas relativas a la contratación pública deberían permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran las comunicaciones electrónicas previo consentimiento de los proveedores.

2) Si esas normas deberían permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que impusieran a los proveedores la utilización de comunicaciones electrónicas;

3) Si esas normas deberían imponer como condición que los proveedores exigieran a las entidades adjudicadoras que utilizaran comunicaciones electrónicas;

4) Si esas normas deberían imponer condiciones para la utilización de medios electrónicos a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de contratación pública, para impedir que los medios electrónicos escogidos dificulten el acceso a la información y para asegurar la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, así como la integridad de los datos¹²⁹.

4.4 EL RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA.

Con el fin de lograr la efectividad del tratado de Lisboa en lo relacionado con la libre movilidad de las personas, bienes, servicios y capitales; y con el fin de fortalecer el crecimiento económico; la no discriminación y la protección de un

¹²⁹ *Ibidem.*

mercado interno, los países miembros de la Unión Europea establecieron un régimen jurídico para la contratación pública.

El actual marco jurídico regulatorio comunitario, desarrollado en la Directiva 2004/18/CE expedida por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo el 31 de Marzo de 2004, conocida como la “clásica sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios”, permite establecer condiciones de igualdad con relación a la contratación pública en la Unión Europea, así como adelantar procesos de contratación comunitaria mediante el uso de herramientas electrónicas¹³⁰.

Esta norma comunitaria busca garantizar los principios de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Igualmente, busca asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de las obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, así como favorecer el mercado interno y el desarrollo de los procedimientos electrónicos.

En relación con los procedimientos electrónicos, la Directiva Clásica señala que un medio electrónico es un medio que utilice equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos y que se sirva de la

¹³⁰ Esta directiva también se aplica a países que no hacen parte de la Unión Europea, como es el caso de Chile, México y Suiza, entre otros, en atención a que se les extiende a ellos los efectos de esta norma comunitaria, en virtud de lo establecido en su artículo 5, que regula las condiciones relativas a los acuerdos celebrados en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

En efecto, en la adjudicación de contratos públicos por parte de los poderes adjudicadores, los Estados miembros aplicarán en sus relaciones condiciones tan favorables como las que concedan a los operadores económicos de terceros países en aplicación del Acuerdo sobre contratación pública celebrado en el marco de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (denominado en lo sucesivo el «Acuerdo»). Para tal fin, los Estados miembros se consultarán sobre las medidas que deban adoptarse en aplicación del Acuerdo, en el seno del Comité consultivo para los contratos públicos.

difusión, el envío y la recepción inalámbricos, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos¹³¹.

La Directiva «clásica» se aplica a los contratos públicos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado, sin IVA, sea igual o superior a los umbrales preestablecidos. Cada dos años, la Comisión comprobará estos umbrales y calculará con base en el valor diario medio del euro expresado en derechos especiales de giro (DEG). Esta media se calcula durante el periodo de veinticuatro meses que concluye el último día del mes de agosto que precede a la revisión que surte efecto el 1 de enero de cada año.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los siguientes contratos públicos:

- a. Los contratos públicos regulados por la Directiva «sectores especiales» y aquellos cuyo objeto sea la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones.
- b. Los contratos públicos declarados secretos o que afecten a los intereses esenciales de un Estado.
- c. Los contratos públicos celebrados en virtud de normas internacionales.
- d. Los contratos públicos relativos a los servicios siguientes: la adquisición o el arrendamiento de edificios ya existentes; la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión; los servicios de arbitraje y de conciliación; la compra, venta y transferencia de instrumentos financieros; los servicios prestados por los bancos centrales; los contratos de

¹³¹ Artículo 1º de la Directiva.

trabajo; los servicios de I+D que no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador o que no estén totalmente financiados por éste.

e. Los contratos públicos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo.

f. Las concesiones de servicios.

Por su parte, los poderes adjudicadores se basarán en los siguientes criterios para adjudicar los contratos públicos: i. el precio más bajo; ii. cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, en distintos criterios vinculados al objeto del contrato (la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, etc.).

Los contratos públicos cuyo importe supere los umbrales de la Directiva estarán sujetos a una obligación de información y transparencia a lo largo de todo el procedimiento. Dicha obligación se materializará en la publicación de anuncios de información redactados según los formularios normalizados de la Comisión. Existen diferentes tipos de anuncios:

a. Anuncio de información previa (facultativo). Tras el envío del anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa, el propio poder adjudicador publicará este anuncio en su «perfil de comprador» o lo enviará a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. La publicación de este anuncio será obligatoria cuando el poder adjudicador desee acortar los plazos de recepción de las ofertas.

b. Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa (obligatorio), si el anuncio de información previa sólo está publicado en el sitio web (perfil del comprador) del poder adjudicador.

c. Anuncio de licitación o anuncio de concurso (obligatorios). El propio poder adjudicador podrá publicar este anuncio en el ámbito nacional y deberá enviarlo para su publicación, que será gratuita. El anuncio se publicará en toda su extensión en una lengua oficial de la Unión, mientras que en las demás lenguas oficiales se traducirá un resumen.

d. Anuncio sobre los contratos adjudicados y sobre los resultados de los concursos (obligatorio).

Igualmente, el artículo 42 de la Directiva, relacionada con las comunicaciones, señala que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información a los que se refiere la norma, podrán hacerse, a elección de los poderes adjudicadores, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a las normas y principios allí establecidas.

Así mismo, los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general.

Para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y los dispositivos de recepción electrónica de las solicitudes de participación se aplicarán las normas siguientes:

a. La información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas. Además, los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas y de las solicitudes de participación deberán ser conformes con los requisitos contemplados en la Directiva.

b. Los Estados miembros podrán exigir que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una firma electrónica avanzada.

c. Los Estados miembros podrán crear o mantener regímenes voluntarios de acreditación encaminados a mejorar el nivel del servicio de certificación de dichos dispositivos.

d. Los licitadores o los candidatos se comprometerán a presentar los documentos, certificados, y declaraciones, en caso de que no estén disponibles en forma electrónica, antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas o de solicitudes de participación.

En cuanto hace referencia con el envío de las solicitudes de participación, deberán aplicarse las siguientes reglas:

a. Las solicitudes de participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos podrán hacerse por escrito o por teléfono.

b. Cuando las solicitudes de participación se hagan por teléfono, deberá remitirse una confirmación por escrito antes de que expire el plazo fijado para su recepción.

c. Los poderes adjudicadores podrán exigir que las solicitudes de participación enviadas por telefax sean confirmadas por correo o por medios electrónicos

cuando ello sea necesario para la prueba jurídica. Cualquier exigencia de este tipo, así como el plazo para su cumplimiento, deberá ser indicada por los poderes adjudicadores en el asunto de licitación.

4.4.1 El Sistema de Información sobre Contratos Públicos - SIMAP¹³²

El SIMAP es el Sistema de Información para la Contratación Pública Europea, el cual brinda acceso a la información más importante en materia de contratación pública en Europa.

Los anuncios de licitación se publican en el Suplemento al Diario Oficial disponible en el sitio Internet TED, que es la fuente oficial para los contratos públicos en Europa. Los poderes adjudicadores pueden publicar los anuncios de licitación en TED utilizando una herramienta en línea denominada — eNotices — que simplifica y acelera la preparación y la publicación de los anuncios de licitación. Otro medio de publicación es a través de los servicios eSenders, que consisten en organizaciones cualificadas para presentar los anuncios de licitación directamente a la Oficina de Publicaciones en formato XML.

Por su parte, la Plataforma de Contratación del Estado¹³³ es el instrumento que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pone a disposición de todos los órganos de contratación del sector público para dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones, y sus resultados, de acuerdo con el artículo 309 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

¹³² http://simap.europa.eu/index_es.htm

¹³³ <http://contrataciondelestado.es>

En su calidad de eSender certificado por el Servicio de Publicaciones, la Plataforma de Contratación del Estado permite realizar la remisión electrónica al Diario Oficial de la Unión Europea de los anuncios publicados en la misma.

Los anuncios enviados por los poderes adjudicadores a la Comisión podrán transmitirse por medios tradicionales o electrónicos. En el SIMAP se pueden encontrar modelos de formularios y precisiones sobre las modalidades de transmisión.

Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes sobre las decisiones adoptadas en relación con la adjudicación de un contrato, incluso en caso de renuncia. Respecto de todo contrato, elaborarán un informe escrito y detallado en el cual comunicarán:

- a. Las decisiones adoptadas, incluida la renuncia a adjudicar el contrato, previa petición del operador económico afectado.
- b. A todos los candidatos descartados, y las razones por las que se ha desestimado su oferta;
- c. A todos los licitadores que hayan presentado una oferta válida, las ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del operador económico elegido.

Los intercambios y el almacenamiento de información entre los diferentes agentes de un contrato garantizan la integridad de los datos y la confidencialidad. Los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas hasta que expire el plazo previsto para su presentación.

En ese orden de ideas, no cabe la menor duda que la utilización de medios electrónicos en forma no discriminatoria, permite acelerar los procedimientos de contratación estatal al interior de la Unión Europea. En el mismo sentido, los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas permiten utilizar la firma electrónica, garantizando la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de los datos, permitiendo, de contera, disminuir los posibles fraudes.

A su turno, las especificaciones técnicas definen las características requeridas de un material, un suministro o un servicio de manera que éstos respondan a la utilización para la que están destinados. Estas características incluirán los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción.

Los poderes adjudicadores formularán las especificaciones técnicas, bien por referencia a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental. La oferta del licitador será válida cuando éste consiga demostrar que su oferta respeta, de manera equivalente, las especificaciones técnicas formuladas. La presentación de un expediente técnico del fabricante o de un informe de pruebas de un organismo reconocido (laboratorio, organismo de inspección y de certificación) podrá constituir un medio de prueba adecuado.

En principio, las especificaciones técnicas no mencionarán una fabricación ni un procedimiento determinado ni harán referencia a ninguna marca, patente o producción específicas.

De otra parte, la legislación europea sobre contratación pública prevé las condiciones que se pueden exigir para participar en los contratos públicos. Estas condiciones pretenden verificar la aptitud de los operadores económicos para participar en un contrato sobre la base de criterios relativos a la capacidad económica y financiera, así como a los conocimientos o capacidades de carácter profesional y técnico.

Las condiciones de participación también están encaminadas a combatir con eficacia el fraude y la corrupción. En efecto, quedará excluido obligatoriamente de un contrato público cualquier operador económico condenado por haber participado en una organización delictiva o por corrupción, fraude o blanqueo de capitales. Los poderes adjudicadores podrán exigir a los licitadores cualquier documento que demuestre su moralidad o su situación económica. Al objeto de informarse, podrán dirigirse a las autoridades nacionales competentes o a las de otro Estado miembro.

Además de los contratos actuales, la base de datos TED permite acceder a los archivos de los últimos cinco años de la serie S en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea. Una única interfaz de búsqueda permite al usuario seleccionar o introducir criterios de búsqueda múltiples, incluidos datos geográficos, tipo de documento, naturaleza del contrato, palabras clave y de otro tipo¹³⁴.

Todos los concursos públicos que superen unos determinados valores contractuales deben ser publicados en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (serie S, Diario Oficial S o DO S) y en toda la Unión Europea. El importe de los contratos, a partir del cual el concurso debe ser publicado a nivel

¹³⁴ <http://ted.europa.eu/TED/browse/browseByBS.do>

comunitario está establecido en las directivas de la UE. La siguiente tabla informa acerca del tipo de contrato, el importe (umbral cuantitativo) y las correspondientes directivas de la UE aplicables.

4.4.2 Principio de equivalencia funcional en la contratación de la Unión Europea

En materia de intercambio de información, la nueva Directiva pone al mismo nivel los medios electrónicos y los tradicionales. Igualmente permite que los agentes del contrato elijan los medios de comunicación que van a utilizar durante los procedimientos. Cuando se utilicen medios electrónicos, el poder adjudicador podrá acortar los plazos de la siguiente manera:

- a. La publicación electrónica de un anuncio de información previa permite disminuir en siete (7) días el plazo de recepción de las ofertas en los procedimientos abiertos y restringidos. Lo mismo ocurre con la recepción de las solicitudes de participación cuando se trate de procedimientos negociados o de diálogo competitivo.
- b. Es posible una disminución adicional de cinco (5) días, en los procedimientos abiertos y restringidos cuando los documentos del contrato estén disponibles en Internet.

A su turno, los poderes adjudicadores podrán recurrir a la subasta electrónica para adjudicar un contrato, excepto en el caso de determinados contratos de servicios y obras que impliquen el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras. La subasta electrónica se basará:

- a. En el precio, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo;

b. En el precio o en el valor de los elementos de las ofertas, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

Por su parte, el pliego de condiciones incluirá la siguiente información:

1. Los elementos cuantificables (cifras o porcentajes) a los que se refiere la subasta y las diferencias mínimas que se exigirán para pujar; y 2. El desarrollo de la subasta y las especificaciones técnicas de conexión.

Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases.

Así mismo, se incluirá la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases, los participantes conocerán su clasificación respectiva con relación a los demás participantes, cuya identidad desconocerán.

La subasta electrónica finalizará en la fecha y a la hora fijadas previamente, cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, o cuando concluyan todas las fases de la subasta¹³⁵.

El régimen de la Unión Europea cuenta con un sistema centralizado de difusión y traducción de información al servicio de todos los Estados miembros, que debe utilizarse para todos los contratos objeto de reglamentación. Los anuncios

¹³⁵http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22009_es.htm

aparecen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que sólo se publica en forma electrónica (Internet y CD-ROM). Sin embargo, las entidades adjudicadoras pueden poner más anuncios en otras publicaciones y con frecuencia lo hacen en medios impresos o en otros medios electrónicos o mediante ambos medios¹³⁶.

De igual forma, conforme al régimen de la Unión Europea, las entidades deben publicar anuncios generales de oportunidades de contrato cuando sus adquisiciones de ciertas clases de productos y servicios sobrepasan una cantidad especificada, además de publicar con antelación un anuncio de los grandes proyectos de obras, aunque conforme a sus nuevas directivas ese requisito será opcional. (Las entidades que publican esa información pueden acortar los plazos en el caso de ciertos procedimientos de licitación.

En virtud de las nuevas directivas de la Unión Europea, las entidades sólo deberán publicar anuncios con antelación si desean aprovechar esos plazos más cortos; también se les permitirá que los publiquen en su propia página web, y no en el Diario Oficial. De igual forma, en otro instrumento internacional -el Acuerdo sobre Contratación Pública- no se establece la obligación de proporcionar más información, ni electrónicamente ni de otra forma, sin embargo, en la práctica muchas partes en el Acuerdo lo hacen¹³⁷.

Por su parte, la doctrina también se ha referido al futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea. Al respecto, el Profesor EMILIANO GARCÍA COSO señala que el desarrollo del comercio electrónico se ha convertido en el epicentro de las políticas nacionales, comunitarias e internacionales, y que la consideración del comercio electrónico

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

como objetivo regulador se centra en su valor como factor de crecimiento económico y competitivo de los sectores industriales vinculados al mismo. Así, el sector público europeo se encuentra actualmente en una encrucijada, enfrentándose a diversos retos económicos y sociales, a mutaciones institucionales y al profundo impacto de las nuevas tecnologías¹³⁸.

El respaldo político en el espacio europeo a la idea de crear, desarrollar y consolidar la administración electrónica en pro de tales retos surge con la denominada estrategia de Lisboa, en la cual se aprueba el Plan e Europa 2002, cuyos objetivos prioritarios en materia de administración electrónica se concretan en los siguientes ámbitos:

1. Duplicación de la penetración de Internet en los hogares
2. Renovación del marco de las telecomunicaciones
3. Disminución del precio del acceso a Internet
4. Conexión de casi todas las empresas y centros escolares
5. Europa cuenta con la red principal de investigación más rápida del mundo
6. Creación casi completa del marco jurídico del comercio electrónico.
7. Más servicios de la administración pública disponibles en línea
8. Aparición de una infraestructura de tarjeta inteligente
9. Adopción y recomendación en los Estados miembros de unas directrices sobre accesibilidad de la Web¹³⁹.

Los anteriores ámbitos de mejora en el contexto de la administración electrónica pretenden contribuir con uno de los objetivos fundamentales del Tratado de la Comunidad Europea, consistente en la consolidación del mercado único europeo,

¹³⁸ GARCÍA COSO, Emiliano. El futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

¹³⁹ *Ibíd.*

el cual se orienta a la eliminación de barreras legales, administrativas y económicas.

En ese sentido, los planes estructurados por la Comisión Europea y los Estados miembros relacionados con la administración pública electrónica incluyen, entre otros, los siguientes aspectos:

a. Conexiones de banda ancha para las administraciones públicas; b. Un marco de interoperabilidad para los servicios paneuropeos; c. Unos servicios públicos en línea modernos; d. Una administración electrónica; e. Unos servicios públicos interactivos y f. Contratación pública electrónica.

En síntesis, las distintas actuaciones emprendidas por la Unión Europea le han permitido implantar con carácter general la administración electrónica (*e – Government*), estableciendo las bases legales, técnicas y humanas para desarrollarlas.

Así mismo, la existencia efectiva de una contratación electrónica estatal depende ahora de la adaptación a los ordenamientos nacionales, razón por la cual resulta necesario que la Comisión Europea vigile activamente que los Estados miembros armonicen su normatividad sobre contratación pública en línea.

En tal virtud, la garantía de un mercado europeo transfronterizo de contratación electrónica estatal debe ser un objetivo prioritario para todos, en atención a los beneficios que su implementación implicaría.

Por ello, no debe olvidarse la importancia de que todos los Estados establecieran en sus leyes nacionales, los valores reflejados en las Directivas relativos a la

protección del medio ambiente, integración social, inserción profesional de colectivos desfavorecidos y defensa de la pequeña y mediana empresa.

En consecuencia, el núcleo de la contratación electrónica estatal radicaría en los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas y los medios de comunicación, los cuales garantizarían un adecuado desarrollo técnico armonizado a escala europea, con el fin de arbitrar un sistema igualitario y no discriminatorio en el acceso y participación transfronteriza en la contratación pública electrónica europea¹⁴⁰.

Específicamente, en España, de conformidad con lo establecido en la Ley 30 de 1992, que contiene el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en España, se establece un mandato para el impulso del empleo de los medios electrónicos en todas las administraciones públicas, el cual es considerado como la base legal para el desarrollo de la llamada administración electrónica.

Igualmente, se reconoce el derecho del ciudadano a relacionarse telemáticamente con las administraciones, siempre que se cumpla con los requisitos de compatibilidad de medios técnicos y respeto de las garantías del procedimiento.

Así mismo, en dicha normatividad se establecen límites al uso de estos medios al interior del procedimiento electrónico que permita garantizar la competencia del órgano y la aprobación y publicación de las aplicaciones y programas informáticos.

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico español señala la equiparación del documento administrativo electrónico al tradicional documento en papel, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de: a) Autenticidad (es decir, que se acredite

¹⁴⁰ *Ibidem*.

la autenticidad del firmante); b) Integridad (es decir, que se acredite la no alteración del documento); c) Conservación (es decir, que el documento perdure para garantizar su disponibilidad en cualquier momento) y en su caso, la recepción del mismo, es decir, el no rechazo en destino, especialmente relevante en materia de notificaciones y entrada y salida de documentos¹⁴¹.

En materia de contratación pública electrónica, de acuerdo con la información publicada en el portal oficial de la Unión Europea, la Comisión Europea ha dado un paso más para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas, en los contratos ofrecidos por el sector público en cualquier país de la UE; se trata de un paso esencial para hacer realidad el mercado único europeo. La Comisión cofinanciará un proyecto piloto, liderado por ocho países europeos, que creará las condiciones necesarias para conectar los sistemas nacionales de contratación pública electrónica ya existentes.

La simplificación de la contratación transfronteriza reducirá los gastos administrativos y de transacción y beneficiará al contribuyente, que en última instancia es quien paga las compras públicas. El proyecto invertirá más de 19 millones de euros a lo largo de tres años, de los cuales 9,8 millones procederán del Programa para la Innovación y la Competitividad de la Comisión Europea.

En ese orden de ideas, la contratación pública electrónica permite ya a las empresas presentar ofertas ante los compradores de más peso en la UE como son las administraciones públicas, al garantizar que sus sistemas puedan trabajar conjuntamente.

¹⁴¹ TINTÓ GIMBERNAT, Montserrat, La contratación pública electrónica en el derecho comunitario y español, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

De esta manera, los Estados miembros ayudan a las empresas europeas a obtener contratos públicos en cualquier país de la Unión Europea, con el fin de hacer realidad el mercado único europeo.

En efecto, los contratos públicos suponen más del 16 % del producto interno bruto (PIB) de la Unión Europea, sin embargo muchas empresas europeas, en particular las PYME, quedan al margen de este importante negocio a causa del exceso de trámites que exige la presentación de ofertas en relación con dichos contratos, en particular cuando se desarrollan en otro país.

Varios Estados miembros se han dado cuenta ya de la fuerte repercusión positiva de la contratación electrónica, que reduce los gastos administrativos y de transacción al eliminar las facturas y los pedidos por fax o por correo electrónico y reducir tanto el número de datos que hay que introducir manualmente como el tiempo que pasan las empresas haciendo cola, rellenando formularios y resolviendo los trámites. Mientras que la contratación electrónica está allanando el camino hacia una contratación pública cada vez más sencilla, abierta y transparente a nivel nacional, el reto persiste a nivel transfronterizo.

La Comisión Europea está trabajando con Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría e Italia, además de Noruega (en calidad de miembro del Espacio Económico Europeo), para hacer posible que las empresas de un país puedan presentarse a los contratos públicos de otro. El proyecto no sustituirá a los sistemas nacionales de contratación electrónica existentes, sino que más bien se apoyará en ellos, aplicando las tecnologías de la información y la comunicación para lograr que se comuniquen entre sí. De esta manera, por ejemplo, una

empresa checa o sueca podría presentar una oferta para obtener un contrato público en España o en Hungría con la misma facilidad que en su propio país.

Las ventajas no se limitarían al ahorro de dinero del contribuyente y a la simplificación de los procedimientos, toda vez que al conseguir la igualdad de condiciones para las PYME, que son la espina dorsal de la economía europea, la contratación pública transfronteriza puede impulsar la competitividad al poner en manos de las empresas unos instrumentos que les permitan acceder a la totalidad del mercado de servicios públicos europeo. En este momento, las PYME representan el 67 % de los puestos de trabajo en el sector empresarial y el 58 % del volumen de negocios de la UE, pero sólo se les adjudica el 42 % de los contratos públicos.

El fundamento del anterior proyecto se encuentra en el Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (PIC) de la Unión Europea, el cual tiene por objetivo el fomento de la competitividad de las empresas europeas. Uno de sus componentes, el Programa de Apoyo a la Política en materia de Tecnologías de la información y la comunicación (PAP TIC), se centra en el estímulo de la innovación y la competitividad a través de la utilización más amplia y el uso óptimo de las TIC por los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas.

El proyecto de contratación pública electrónica es un proyecto piloto a gran escala liderado por los países participantes el cual se centra en la prestación transfronteriza de servicios de TIC que están operando a nivel nacional, regional o local. Estos proyectos piloto tienen por objetivo la elaboración de unas especificaciones comunes que puedan ser ampliamente aceptadas y permitir que los distintos sistemas nacionales se comuniquen entre sí e interactúen a fin de que

los ciudadanos y las empresas puedan beneficiarse plenamente de las ventajas del mercado único.

Este proyecto piloto, denominado PEPOL (Pan European Public Procurement on-line o contratación pública paneuropea en línea), se centra en las actividades transfronterizas dentro del proceso de contratación. Se dará a todos los Estados miembros y demás partes interesadas, incluidos los organismos de normalización, la industria del software y las PYME, la posibilidad de seguir los trabajos e influir en la definición de las especificaciones a medida que se elaboren¹⁴².

En ese orden de ideas, la Comisión pondrá en marcha otro proyecto piloto a gran escala sobre la identidad electrónica, que permitirá a los ciudadanos de la UE utilizar su identificación electrónica y acceder a los servicios públicos con independencia del lugar de Europa en que se encuentren¹⁴³.

¹⁴² Para mayor información, pueden consultarse los siguientes enlaces:

Unión Europea: Política sobre contratación pública

europa.eu/pol/singl/index_es.htm

europa.eu/publicprocurement/index_es.htm

NUTS: Nomenclatura de unidades territoriales para estadísticas / Regiones Estadísticas de Europa

ec.europa.eu/eurostat/ramon/nuts/home_regions_en.html

Mercado único europeo: Contratación pública

ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm

CEN: El Comité Europeo de Normalización contribuye a los objetivos de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo con normas técnicas voluntarias que promueven el libre comercio, la seguridad de trabajadores y consumidores, la interoperabilidad de las redes, la protección medioambiental, la explotación de programas de investigación y desarrollo y la contratación pública.

www.cen.eu/cenorm/aboutus

Otros enlaces:

PLAN Network - Procurement Law Academic Network

¹⁴³ http://europa.eu/index_es.htm

4.5 LA EXPERIENCIA DEL BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y DEL BANCO MUNDIAL.

Algunos de los más importantes Bancos Mundiales plasmaron en el documento denominado “Adquisiciones Gubernamentales a través de Medios Electrónicos (e-GP)¹⁴⁴”, las principales experiencias y características del sector financiero en materia de contratación pública electrónica.

Allí se estableció expresamente que una solución e-GP se basa en la interoperabilidad en línea para realizar la relación entre compradores estatales y empresas, lo que permite que una estrategia de e-GP efectiva represente grandes beneficios para los contribuyentes, la economía y comunidad en general, lo cual se logra facilitando nuevos servicios de valor agregado y menor costo y una mayor transparencia y gobernanza para lograr un cambio en las prácticas laborales y abrir nuevas posibilidades en el mercado. Cambios que afectan la administración en todos los niveles de la cadena de suministro y potencialmente a todas las empresas que componen la economía, motivo por el cual dichos cambios deben estar respaldados por una legislación, infraestructura y capacitación sólida¹⁴⁵.

Así mismo, los Bancos Mundiales sostienen que los objetivos de una estrategia de e-GP pueden definirse en términos de beneficios internos sobre las operaciones gubernamentales y beneficios externos como el efecto de la expansión tecnológica sobre la economía en general. En el desarrollo de una solución e-GP, la administración institucional se concentrará en los beneficios internos aunque, a través de su rol de creador de políticas el gobierno tiene la oportunidad de proveer

¹⁴⁴ Documento preparado por el Grupo de Armonización en Adquisiciones a Través de Medios Electrónicos formado por el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, 2004.

¹⁴⁵ Banco Asiático de Desarrollo, del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, *Adquisiciones Gubernamentales a través de Medios Electrónicos (e-GP)*, 2004.

beneficios más amplios. El cumplimiento de estos objetivos beneficiará a una amplia gama de interesados, logrando una mayor transparencia para la comunidad, reducción de costos para los contribuyentes y activación tecnológica del sector privado¹⁴⁶.

En relación con los principios de eficiencia y efectividad, el Grupo de Armonización en Adquisiciones a Través de Medios Electrónicos formado por el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, señala que los beneficios que tiene la tecnología sobre la eficiencia y efectividad de los gobiernos reflejan, *inter alia*, el impacto de una solución e-GP en el costo de las transacciones y los resultados costo-efectivos.

En este aspecto, los beneficiarios son los contribuyentes y la comunidad en general. El impacto potencial que una solución e-GP tiene sobre el costo de las transacciones ha sido evaluado como un ahorro del 12% o superior, dependiendo de la metodología utilizada. Dicho ahorro está únicamente relacionado con los flujos de trabajo de los procesos gubernamentales. A otro nivel, existe clara evidencia de que el programa e-GP puede aumentar la competencia en el mercado, reduciendo como consecuencia los precios que paga el gobierno: la experiencia muestra que se puede producir un ahorro de entre el 5% al 25%, logrando los países en desarrollo el mayor porcentaje.

Actualmente, las más grandes organizaciones gubernamentales tienen un conocimiento limitado acerca del perfil de compras de su personal, qué compran, a quién compran y a dónde van dichas compras. Así, además de los beneficios anteriormente mencionados, una solución e-GP puede brindar beneficios significativos, aunque más difíciles de cuantificar, a través de una mejor información y un mejor análisis gerencial, sentando las bases para la innovación a

¹⁴⁶ *Ibidem*.

través de la selección de los proveedores, agregación de las adquisiciones y producción de servicios¹⁴⁷.

En relación con los objetivos fijados a través de las adquisiciones gubernamentales a través de medios electrónicos, con frecuencia los países en desarrollo se concentran en temas de gobernabilidad, mientras que el resto de los países están más interesados en las metas de efectividad y eficiencia. La mayoría de las jurisdicciones gubernamentales están interesadas en un tercer objetivo – el desarrollo comercial y económico. No obstante lo anterior, en algunos casos como en Corea, se va todavía más allá, y se considera la ampliación de la capacidad de creación de políticas, constituye también uno de los objetivos de e-GP.

Sin embargo, los tres objetivos son compatibles y pueden ser considerados simultáneamente. El costo sería aproximadamente el mismo, ya sea si se considerara uno, dos o los tres objetivos, ya que más que en la necesidad de recursos, el problema radica principalmente en el diseño, los estándares, las políticas y la administración¹⁴⁸.

Así mismo, en el documento se recalca que el desarrollo de una estrategia de implementación de e-GP incluye los siguientes cinco elementos diferentes:

1. Gobierno y liderazgo institucional
2. Funcionalidad y estándares
3. Infraestructura y servicios web
4. Activación del sector privado y,
5. Administración, legislación, regulación y políticas

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

En consecuencia, los países en desarrollo están cada vez más conscientes de la importancia estratégica de las nuevas tecnologías de información y comunicaciones y continúan preparando programas para promover su implantación y puesta en marcha.

En ese sentido, las posibilidades de desarrollo acelerado, fortalecimiento de la gobernanza y provisión de servicios que anteriormente eran de difícil acceso, son elementos esenciales por la gran cantidad de recursos que se están asignando para su implementación. Por ello, esta premisa es correcta: las tecnologías ofrecen nuevas posibilidades, limitadas únicamente por la velocidad del cambio y la imaginación. Además, el costo de la tecnología es atractivo con relación a la infraestructura tradicional¹⁴⁹.

4.6 EL EJEMPLO DE CHILE

Uno de los países más avanzados en Latinoamérica en todo lo relacionado con procesos de contratación pública electrónica es Chile.

Dentro de las estrategias adelantadas por Chile se implementó la denominada “ChileCompra” con el fin de crear un sistema de compras públicas en forma electrónica.

La Dirección “ChileCompra” es un Servicio Público descentralizado, dependiente del Ministerio de Hacienda, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, el cual fue creado con la Ley de Compras Públicas N° 19.886, y

¹⁴⁹ Banco Asiático de Desarrollo, del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, *Adquisiciones Gubernamentales a través de Medios Electrónicos (e-GP)*, 2004.

comenzó a operar formalmente el 29 de agosto de 2003. De esta forma, se creó un sistema más transparente y eficiente, con un sólido marco regulatorio único, basado en la gratuidad, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación.

Este mercado virtual replicó el mercado real permitiendo en su primera versión entre el año 2003 y 2004 la incorporación de todos los organismos y ministerios del gobierno central, hospitales y servicios de salud. Con la segunda versión de la plataforma www.chilecompra.cl en el año 2004 se consolidó el motor transaccional y se incorporaron la totalidad de los municipios; en enero de 2005 se incorporaron las ramas las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

De acuerdo con la información contenida en el Portal Web, paralelamente se incrementó en forma exponencial los proveedores inscritos en el sistema. Con el objeto de fortalecer los servicios de la Dirección de Compras y Contratación Pública y diferenciarla de la plataforma de licitaciones del Estado, se instaló en el año 2008 una nueva marca 'Dirección ChileCompra' que alberga y reúne una serie de plataformas y servicios.

En este contexto, se lanzó una nueva plataforma transaccional donde los organismos del Estado realizan sus adquisiciones de bienes y servicios, www.mercadopublico.cl; se lanzó la tienda virtual www.chilecompralibros.cl, se potenció la tienda virtual ChileCompra Express, el registro de proveedores www.chileproveedores.cl, la red territorial con sus Centros de Emprendimiento, los servicios de capacitación y soporte, entre otros.

Actualmente el Mercado Público en operación satisface las necesidades de más de 850 organismos públicos, con la participación activa de más de 90.000 proveedores a lo largo del país, que permiten transacciones por más de US\$ 6.000 millones, generando ahorros para el Estado por cerca de US\$ 180 millones

y permitiendo una mayor transparencia, eficiencia y acceso a este mercado a todos los interesados¹⁵⁰.

De acuerdo con el citado documento, los principales proyectos desarrollados en el Año 2009 por ChileCompra fueron los siguientes:

1. Expansión de Red de Centros de Emprendimiento: Estos centros atienden a los empresarios que requieren apoyo para introducirse al mercado de las compras públicas. A fines del 2009 la red cuenta con 30 centros en todo el país, un aumento significativo si se considera que el 2008 la red contaba con sólo 19 centros. Adicionalmente, se estandarizó el modelo operacional y se implementó un sistema de control de gestión que permite gestionar esta red de manera eficiente.

2. Mercado Público orientado a usuarios: Se implementó un laboratorio de usabilidad que permite el desarrollo de funcionalidades del mercado a partir de la experiencia real de los compradores y proveedores. Esto es lo que ha permitido, entre otras cosas, el incremento constante de los niveles de satisfacción.

3. ChileCompra Libros: El año 2009 comenzó a operar la tienda electrónica especializada ChileCompra Libros, www.chilecompralibros.cl, la cual registró durante su primer año de operación transacciones por US\$ 50 millones, lo que equivale a la adquisición de cerca de 12.000.000 de libros¹⁵¹.

¹⁵⁰ Documento "Balance Gestión 2009 y Plan Estratégico 2010 – 2012, Dirección ChileCompra www.chilecompra.cl

¹⁵¹ ChileCompra Libros se concentra en los requerimientos de libros, videos, música y suscripciones a diarios y revistas de los servicios públicos. Sus principales usuarios son el Ministerio de Educación, la JUNAEB, la DIBAM, el Consejo de la Cultura, los municipios y los colegios públicos del país.

4. Directorio Empresarial: Este directorio, puesto en marcha el 2009, es un complemento de ChileProveedores y ofrece a las casi 40.000 empresas inscritas la posibilidad de ser consultadas por cualquier organización pública o privada de Chile o del extranjero. Este directorio permite a las empresas publicar catálogos electrónicos, certificados, información de socios y sociedades, avisos de negocios y en general un completo curriculum empresarial.

5. Implementación de Confirming: A fines del 2009 comenzó a operar el sistema de Confirming. Este sistema permite que los proveedores del Estado adelanten sus pagos y de esta forma accedan a capital de trabajo a precios muy convenientes. Este sistema, que se materializará en una plataforma informática integrada, involucra a instituciones financieras, el mercado público, con sus proveedores y compradores del Estado.

6. Acreditación y formación de compradores: Durante el año se acreditaron un total de 3.745 usuarios compradores, totalizando a fines del 2009 8.141 funcionarios públicos, entre encargados de abastecimiento, abogados y auditores, acreditados en sus competencias en gestión de abastecimiento, lo cual garantiza un mejor cumplimiento de la normativa de compras públicas y uso de las herramientas que pone a disposición la Dirección ChileCompra para aumentar los niveles de transparencia, eficiencia y acceso al mercado público.

7. Nueva Tienda ChileCompra Express: Se realizó una completa renovación de la tienda electrónica ChileCompra Express, de manera de entregar mejor información y sistemas de búsqueda de productos. La nueva tienda reduce en un 30% los clics necesarios para la compra de productos frecuentes.

8. Refuerzo Seguridad Plataforma: La seguridad de la plataforma www.mercadopublico.cl se basa en el British Standard 17779. Durante el 2009 se

trabajó para lograr nivel 2 según esta norma. Este trabajo se reforzará durante el año 2010, ya que se trabajará en el proceso para la certificación según la norma ISO 27001 de seguridad en tecnología.

9. Introducción de Conceptos de Compras Sustentables: Para realizar compras públicas sustentables se debe considerar simultáneamente el costo de los productos, como el impacto que la producción y uso de éstos generan al medio ambiente y la equidad social¹⁵².

A su turno, la Ley de Compras Públicas No. 19.886 de 2003 y su reglamento contenido en el Decreto 250 de 2004, establecen que los organismo del Estado deben consultar las tiendas virtuales que administra ChileCompra como ChileCompra Express y ChileCompra Libros¹⁵³, antes de llevar a cabo cualquier modalidad de licitación. Por tanto, las tiendas de convenios marco son la primera opción de compra de las entidades del Estado.

Estas tiendas ofrecen precios competitivos y condiciones comerciales ventajosas para la compra y contratación de bienes y servicios. De esta manera, el comprador público puede emitir directamente la orden de compra a uno o más proveedores incluidos en las tiendas.

De conformidad con el ordenamiento jurídico chileno, sólo los compradores del Estado están autorizados a adquirir productos y servicios en las tiendas virtuales de ChileCompra. Previo a ello, deben ingresar a través de la plataforma de

¹⁵² Con el objeto de avanzar en la implementación de una política en este ámbito, se estableció un Consejo de Compras Sustentables que reúne a representantes del sector público, del sector privado y del mundo académico y que ha analizado el documento inicial de una Política de Compras Públicas Sustentables.

¹⁵³ <http://www.chilecompralibros.cl/>

licitaciones del Estado <http://www.mercadopublico.cl/> con su nombre de usuario y clave.

La Dirección ChileCompra efectúa periódicamente licitaciones públicas de Convenios Marco abiertas a proveedores de todos los tamaños y cobertura, las cuales se definen de acuerdo con los productos y servicios de uso más frecuente por parte de los Organismos Públicos.

Para participar en licitaciones de convenio marco las personas deben inscribirse en <http://www.mercadopublico.cl/> e, idealmente, en <http://www.chileproveedores.cl/>

Posteriormente debe verificar los rubros en que está inscrito y los llamados en el escritorio de proveedor de <http://www.mercadopublico.cl/>, en el boletín ChileCompra Express, en la sección noticias de www.chilecompra.cl, y en prensa escrita nacional.

Si el usuario desea realizar una búsqueda de licitaciones de Convenios Marco puede ingresar en el buscador de la página de inicio de <http://www.mercadopublico.cl/>, seleccionar por organismo público, ingresar la palabra 'compras', y seleccionar Dirección de Compras y Contratación Pública.

La Dirección ChileCompra efectúa periódicamente licitaciones públicas de Convenios Marco, las cuales se definen de acuerdo con los productos y servicios de uso más frecuente por parte de los Organismos Públicos.

De acuerdo con la información suministrada por el portal, todas las empresas y proveedores, sin importar su tamaño ni región, pueden participar en licitaciones de convenio marco, dado que éstos pueden ser adjudicados a varios proveedores para un mismo producto o servicio.

En ese sentido, las tiendas de convenios marco permiten:

- a. Ahorros en precios y rapidez en la compra.
- b. La incorporación de productos nuevos a petición expresa
- c. Solicitud de ofertas especiales y grandes compras
- d. Establecer acuerdos complementarios

- f. El cobro de multas por atraso en entregas

Actualmente, diferentes especialistas de la Dirección ChileCompra analizan los rubros, montos y cantidades requeridas en todo el Estado chileno. Así deciden de manera precisa cuáles son los productos y servicios que se requiere incorporar a los convenios marco y convocan a las distintas industrias a participar de las licitaciones de estos convenios.

Los convenios marco operan a través de dos tiendas virtuales: En primer lugar, ChileCompra Express, que contiene casi 120 mil productos y/o servicios en 52 convenios vigentes, con la participación de mil 311 proveedores.

En segundo lugar, ChileCompra Libros incorpora a 78 proveedores de los rubros de libros, música, películas, documentales, periódicos, diarios y revistas que ofrecen precios con atractivos descuentos y con cobertura nacional, y es principalmente utilizada por el sistema educacional chileno.

Dentro del anterior contexto, podemos resaltar que la dirección ChileCompra ha sido desde sus inicios pionera en el comercio electrónico. Con la creación del Mercado Público, el encuentro entre la demanda por productos y servicios de parte del Estado y la oferta de los proveedores privados se realiza en igualdad de condiciones y a través de toda la geografía nacional.

En tal virtud, un proveedor de un extremo del país puede sin dificultad responder a los requerimientos de un organismo público del otro extremo.

Junto con MercadoPublico.cl, la plataforma de comercio electrónico más grande del país, la Dirección ChileCompra ofrece útiles aplicaciones disponibles para todos sus usuarios.

A través de éstas, los compradores pueden realizar consultas en línea al mercado, con el fin de recopilar información que sirva para definir de la mejor manera posible sus requerimientos en los siguientes escenarios:

Mercado Público.cl: La Plataforma de Licitaciones de ChileCompra.

Analiza.mercadopublico.cl: La Plataforma de Inteligencia de Negocios de ChileCompra.

ChileCompra Express: Tienda Virtual de productos y servicios de uso común pre licitados a través de licitaciones públicas de convenios marco.

ChileCompra Libros: Tienda Virtual de libros, material audiovisual, suscripciones y cultura, fruto de una licitación pública de convenio marco.

Compras Sustentables: Sitio que informa acerca de la política de compras públicas sustentables del Estado de Chile y cómo se incorporan criterios sustentables en las adquisiciones del Estado.

Yo Elijo mi PC: Tienda Virtual que permitió a 60.000 alumnos destacados, acceder a un PC en el año 2010.

Los proveedores, por su parte, podrán darse a conocer a través del registro nacional de proveedores, www.chileproveedores.cl, y participar de un club de emprendedores habilitados para hacer negocios con el Estado, mantener la información de su empresa perfectamente actualizada y digitalizada, y abrirse al mundo del comercio electrónico más allá de los compradores públicos.

Complementando su plataforma transaccional, las tiendas virtuales ChileCompra Express y ChileCompra Libros facilitan la labor de los compradores del Estado, suministrando los productos y servicios de mayor demanda a sólo unos pocos clics de distancia, a precios convenientes y condiciones comerciales ventajosas.

Mercado Público

De otra parte, MercadoPublico.cl es la plataforma de Licitaciones de ChileCompra, en donde se crea un espacio de oferta y demanda con reglas y herramientas comunes, administrado por la Dirección ChileCompra.

En esta plaza de negocios se transarán todos los bienes y servicios de la gran mayoría de las entidades públicas y los contratos públicos derivados de las transacciones que se producirán en este Mercado Público. En ese sentido, es el mercado electrónico más grande del país que hace más transparente y eficiente la contratación entre compradores y proveedores del Estado.

Cuenta con funcionalidades que permiten la publicación y búsqueda de oportunidades de negocio en el Estado, junto a diversos formularios que soportan cada uno de los pasos de un proceso licitatorio. Entre otras funcionalidades se encuentran:

- a. Elaboración de términos de referencia.
- b. Preguntas y aclaraciones.

- c. Elaboración y gestión de ofertas.
- d. Suscripción de órdenes de compra y contratos.
- e. Calificaciones y reclamos.

De acuerdo con la información contenida en el portal, en MercadoPublico.cl hay actualmente 360 mil proveedores inscritos de los cuales 90 mil participan activamente. Durante el 2009 se transaron aproximadamente 6 mil 200 millones de dólares.

En la plataforma MercadoPublico.cl se transan productos y servicios requeridos por los organismos públicos y es la plataforma donde los proveedores del Estado pueden ofertar a las diferentes licitaciones que se disponen

Así mismo, en Chile existe la plataforma de Inteligencia de Negocios de ChileCompra o de Business Intelligence, denominada ANALIZA, resultado de una iniciativa inédita que recientemente puso la Dirección ChileCompra a disposición de la comunidad en general -de forma gratuita y a un clic de distancia- en mayo del 2010.

En esta plataforma se concentra toda la información referida a las compras de los organismos del Estado que utilizan la plataforma de licitaciones de ChileCompra.

ANALIZA está especialmente diseñada para las empresas que no tienen la capacidad de instalar estos sistemas por cuenta propia. Se trata de una instancia única en Chile, donde toda la comunidad interesada, y los emprendedores en particular, podrán trabajar con más y mejor información sobre la mesa al momento de elegir dónde y cómo hacer negocios con el Estado, optimizando el uso de sus recursos y compenetrándose mejor con la dinámica de las compras públicas. Una de las principales innovaciones es la que se refiere a la posibilidad de realizar

consultas sencillas utilizando cubos OLAP; herramienta multidimensional de análisis de datos que permite cruzar varias métricas. El cubo entrega una vista de datos a un alto nivel, como la cantidad de oportunidades de negocios por región o la cantidad de ofertas recibidas en una licitación. Los datos se pueden ver en un formato de planilla de cálculo (Excel) o en forma gráfica, de acuerdo a las necesidades de quien realice la consulta.

Además, permite explorar la información de los millones de registros de las compras públicas en función de los intereses del que recorre los datos; es decir, las empresas pueden construir indicadores adecuados a sus necesidades y estrategias.

Por ejemplo, se pueden armar indicadores de licitaciones por región o por organismos compradores, con un acabado nivel de detalle respecto de rubros específicos. Y si la información regional resulta insuficiente, se pueden efectuar búsquedas por comuna o quizás ver qué ocurre con el mismo rubro en una región cercana.

Igualmente, ChileCompraExpress es la tienda electrónica de ChileCompra y la más grande del país donde se transan los productos que han sido licitados por Convenio Marco.

La Dirección de Compras y Contratación Pública llama a licitación en ciertos rubros de uso masivo y transversal a participar en licitaciones públicas llamadas 'convenios marco'.

Los productos y servicios son incorporados en una tienda virtual, ChileCompraExpress, le permite a los organismos del Estado comprar directamente.

Las licitaciones de convenios marco se definen de acuerdo con un análisis donde se determinan los productos y servicios de uso más frecuente en los Organismos Públicos y/o por sus altos volúmenes de transacciones.

Actualmente, Chilecompra Express contiene 118 mil 664 productos y/o servicios en los 52 convenios marco vigentes, con la participación de mil 311 proveedores.

Dicho esquema generó transacciones durante el año 2009 por más de 932 millones de dólares y 395 mil 365 órdenes de compra; así mismo durante el primer trimestre del año 2010 se realizaron transacciones por cerca de 279 millones de dólares y 75 mil 470 órdenes de compra.

La operación del Mercado de Compras Públicas de Chile, ChileCompra, se basa en un sistema transparente y eficiente que funciona con un sólido marco regulatorio único, basado en la gratuidad, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación, cuyo fundamento jurídico se encuentra contenido en la Ley N°19.886 o Ley de Compras Públicas, en su Reglamento y en las políticas y condiciones de uso de la plataforma y directivas de contratación).

En términos prácticos, sus lineamientos básicos establecen:

- a. Mercado Abierto: Único para la administración del Estado (salvo obras), con igualdad de oportunidades, sin restricciones de acceso.
- b. Licitación Pública: Regla general para la contratación.
- c. Tiendas de Convenios Marco: Primera opción de compra
- d. Mercado electrónico: Participación obligatoria de los compradores públicos. Al ser transaccional y operar sobre Internet, permite el encuentro de la demanda del Estado con la oferta de los privados sin costos de acceso.
- e. Sistema de Control e Impugnación: Contrapesos autónomos.

f. Autonomía y responsabilidad: Los agentes -entidades públicas y proveedores- son autónomos y responsables de sus acciones y decisiones.

Igualmente, Chile tiene estructurada su plataforma ChileProveedores, que consiste en el registro electrónico de proveedores del Estado, soportado en una plataforma tecnológica de última generación, que reúne toda la información y documentos relevantes de las empresas que participan en las licitaciones estatales.

El registro incluye información de las empresas, sus productos, servicios, proyectos y certificaciones. Adicionalmente, contiene la información comercial, legal y financiera, que permite acreditar que la empresa cumple con los requisitos para contratar con Entidades Públicas.

ChileProveedores cuenta además con un Directorio de Empresas, que tiene por objeto facilitar la difusión de las empresas proveedoras del Estado a través de la Web y promover la realización de negocios entre ellas¹⁵⁴.

En síntesis, y de conformidad con lo anteriormente expuesto, Chile es uno de los Estados que ha implementado en forma exitosa muy buenos y modernos procesos de compras públicas de la administración a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Fuente de consulta: <http://www.mercadopublico.cl/> y <http://www.chileproveedores.cl/>

¹⁵⁵ En igual sentido puede analizarse la experiencia en Estados como Brasil, Bolivia, Argentina, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Venezuela. Para profundizar en la normatividad estructurada en dichos Estados, puede consultarse la página oficial de cada uno de dichos Países.

4.7. EL CASO DE BRASIL

El Portal de Compras del Gobierno Federal “COMPRASNET” es un sitio web establecido por el Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, para poner a disposición de las empresas, información relacionada con las licitaciones y contratos realizados por el Gobierno Federal, mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Se trata de un módulo del Sistema Integrado de Administración de Servicios Generales - SIASG, compuesto actualmente por varios subsistemas con tareas específicas dirigidas a la modernización de los procesos administrativos de los miembros de las agencias federales del Sistema de Servicios Generales - SISG.

En la dirección www.comprasnet.gov.br se pueden encontrar los anuncios correspondientes a las diferentes licitaciones de los contratos que pretende celebrar la Administración, así como el proceso de aplicación de la adquisición a través de la subasta y otras informaciones referentes a las negociaciones por parte del Gobierno Federal, organismos autónomos y fundaciones.

El portal COMPRASNET también proporciona acceso a la legislación que rige el proceso de servicios generales y adquisiciones, así como a diversas publicaciones sobre este tema. En el portal, los proveedores pueden tener acceso a diversos servicios, tales como: la solicitud de inscripción en el registro de proveedores del Estado; la obtención de las ofertas; la participación en los procesos electrónicos de adquisición de bienes y contratación de servicios y muchos otros.

4.7.1 Servicios del Gobierno

Después de habilitar el Sistema Integrado para la Administración de Servicios Generales - SIASG, los usuarios de la Administración Pública Federal tendrán la opción de acceder a diferentes productos y servicios, así como a la información relacionada con éstos.

A manera de ejemplo, después de realizar la inscripción en COMPRASNET, todos los proveedores en forma automática tendrán a su disposición los siguientes servicios:

a. Descargar el catálogo de materiales y servicios: Permite que el proveedor pueda descargar y adquirir el catálogo en línea de suministro de materiales y servicios registrados en el SICAF.

b. Descargar edictos: Permite que el proveedor pueda adquirir, descargar y buscar todos los avisos que están disponibles en el sitio web.

c. Las listas nominales de consulta: Sirve como una guía importante a las opciones de compras para el Gobierno, toda vez que proporcionan una lista de sus proveedores registrados en el SICAF.

Luego de realizar de realizar el registro en COMPRASNET y entrar en el acceso seguro, las personas pueden elegir los siguientes servicios:

a. Consulta SICAF Estado: Le permite al proveedor comprobar su posición en el Registro de Proveedores del Sistema.

b. Licitación electrónica: Informa acerca de los procesos de subastas

electrónicas que están disponibles en el sitio, y permite el envío de las propuestas por parte de los oferentes, participando en reuniones públicas y virtuales.

c. Cotizaciones Electrónicas: Informa las cotizaciones electrónicas que están disponibles en el sitio, permitiendo a los proveedores enviar sus propuestas y ofertas.

d. Actualizar la información del registro del SICAF: Le permite al proveedor actualizar la información registrada en el SICAF relacionada con el nombre de la empresa, dirección, teléfono y correo electrónico, entre otros aspectos.

e. Avisos de Licitaciones y Cotizaciones por e-mail: Esta función permite enviarle a los proveedores, a través del correo electrónico, avisos de subastas de ofertas y las regiones de interés.

f. Los avisos de vencimiento de los Certificados: Esta función enviará a los proveedores, a través de avisos por correo electrónico, información acerca del vencimiento de sus certificados en el SICAF.

Así mismo, el portal permite a los proveedores efectuar la preinscripción en el SICAF, lo que acelera su inscripción como proveedor del Gobierno Federal y tener acceso a la siguiente información:

a. Extracto del contrato: puede consultar los extractos de los contratos celebrados entre el Gobierno Federal y sus proveedores.

b. Resultado de las ofertas: permite el acceso a los resultados del proceso de compras del Gobierno Federal, cualquiera que sea su forma, verificando si le empresa resultó favorecida en algún proceso de contratación.

c. CRC (Certificado de Registro de SICAF): permite la emisión del Certificado de Registro de inscripción de los proveedores inscritos en el Registro de Proveedores del Gobierno Federal Unificado - SICAF, indicando la fecha de vencimiento de los mismos;

d. Líneas del suministro: Contiene información acerca de las líneas de suministro de materiales y servicios utilizados por el Gobierno Federal para adquirir sus bienes y servicios

e. Las ofertas: Allí se pueden consultar los extractos de las ofertas que se están produciendo.

f. Certificado de Liquidación: le permite vincular el acceso a los servicios en línea para los títulos de la deuda con la Unión.

g. Unidad Administrativa de Servicios Generales: muestra los códigos y los órganos de la SIASG, al igual que los usuarios.

Por su parte, mediante el sistema de cotizaciones electrónicas, una vez se hayan registrado en el portal Comprasnet, los proveedores pueden enviar sus propuestas y ofertas.

En relación con el principio de equivalencia funcional, de conformidad con lo establecido en la Ley 9.784 de 1999, por medio de la cual se regula el procedimiento administrativo en la Administración Pública Federal, los actos administrativos pueden revestir cualquier forma. En ese sentido, el modelo normativo estructurado en Brasil señala la existencia del principio de equivalencia con los documentos en papel que lleven la respectiva firma digital.

La misma normatividad establece que la notificación puede realizarse por conocimiento del proceso, por vía postal con aviso de recibo, por telegrama o mediante el uso de otro medio que brinde certeza sobre el conocimiento del interesado, motivo por el cual, dicho ordenamiento jurídico deja abierta la posibilidad para que, en virtud del principio de equivalencia funcional, los actos administrativos puedan notificarse e través de medios electrónicos, produciendo los mismo efectos probatorios.

4.8 CONCLUSIONES.

a. Entendida la globalización como el conjunto de transformaciones sociales, económicas y políticas que en forma continua se han venido produciendo en los diferentes países, lo cual ha generado la estructuración de un modelo global y generalizado, no cabe duda que la implementación de herramientas tecnológicas por parte de los Estados en el desarrollo y ejecución de sus actividades industriales y comerciales, así como en la prestación de servicios públicos, facilita enormemente su inclusión en los mercados internacionales, permitiendo la progresiva eliminación de fronteras sociales, culturales, económicas y financieras a través de la integración de los mercados financieros en todo el mundo.

b. La globalización aplicada a las herramientas tecnológicas, se evidencia en el acceso a la información y el conocimiento mediante la utilización de procesos de interconectividad a través de la Internet, lo cual permite el avance de las comunicaciones, así como la eficiencia en el transporte aéreo, marítimo y terrestre

c. Actualmente, gracias a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, denominada la “Ley Modelo de la CNUDMI

sobre la Contratación Pública, se ha logrado estructurar un modelo para que los Estados promulguen su legislación en la materia y promuevan mecanismos que permitan instituir un proceso de contratación pública competitivo, transparente, justo, económico y eficaz.

d. En ese contexto, hoy en día los acontecimientos tecnológicos han modificado la forma en que se realiza la contratación pública, toda vez que se ha generalizado la utilización de medios electrónicos de comunicación y, adicionalmente, muchos Estados efectúan en forma electrónica algunas etapas del proceso de contratación pública, entre las que se destacan la presentación de ofertas de contrato u otros medios de adjudicación a través de procesos en línea, utilizando comúnmente la Internet.

e. En tal virtud, las entidades estatales pueden poner al alcance del público por Internet información de mejor calidad y en mayor cantidad que la que podrían transmitir por medios impresos, toda vez que por ese método se logra llegar a un mayor número de proveedores.

f. Por su parte, el sector financiero internacional ha demostrado que los beneficios que tiene la tecnología sobre la eficiencia y efectividad de los gobiernos reflejan el impacto de una solución en el costo de las transacciones, cuyos beneficiarios son los usuarios y la comunidad en general.

g. Para tal efecto, los Gobiernos deberán trabajar en procesos de funcionalidad, infraestructura, servicios web, administración, regulación y reglamentación de políticas públicas.

5. CONCLUSIONES

5.1 ASPECTOS POSITIVOS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.

Luego de haber analizado todo el modelo de la contratación pública electrónica, a manera de conclusiones podemos resaltar los siguientes aspectos positivos que podemos evidenciar con la implementación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procesos de contratación pública, así como los puntos sobre los cuales es posible mejorar el modelo.

5.1.1 El cambio de cultura ha permitido estructurar un nuevo Derecho Administrativo.

Sin lugar a dudas, el cambio progresivo de la cultura jurídica ha permitido la implementación de procesos tecnológicos a nivel legal y reglamentario. Prueba de ello se evidencia con la expedición de la reciente Ley 1437 de 2011, que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, el Proyecto de Ley No. 198 de 2009 – Senado¹⁵⁶, por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ha convertido en la Ley 1437 de 2011, la cual entrará a regir a partir del 2 de Julio de 2012.

¹⁵⁶ Publicado en la Gaceta del Congreso # 529 del 20 de Agosto de 2010.

Allí se han establecido en forma expresa mecanismos y herramientas para la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las relaciones entre la Administración y los particulares.

En primer lugar, el nuevo Código señala que las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, el deber de establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos.

De igual forma, las autoridades tienen el deber de tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medio electrónicos por fuera de dicho horario.

Así mismo, tienen el deber de adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, al igual que permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.

En el mismo sentido, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla que las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona, información completa y actualizada en el sitio de atención y en la página electrónica, la cual deberá suministrarse a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

1. Las normas básicas que determinan su competencia.
2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan.

3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.

4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.

5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.

6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.

7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público.

Es de suma importancia resaltar que la nueva regulación establece que para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado.

Así mismo, se señala que toda petición deberá contener, entre muchos otros requisitos, los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia.

Igualmente, y aquí viene la novedad, el peticionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica, y si es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.

En relación con el trámite de la actuación y audiencias, el legislador dispuso que los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en el Código o la ley.

A su turno, cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico solo cuando lo autoricen el Código o la ley.

En cuanto hace referencia con el deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros, se establece que cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

Lo novedoso del modelo se evidencia cuando la norma señala que la comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca, si no hay otro medio más eficaz, y de no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados.

Adicional a todo lo anteriormente expuesto, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contiene todo un capítulo

destinado a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

En efecto, allí se señala expresamente que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos, y para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

En tal virtud, la norma dispone que en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen.

A efectos del registro para el uso de medios electrónicos, a partir del mes de julio de 2012, toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Si así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

En el mismo sentido se regula que las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía.

En consecuencia, las actuaciones en este caso se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registrados hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil.

En relación con el documento público en medio electrónico, el nuevo modelo recalca que los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior es una clara aplicación del principio que ha fundamentado gran parte del presente trabajo de investigación, toda vez que el procedimiento administrativo electrónico, estructurado a partir de documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos, como “equivalente funcional” del procedimiento administrativo tradicional posibilita la simplificación y racionalización de trámites al interior de la administración pública; otorgándole un valor agregado, toda vez que confiere los atributos de confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudiación, esenciales para el otorgamiento de seguridad jurídica en los medios electrónicos

Igualmente, el modelo acepta que las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.

En el plano de la notificación electrónica, aspecto esencial a tener en cuenta en el desarrollo del modelo, el nuevo marco dispone que las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Código.

En consecuencia, la notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, las cuales deberá certificar la administración.

Igualmente, y en tratándose del acto administrativo electrónico –aspecto tratado en el capítulo primero de la presente investigación y que guarda relación con el tema de la contratación pública electrónica- el nuevo modelo señala que las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley.

Otro tema de especial importancia que contiene el nuevo marco legal es el relacionado con el archivo electrónico de documentos. En efecto, cuando el procedimiento administrativo se adelante utilizando medios electrónicos, los documentos deberán ser archivados en este mismo medio y podrán almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas.

La conservación de los documentos electrónicos que contengan actos administrativos de carácter individual deberá asegurar la autenticidad e integridad de la información necesaria para reproducirlos, y registrar las fechas de expedición, notificación y archivo.

Otro aspecto novedoso, y que evidencia el cambio de la tradicional cultural jurídica es el que tiene que ver con el expediente electrónico. Aquí el nuevo modelo contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo define el expediente electrónico como el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan.

Para tal fin, el foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado digitalmente por la autoridad, órgano o entidad actuante, según proceda.

Dicho índice garantizará la integridad del expediente electrónico y permitirá su recuperación cuando se requiera, debiendo la autoridad respectiva conservar copias de seguridad periódicas que cumplan con los requisitos de archivo y conservación en medios electrónicos, de conformidad con la ley. Este procedimiento, así como las condiciones técnicas de manejo uniforme de los archivos electrónicos públicos deberá ser reglamentado por el Gobierno Nacional.

De otra parte, otro tema novedoso es el concepto de sede electrónica. En este punto, se establece que toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica, quien deberá garantizar condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información de acuerdo con los estándares que defina el Gobierno Nacional.

En ese sentido podrá establecerse una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio.

Adicionalmente, para la recepción de mensajes de datos dentro de una actuación administrativa las autoridades deberán:

1. Llevar un estricto control y relación de los mensajes recibidos en sus sistemas de información incluyendo la fecha y hora de recepción.

2. Mantener la casilla del correo electrónico con capacidad suficiente y contar con las medidas adecuadas de protección de la información.

3. Enviar un mensaje acusando el recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha de la misma y el número de radicado asignado.

El nuevo modelo incluye todo lo concerniente con la prueba de recepción y envío de mensajes de datos por la autoridad, y dispone que para efectos de demostrar el envío y la recepción de comunicaciones, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío por el interesado como de su recepción por la autoridad.

2. Cuando se presenten fallas en los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los dos días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio.

Así mismo, introduce todo lo relacionado con las sesiones virtuales, al señalar que los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados en la organización interna de las autoridades, podrán deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando los medios electrónicos idóneos y dejando constancia de lo actuado por ese mismo medio con los atributos de seguridad necesarios.

Adicionalmente, la notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en la norma también podrá efectuarse mediante la modalidad

del medio electrónico, la cual procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

En ese sentido, la administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En todo caso, en la reglamentación de la convocatoria se impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

Así mismo, el nuevo modelo normativo se faculta al Gobierno Nacional para establecer los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades con el fin de incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos.

Incluso, la estructura implementada por el legislador señala que todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtirse en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.

Para tal fin, la autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para que en un plazo no mayor de cinco (5) años, contados a partir de la vigencia del nuevo modelo normativo, sea implementado con todas las condiciones técnicas necesarias el expediente judicial electrónico, que consistirá en un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a las

actuaciones judiciales que puedan adelantarse en forma escrita dentro de un proceso.

Todo lo anterior, sin lugar a dudas, es un gran avance para la implementación y desarrollo de un nuevo modelo que permite la utilización de medios electrónicos en el procedimiento ordinario y en la contratación estatal, así como en las actuaciones judiciales.

En tal virtud, y con fundamento en el análisis de todas las anteriores instituciones, conceptos, estructuras, jurisprudencia, modelos internacionales, e instrumentos de regulación y reglamentación normativa, podemos afirmar que el procedimiento administrativo electrónico como “equivalente funcional” del procedimiento administrativo tradicional, sí posibilita y permite la simplificación y racionalización de trámites en los procesos de contratación que adelanta la Administración Pública, permitiendo la realización de los principios de la función administrativa, mediante la utilización de herramientas electrónicas y tecnológicas.

En síntesis, podríamos sostener que las bases para un nuevo derecho administrativo poco a poco se están cimentando, motivo por el cual, en poco tiempo podremos estar estudiando lo que denominaremos el moderno “Derecho Administrativo Electrónico”.

5.1.2 Unificación del modelo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Resaltamos como positivo el hecho de que todos los procesos en materia de contratación pública estatal hayan sido canalizados y unificados a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, el cual hemos analizado en detalle en el presente trabajo.

En tal virtud, y de acuerdo con el contenido normativo establecido en la Ley 1150 de 2007, el Gobierno Nacional debe desarrollar en su integridad el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-, el cual cumplirá las siguientes funciones determinantes para el correcto funcionamiento y operatividad de todo el modelo:

a) Disponer de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;

b) Servir de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c) Contar con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

d) Integrar el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

5.1.3 Mayor respeto y garantía de los principios de la función administrativa.

Consideramos que en la medida en que se utilicen medios electrónicos en los procesos de contratación de la administración, mayor será el respeto y garantía de

los principios de la función administrativa, y en general, de los principios constitucionales contenidos en la Constitución Política.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el Constituyente de 1991, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Al respecto, y en armonía con la intención del legislador, válidamente podemos señalar que el Sistema de Contratación Pública Electrónica permitirá en primer lugar adelantar las actuaciones administrativas con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, y en materia sancionatoria con fundamento en la valoración de las pruebas debidamente obtenidas, la legalidad de las faltas y de las sanciones, y en la proporcionalidad de las últimas.

Igualmente, el modelo permitirá que las autoridades actúen teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consistirá en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Así mismo, el modelo evidencia la obligación de los servidores públicos y de los particulares que presten servicios públicos, consistente en actuar siempre con rectitud y honestidad, y según los parámetros de la buena administración.

En consecuencia, en materia de contratación pública electrónica, las actuaciones administrativas deben ajustarse no solo al derecho objetivo vigente, sino también a las reglas de ética y moral públicas, particularmente en el manejo y cuidado del

patrimonio público, y evitando expedir y aplicar actos en fraude a la ley, adoptando para tal fin Códigos de Ética y de Buen Gobierno.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que la actividad administrativa es del dominio público, toda persona podrá conocer las actuaciones de la administración, principalmente en todo el tema sensible de la contratación pública, tal y como lo hemos analizado en el presente trabajo.

Debemos resaltar igualmente que con la utilización de medios electrónicos en los procesos de contratación pública, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley.

A su turno, en materia de contratación pública estatal las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

De igual forma, con el modelo que hemos venido analizando, se logrará que la administración proceda con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

En idéntico sentido, la contratación pública electrónica permitirá que las autoridades impulsen oficiosamente los procedimientos, e incentiven el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los

procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas¹⁵⁷.

Por su parte, de acuerdo con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la práctica de la contratación electrónica podría aportar muchas ventajas, como una relación precio-calidad más favorable gracias a una mayor competencia en un mercado de proveedores más amplio, mejor información a los proveedores y técnicas más competitivas, el ahorro de tiempo y de costos, una mejor administración de los contratos adjudicados y, gracias a la posibilidad de ejercer una vigilancia más estricta y de disminuir los contactos directos entre proveedores y entidades adjudicadoras, un mayor cumplimiento de las normas y políticas pertinentes y menos corrupción y abusos.

Además, ha sostenido la Comisión que la contratación electrónica ofrece valiosas posibilidades de aumentar la transparencia del proceso en sí y la confianza del público en él.

Finalmente, la Comisión ha señalado que es evidente que la contratación pública electrónica puede utilizarse en todas las etapas del ciclo de contratación pública y que sus ventajas podrían abarcar otros ámbitos, toda vez que podría generar valiosas sinergias con otras políticas internas. Por ejemplo, la contratación electrónica puede estimular una capacidad de oferta local más competitiva al

¹⁵⁷ En relación con los principios que orientan la actividad administrativa, el proyecto de ley que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera del Código y en las leyes especiales. Los conceptos emitidos por las autoridades no serán fuente de derecho, sino criterio auxiliar de la actividad administrativa. Así mismo, señala que las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de respeto a la dignidad humana del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, confianza legítima, respeto del acto propio, moralidad, participación, responsabilidad, precaución, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

acelerar la adopción de prácticas modernas de contratación pública por el sector privado y fomentar la normalización¹⁵⁸.

5.2 ASPECTOS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA QUE PUEDEN SER OBJETO DE MEJORAMIENTO.

De acuerdo con todo lo que hemos analizado en la presente investigación, es importante evaluar el fenómeno de la contratación pública electrónica en Colombia como un nuevo fenómeno de la administración pública, que permitirá la racionalización y eficiencia de los procesos de contratación de la administración, contribuyendo al cumplimiento de los fines estatales.

En consecuencia, se hace necesario evaluar y establecer la suficiencia del actual marco regulatorio para hacer viable la contratación pública electrónica en Colombia, con el fin de poder iniciar un avance de la etapa de información a la etapa de interacción, y establecer si el ordenamiento jurídico actual funciona de manera eficaz y eficiente con el fin de establecer los parámetros y lineamientos que permitan avanzar a estadios superiores dentro de la política de desarrollo de la contratación pública electrónica en Colombia.

Lo anterior permitirá analizar y evaluar el desarrollo y evolución que ha tenido la contratación pública electrónica en Colombia desde el plano legal, doctrinal y jurisprudencial.

¹⁵⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I, Contratación Pública, Sexto periodo de sesiones, Viena, 2004.

Igualmente, de la investigación realizada se desprende la necesidad de analizar si nuestro ordenamiento jurídico actual funciona con fundamento en los principios de eficacia y eficiencia con el fin de establecer los parámetros y lineamientos que permitan avanzar en la política de desarrollo integral de la contratación pública electrónica en Colombia.

En ese sentido, debemos resaltar lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, según la cual la publicación electrónica de la información relacionada con la contratación pública permite difundir más ampliamente esa información que si se publicara en forma impresa como es tradicional, ya que es más accesible a un mayor número de proveedores.

En tal virtud, las entidades públicas, por ejemplo, del sector central de la administración o las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, pueden poner al alcance del público por Internet información de mejor calidad y en mayor cantidad que la que podrían transmitir por medios impresos, si se tiene en cuenta que a través de ese método dicha información llegaría a un número mayor de contratistas y proveedores.

No obstante lo anterior, igualmente debemos resaltar que dichas ventajas suponen implementar buscadores eficientes en Internet o de medios que permitan notificar adecuadamente toda la información que se agregue. La notificación considerada en sí misma, exigiría a su vez que los proveedores y contratistas se inscribieran en algún tipo de registro, como efectivamente se ha venido implementando.

De igual forma, es evidente que la publicación y la divulgación electrónicas representan menores costos que la forma tradicional impresa. No obstante, compartimos la opinión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil, en el sentido que este factor debe tenerse en cuenta, toda vez que las ventajas de la publicación electrónica pueden quedar contrarrestadas por el aumento de los costos, sobre todo en las etapas iniciales de instalación de sistemas electrónicos. Igualmente, porque si la información no estaba previamente archivada en computadora, será necesario adaptarla al formato electrónico.

Debemos resaltar que existe una tendencia a pensar que la publicación electrónica tiende a ser más eficaz cuando es obligatoria, sin que se permita la posibilidad de utilizar el medio impreso, sin embargo, es evidente que los beneficios pueden ser enormes cuando la publicación electrónica en materia contractual es opcional, permitiendo el uso de otras alternativas como sería el mecanismo impreso.

En ese orden de ideas, y en concordancia con las investigaciones realizadas por la Organización de las Naciones Unidas, la publicación electrónica obligatoria en materia de contratación estatal podría limitar el acceso a la información sobre un determinado contrato si la infraestructura no es adecuada; si el acceso es técnicamente difícil; si con la divulgación electrónica se desplaza a medios impresos más accesibles; y si la consulta no resulta gratuita.

En ese sentido, las ventajas anteriormente mencionadas pueden ser incompatibles con otros objetivos socioeconómicos de los Estados. A manera de ejemplo, el mejoramiento de la eficiencia mediante la utilización de contratos de más envergadura y de acuerdos marco puede tender a favorecer a las grandes empresas, en vez de a las pequeñas y medianas empresas, el fomento de las cuales como motor del crecimiento económico forma parte de muchas políticas nacionales.

En este punto, es importante resaltar la modalidad de subasta electrónica inversa. De acuerdo con la Comisión, el método de subasta electrónica de oferta regresiva, y sus diversas variantes, es un método de licitación cada vez más difundido.

Consiste en que los proveedores obtienen información sobre las ofertas presentadas por los demás concursantes y modifican constantemente su propia oferta a la luz de las ofertas competidoras, sin que suelen tener conocimiento de quiénes son los demás licitadores.

De acuerdo con el método de subasta electrónica regresiva, los proveedores proceden seguidamente a presentar su oferta por medios electrónicos, en alguna página o sitio web de subastas, normalmente a través de Internet (que ha desplazado en buena parte las redes de propiedad privada), sirviéndose de la información disponible sobre la valoración de las ofertas de los demás proveedores o sobre la cuantía requerida para pujar. Los proveedores van siguiendo el desarrollo de la puja por vía electrónica, pudiendo mejorar su propia oferta en consecuencia.

Así mismo, la subasta se desarrolla durante un período determinado o puede prolongarse hasta que ha transcurrido un período especificado, sin que se haya presentado ninguna oferta.

Señala la Comisión que las subastas electrónicas de oferta regresiva suelen utilizarse sobre todo en las licitaciones de productos y servicios normalizados, en las que el precio es el único criterio de adjudicación, o por lo menos uno de los más importantes, ya que por lo general es el único factor que forma parte del proceso de “subasta”. Sin embargo, pueden utilizarse otros factores e incorporarse en la etapa de subasta o evaluarse en una etapa distinta del procedimiento global de licitación.

Por ello, la Comisión resalta que las subastas electrónicas obligan a los proveedores a ofrecer el mejor precio posible y alientan a la entidad adjudicadora a especificar los criterios de adjudicación no relacionados con el precio. Se hacen de forma transparente (en el sentido de que se conocen las demás ofertas y todos los participantes ven los resultados del procedimiento de licitación, lo que desalienta los abusos y la corrupción) y también pueden acelerar el procedimiento de licitación y reducir los costos de transacción.

De lo anterior se desprende que las tecnologías electrónicas han facilitado la utilización de las subastas electrónicas de oferta regresiva, al reducir considerablemente los costos de transacción.

No obstante, también pueden surgir dificultades. En ese sentido, la que con más frecuencia suele mencionarse es la de que se dé excesiva importancia al precio. Además, señala la Comisión, como se trata de un proceso tan rápido, puede provocar una “fiebre de las subastas”, es decir, puede hacer que un proveedor ofrezca precios que no son realistas. Si ese es el proveedor a quien se adjudica el contrato, pueden surgir graves problemas en la etapa de administración del contrato. El problema podría resolverse seleccionando cuidadosamente el tipo de contrato a los que se presta este método de licitación pública¹⁵⁹.

Adicionalmente, consideramos que esa modalidad de subasta inversa electrónica afectaría notablemente a las micro y pequeñas empresas que no tendrían ninguna posibilidad de competir o de realizar pujas frente a las grandes y poderosas empresas y grupos empresariales.

De otra parte, la relativa novedad de las comunicaciones electrónicas y los temores en relación con la confidencialidad y la autenticidad, pueden disuadir a los

¹⁵⁹ *Ibíd.*

proveedores de participar en procesos de contratación en los que sea obligatorio utilizar comunicaciones electrónicas.

Por su parte, la Comunidad Internacional advierte la existencia de un problema conexo toda vez que es más difícil asegurar la equivalencia funcional de la información electrónicamente disponible y de los medios impresos ya que en el primer caso la información se puede actualizar de forma más o menos instantánea, pero en el segundo deben enviarse documentos a los proveedores y a diferentes actores dentro del proceso contractual, lo cual podría vulnerar los principios de eficiencia, celeridad y economía, anteriormente estudiados.

En el mismo sentido, en la medida en que algunos Estados en vía de desarrollo no cuentan con una suficiente infraestructura tecnológica que les permita adelantar procesos de contratación pública electrónica, en el evento en que se torne obligatoria y exclusiva la publicación electrónica podría vulnerarse igualmente el principio de accesibilidad a la información, así como el de publicidad en materia de contratación.

A manera de ejemplo, actualmente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, denominada la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública”, así como la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, sólo impone la publicación en papel, razón por la cual, para promover la contratación electrónica, no basta con enumerar las ventajas y la conveniencia de la publicación electrónica y los posibles métodos de hacerlo en la Guía, en vez de incluir otra disposición en la Ley Modelo.

Igualmente, podemos resaltar que los Estados en vía de desarrollo están cada vez más conscientes de la importancia estratégica de las nuevas tecnologías de la

información y las comunicaciones y continúan fortaleciendo programas para promover su implementación y funcionamiento.

Compartimos el estudio realizado por los Bancos Mundiales en el sentido de resaltar que las posibilidades de desarrollo acelerado, fortalecimiento de la gobernanza y provisión de servicios que anteriormente eran de difícil acceso, son elementos esenciales por la gran cantidad de recursos que se están asignando para su implementación. Por ello es válido sostener que “las tecnologías ofrecen nuevas posibilidades, limitadas únicamente por la velocidad del cambio y la imaginación”.

No obstante lo anterior, debe resaltarse que las complejidades y los riesgos que representan los procesos de contratación pública electrónica muchas veces no se tienen en cuenta por parte de las entidades públicas, lo que conlleva a pensar que la tecnología en sí misma considerada es la clave del éxito, sin embargo, los esfuerzos deben igualmente orientarse a fortalecer la cultura de cambio y la infraestructura de la Administración misma.

Los Bancos Mundiales sostienen, con mucha razón, que la experiencia ha demostrado que para poder obtener el máximo beneficio se necesitan cambios en aspectos como gobernanza, organización y comportamiento, los cuales son por lo general los más difíciles de conseguir.

Otro aspecto fundamental que debemos resaltar es el relacionado con la poca importancia que se le da a la demanda de la propia administración, y en general, del Gobierno Nacional. Como lo señala acertadamente el documento estructurado por los Bancos Internacionales, denominado “Adquisiciones Gubernamentales a través de Medios Electrónicos”, en todos los países los gobiernos constituyen una parte fundamental de la economía nacional y un cambio en las actividades

comerciales con la introducción de adquisiciones a través de medios electrónicos, (e-GP) y tienen el potencial para otorgar un gran ímpetu en desarrollo e implementación de nuevas tecnologías a lo largo de toda la economía, motivo por el cual la tecnología beneficia la gobernanza y eficiencia de las actividades comerciales.

En consecuencia, al ser menores los gastos derivados de la implementación de procesos de contratación pública electrónica comparados con los de la activación de programas enfocados a la comunidad en línea, “su efecto catalizador” sería mucho mayor que el de otros programas gubernamentales.

De igual forma, sostenemos la necesidad de una estrategia integral y universal que contenga los siguientes aspectos fundamentales en la puesta en marcha de un sistema de contratación pública electrónica: i) temas de administración y liderazgo; ii) diseño; iii) estándares; iv) funcionalidad; v) activación empresarial y vi) regulación.

Con fundamento en ello, debemos aprovechar la ayuda internacional que ofrecen los Bancos Mundiales, entre ellos, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, a los países en vía de desarrollo, que permita la elaboración de una estrategia en los programas de reforma y mejora del sector público, a través de procesos de contratación pública electrónica, con el fin de hacer más eficiente la administración pública y territorial, tanto en su sector central como en su sector descentralizado funcionalmente o por servicios.

En síntesis, el presente trabajo de investigación invita a un cambio de cultura de la administración pública, así como de sus funcionarios y servidores, con el fin de generar consciencia en la necesaria utilización de las nuevas tecnologías de la

información y de los medios electrónicos en el ejercicio de la función pública, particularmente en los procesos de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

AGENDA DE CONECTIVIDAD. Manual para la implementación de la Estrategia del Gobierno en Línea de la República de Colombia, Mayo de 2008.

<http://www.gobiernoenlinea.gov.co/documentos/ManualGEL2008.pdf>

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Barcelona: Casa Editorial Bosh. 1970.

ALTERINI, Atilio Aníbal, y otros. Contratación contemporánea. Editoriales Temis y Palestra. 2001.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Julio. Transacciones y medios de pago por Internet. En: Derecho del Comercio Electrónico. Editorial DIKE. Medellín, 2002.

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO. COLOMBIA. (1970-2000) Bogotá: Imprenta Nacional.

ANDINO DORATO, Jimena, El consentimiento en los contratos informáticos, Argentina: Editorial Abeledo – Parrot, 2001.

ARCE, Alfonso José y DIAZ LANES, Federico Santiago. Ponencia: La firma digital. Aspectos jurídicos. Su aplicación a las comunicaciones previstas por la Ley 22172, dentro del seminario: El documento electrónico y la firma digital al servicio de la optimización del servicio de justicia, Poder Judicial de Santiago de Estero, Argentina, Septiembre de 1999.

ÁVILA, William. Aplicación de las TIC en la administración pública colombiana en línea. En: Revista de Derecho Informático. Edición No. 121, Agosto de 2008. http://www.alfa-redi.org/area_temática.shtml?x=204

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Su proyección para el presente milenio. Bogotá: Doctrina y Ley. 2002

BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y BANCO MUNDIAL, *Adquisiciones Gubernamentales a través de Medios Electrónicos (e-GP)*, 2004.

BARRIUSO RUIZ, Carlos. Interacción del derecho y la informática. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.

BARRANTES VENEGAS, Claudia Patricia. Reflexiones sobre Contratación Pública por Medios Electrónicos en Colombia: Cómo pasar de Ciencia Ficción a la realidad en los procesos de Contratación Directa, en Contratación Electrónica, Editor RINCÓN CÁRDENAS ERICK, Bogotá: Editorial, Universidad del Rosario, 2006.

BARRIONUEVO, Arthur – LAHERA, Eugenio. Qué hay de nuevo en las Regulaciones? Telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD y Universidad de Buenos Aires, Argentina: EDUDEBA. 1998.

BENAVIDES, José Luis El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

BERMEJO VERA, José Derecho Administrativo, Parte Especial. Madrid: Civitas. 1998.

BETANCUR RODRÍGUEZ, Andrés. Las Administraciones Independientes. Madrid: Tecnos. 1994.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Señal Editora. 1996.

BOQUERA ILIVER, José María. Derecho Administrativo. Madrid: Civitas. 1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos - CUNILL GRAU, Nuria. Lo público no estatal en la reforma del Estado. Paidós y Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD, Buenos Aires – Barcelona – México. 1998.

BREWER CARIAS, Allan. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario. 2003.

CÁRDENAS Santamaría, Jorge Hernán – ZAMBRANO Cetina, William (eds) (Gerencia Pública en Colombia. Consejería Presidencial para la Modernización del Estado y Asociación Colombiana para la Modernización del Estado. Bogotá. 1994.

CASTOLDI, Pablo. El Gobierno Electrónico como un nuevo paradigma de Administración, En: PRUDENTIA IURJS No. 55. Buenos Aires: Universidad Católica, 2002.

CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: AGRA, 1950.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis Nexis. 2002.

CAVANILLAS MÚGICA, S. Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores. En: Actualidad informática Aranzadi, No. 37, octubre 2000.

CEPAL. Sociedad de la Información, LAGUADO GIRALDO, Roberto, y SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina. Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad. Colección Documentos de Proyecto, 2007.

CHIARA, Eduardo, Las Notificaciones Electrónicas en la Administración de Justicia, Alfa-Redi, Revista Electrónica de Derecho Informático. En T.P://www.alfa-edi.org-areatematica/default.asp?idcategoria=6

CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia, Sala de lo Contencioso Administrativo.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL – CONPES- Documento 3249 de 2003 “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”. Octubre 20 de 2003. P. 15

CORTE CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia, Sala Plena.

COSCUELLUOLA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2000.

CREMADES GARCÍA. J. Estudio del Real Decreto-ley 14/1999, del 17 de septiembre, de firma electrónica. En: RGAP, No. 25, 2000.

CUBILLOS, Ramiro; RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Introducción jurídica al comercio electrónico. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez. 2002.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993, Bogotá, Editorial: Legis, 2005.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. Derecho privado en internet. Editorial Civitas, 2000, Pág. 35-38. <http://cyberatlas.com>

DIRECTIVA 2004/18/CE (31 de Marzo de 2004). Parlamento Europeo y el Consejo Europeo. “Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios”.

ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Tecnos, 1999.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 1990.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Bogotá: Legis, 2004.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. El deber de selección objetiva. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas. 2002.

GARCÍA-HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo y Constitucional. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 1997.

GARCÍA MÁYNEZ Eduardo. Teoría general del derecho y del Estado. México: Porrúa. 1958.

GARRIDO FALLA, Fernando Tratado de Derecho Administrativo Madrid: Tecnos, 2001.

GIMENO FELIU, J. M. Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En: Noticias de la U.E. No 205, febrero 2002.

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo Principios de Derecho Administrativo. Bogotá: ABC, 2002.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, parte general, Buenos Aires: Ed. Macchi-López, 1975.

GUTIÉRREZ GÓMEZ, María Clara. Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico. En: Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones, grupo de estudios en internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e informática. Bogotá: Editorial Legis, 2002.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enríque, Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Bogotá: Legis, 2007.

----- Las compras de las entidades estatales los contratos de compraventa y de suministro: dificultades, costos y soluciones. Debe existir o no una central de

compras estatales?, en Documento Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, Bogotá, 2002.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Derecho de la contratación electrónica. Madrid: Editorial Civitas, 2001. Incidencia de la informática en el seguro y el reaseguro del nuevo milenio. Memorias del VI Congreso Ibero-latinoamericano de derecho de seguros. Cartagena de Indias, mayo de 2002.

JORDÁN FLÓREZ, Fernando. Las nuevas tecnologías, el derecho y la justicia. En: Legal Tracking Systems & Legal Information Retrieval. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2001.

LAGUADO GIRALDO, Roberto, La Contratación Pública Electrónica en Colombia, En: Revista Universitas No. No.108, p. 335-455. Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, 2004.

----- Sistemas de E- government Procurement. En: Revista Jurídica del Perú. Noviembre de 2002. Año L II. No. 40, P. 165.

----- Actos Administrativos por Medios Electrónicos. En: Revista Universitas. Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, 2004.

MADRID PARRA, Agustín. Contratación electrónica. En: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo III, Madrid, 1996.

----- El negocio jurídico electrónico, En: Derecho del comercio electrónico. Medellín: Editorial Dike, 2002.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Edit. Machi.
MOLINA QUIROGA, Eduardo. La buena fe en la etapa precontractual. Contratos informáticos. En: Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Buenos Aires: Editorial Abeledo Parrot, 2001.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Privado. Bogotá: Editorial Temis.1994

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Civitas, 2004.

MURRAY, Andrew, “La regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y norteamericana”. En: Revista internacional, No. 2, Foro de Derecho Mercantil, Bogotá: Legis, 2004.

ORTEGA RIVERO, Ricardo. La renovación de las Instituciones jurídico-administrativas: perspectivas del derecho administrativo español. En: Revista Universitas, PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 96, Junio de 1999.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Madrid: .Marcial Pons, 1999.

PAREJO ALONSO, Luciano. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio. ORTEGA ALVAREZ L. Manual de Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel, 1998.

----- Manual de Derecho Administrativo. Barcelona: Ariel, 2003.

----- Manual de Derecho Administrativo. Tomo II, Parte Especial. España, 1995.

PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. Cuarta Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 1987.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 2000.

PEÑA VALENZUELA, Daniel; BURGOS PUYO, Andrea. El contrato de diseño, desarrollo y hosting de un sitio en Internet. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

PERDOMO VIDAL, Jaime, Derecho Administrativo. Doceava Edición. Bogotá: Editorial Legis y Universidad del Rosario, 2004.

POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2001.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica. En: Comercio electrónico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho de los Negocios. Noviembre de 2000.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, IBÁÑEZ PARRA. Oscar, El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información. En: Revista Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

RINCÓN CÁRDENAS ERICK, CUBILLOS RAMIRO, Introducción Jurídica al Comercio Electrónico”. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2002.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria. En: Revista Universidad del Rosario, Serie Documentos, No. 38, Bogotá, 2005.

----- Administración Pública Electrónica, Presentaciones, Certicámara, Bogotá, D.C., 2007.

----- Manual de Derecho de Comercio Electrónico y de Internet. Colección Lecciones de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

RIVERO, Jean (2002): Páginas de Derecho Administrativo. Temis-Universidad del Rosario, Bogotá.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Temis, 2002.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Quinta edición. Bogotá: Editorial Legis. 2003.

RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. La banca en el Internet. En: Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Editorial Legis. 2002.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, El Acto Administrativo, Teoría General. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2004.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique y otros. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: UEM-CEES. COLEX, 1997.

SANTAMARÍA, Pastor. Principios de derecho administrativo, volumen I, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. México: Porrúa, 1996.

SAYAGUES LASO, Enríque. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Montevideo, 1963.

SILVA RUIZ, Pedro. Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales. En: Contratación contemporánea, contratos modernos, derecho del consumidor. Tomo II. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y Temis. 2001.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. La Nueva Contratación Pública en Colombia: Anotación sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Editorial Legis, 2009.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Estudios XIX, la oferta y la aceptación. Análisis del derecho comparado y comentarios para la modificación de la legislación vigente. Bogotá: Editorial Legis. 2003.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1986.

UNCITRAL, Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública.

UNCITRAL, Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, y las ofertas anormalmente bajas

VALERO, Julián. Las Relaciones con la Administración Pública mediante Sistemas Electrónicos, Informáticos y Telemáticos. En: Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático SIN 16815726.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. En torno a los contratos electrónicos. En: Contratación contemporánea, contratos modernos, derechos del consumidor. Editoriales Palestra y Temis. Lima- Bogotá, 2001.

VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón José. Tecnología digital y formalización contractual. En: Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático. UNED, Centro Regional de Extremadura, 2000.

VILLAR EZCURRA, José Luis. Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares. Madrid: Civitas, 1999