

C

OMPRAS ESTATALES ELECTRÓNICAS

13

Esteban Restrepo Uribe¹

RESUMEN

Este documento alega que el régimen legal actualmente aplicable a las actuaciones y actividades de la administración pública y en particular a la contratación estatal son una plataforma suficiente para la implementación de políticas públicas de gobierno electrónico y de compras estatales electrónicas en particular, porque la ley 80 de 1993, actual estatuto vigente de la contratación pública no limita, ni prohíbe el uso de tecnologías de información, ni exige requisitos que hagan imposible o restrinjan el uso de dichas tecnologías. Porque la ley 80 de 1993 incluye los estándares mínimos para la implementación de sistemas de compras estatales electrónicas y la Ley 527 de 1999 da base legal suficiente a los documentos electrónicos, a la transmisión electrónica de datos y a todo lo relacionado con las firmas digitales.

ABSTRACT

This paper argues that the present legal regime applicable to the activities and procedures of the Public Administration in Colombia, and particularly to Government contracting, is a sufficient platform for the implementation of electronic government and in particular of electronic government procurement because Law 80 of 1993, the Colombian government contracts Act, does not limit, neither it prohibits the use of information technologies, nor it imposes limits restricting or making impossible the use of such technologies. Law 80 of 1993 actually provides for the minimum standards required for the implementation of electronic government procurement and Law 527 of 1999 (Colombian electronic Commerce Act) provides the legal basis for electronic documents and transactions and digital signatures.

¹ Abogado (facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1989) especialista en Política Internacional (London School of Economics, 1991) y Gobierno (Universidad Externado de Colombia – Columbia University (N.Y.), 1998). Consultor y analista a nivel público y privado en políticas públicas de integración económica, con referencia especial a temas Trans Pacíficos (International Advisory Group, Trade Forum, Pacific Economic and Cooperation Council).

PALABRAS CLAVES

Sistemas de compras estatales electrónicas; tecnologías de información; contratación oficial; globalización; regulación del Comercio Electrónico; Agenda de Conectividad; eficiencia; transparencia; efectividad.

PRESENTACIÓN

La implementación exitosa de los sistemas de compras estatales electrónicas no se resuelve con la difusión en internet de las oportunidades para contratar con la administración pública, ni resuelve el tema del gobierno electrónico. A su vez, las estrategias y programas en esta área no deben absorber el espectro de las políticas públicas en materia de tecnologías de la información y la comunicación —que a su vez solamente son un apéndice de la llamada sociedad del conocimiento.

De hecho, la presentación es exactamente al revés. Dado un escenario en el cual el Gobierno en una economía dada aspira a que todas las actividades individuales y colectivas, públicas y privadas, estén basadas en el conocimiento, a través de la diseminación eficiente de la información que lo contiene mediante la masificación del acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, lo mínimo que se espera del gobierno es que dé ejemplo y transmita confianza mediante la asimilación de las mismas en todas sus actividades y naturalmente la contratación es uno de estos campos.

En este sentido las compras estatales electrónicas comprenden la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en todos los aspectos relacionados con la formación, ejecución y liquidación del negocio jurídico contractual cuando en él participa la administración pública o cuando su objeto consiste en la provisión de bienes públicos económicos. Dicha aplicación supone un número de cuestiones muy amplias relacionadas con los aspectos técnicos y logísticos de dichas tecnologías, con su aprovechamiento óptimo en este campo y los índices y variables necesarios para determinar su aprovechamiento óptimo, los riesgos tecnológicos y la plataforma legal aplicable.

Este ensayo se enfoca en el último aspecto propuesto y específicamente se enfoca en el régimen legal colombiano. Argumenta que las disposiciones actuales de la Ley 80 de 1993, del Decreto 2127 de 2002 y de la Ley 527 de 1999 proveen un marco legal suficiente para la implementación exitosa de los sistemas de compras estatales en Colombia.

Para desarrollar este argumento primero se discute el rol de los gobiernos en la globalización, en función de la revolución de las telecomunicaciones. Luego, las vicisitudes que se presentan alrededor de la reglamentación de las transacciones electrónicas y en general del comercio electrónico, del derecho comparado y las condiciones particulares del sistema legal colombiano. Finalmente se discutirán algunos problemas jurídicos particulares.

LOS DESAFÍOS DEL ESTADO PARA LA GLOBALIZACIÓN

LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA GLOBALIZACIÓN

Uno de los temas más difíciles de mencionar hoy en día es el de la globalización, porque es mucho lo que se ha dicho y los argumentos tienden a extremarse: o usted ama la globalización y supone que es lo mejor que ha podido ocurrirle a la especie humana, o la odia y detesta, encontrando en ella la causa de toda clase de problemas. Y encuentra el lector interesado una avalancha de literatura panfletaria, propagandística y superficial, sesgada hacia uno u otro extremo.

Por lo anterior, es necesario tomar distancia y buscar aproximaciones críticas y en lo posible objetivas. En este sentido, encuentro particularmente sugestivos los planteamientos de dos profesores del London School of Economics: Anthony Giddens y John Gray. Aunque tienen puntos de vista divergentes sobre los efectos de la Globalización –el marcado optimismo del primero contrasta con el desencanto del segundo– ambos coinciden en la necesidad de reconocer la inevitabilidad de la globalización –con sus retos y oportunidades– y en que una de las variables que la identifican es la expansión del uso de las tecnologías de la información alrededor del globo, lo que ha permitido la integración e interconexión cultural, económica y política a nivel global, que caracteriza a estas culturas.

EL PODER POLÍTICO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Históricamente, uno de los elementos que han caracterizado el poder político fue el control de la información, como medio de difusión y expansión del conocimiento: durante la consolidación del Estado Nación en Europa, como estrategia para separar los ámbitos del poder civil respecto del poder de la Iglesia; en el siglo veinte, por el carácter estratégico de las telecomunicaciones.

La habilidad del Estado para controlar la difusión del conocimiento ha sido limitada de alguna manera por dos fenómenos relacionados entre sí: la revolución de las telecomunicaciones y la aparición de internet. La primera, consiste en que

a medida que las tecnologías de la información evolucionan, se hacen más asequibles al público en general, en términos tanto técnicos como económicos. La segunda, porque desde su origen y concepción en 1969, como proyecto del Departamento de Defensa de los Estados Unidos para interconectar a las Universidades y entidades gubernamentales, que funcionara aún después de un ataque nuclear, y luego por su condición global, al abrirse al público, su carácter ha sido anárquico, en el sentido que no ha obedecido a la legislación nacional de un Estado en particular y los intentos en tal sentido son debatidos, controvertidos y de efectividad discutible.

EL ESTADO Y LA GLOBALIZACIÓN: NUEVOS RETOS Y DESAFÍOS

Lo planteado anteriormente tiene consecuencias directas sobre el papel del Estado. ¿Cuál es su rol en el escenario de la economía globalizada? Aunque mucho se ha discutido sobre la posición de las instituciones públicas frente a la expansión del capitalismo global, hoy en día se entiende que el Estado y las instituciones públicas nacionales no van a desaparecer. Por el contrario, se han venido fortaleciendo y revaluando su configuración y accionar.

El Estado hoy en día se mueve en un escenario marcado, entre otros, por los siguientes elementos:

La importancia de lo local en escenarios globalizados:

En primer lugar, la globalización es un proceso paradójico. De un lado, ha conllevado el resurgimiento de las regiones y municipios por la difusión de la noción de lo nacional y de las fronteras políticas.

Ciudadanos más exigentes

De otro lado, la aparición de ciudadanos más informados y conscientes de los riesgos sociales requiere que se preste mucha atención a la satisfacción de las necesidades de los mismos, tanto colectivas como individuales, reconociéndolos como los clientes últimos de la gestión estatal.

Transparencia

Esta aparición de ciudadanos más informados y conscientes de los riesgos sociales hace que en la asignación de los costos sociales deba tenerse en cuenta la participación de los mismos y la necesidad de desarrollar mecanismos de rendición de cuentas de la gestión pública como condiciones de la gobernabilidad.

Eficiencia

En últimas, la acción estatal va a depender en su legitimidad de la eficiencia, no medida en términos de la satisfacción de los ciudadanos, más que en función de su tamaño o del espectro de sus actividades como tal.

El Gobierno y las Tecnologías de Información:

Reconocer la importancia de las tecnologías de información como factores de competitividad en la economía internacional y propender por su expansión y difusión en toda la sociedad.

REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El tema ya se ha tratado extensivamente en otros documentos². Sin embargo, valgan algunas anotaciones sobre la función de la regulación de un entorno virtual y global y concretamente, respecto a las limitaciones de la misma.

El comercio electrónico en general apareció y se desarrolló sin regulación alguna aparte de la dinámica misma de la oferta y la demanda por un número de razones tales como su carácter virtual –la regulación de las transacciones en general, pero con mayor énfasis en los países con tradición civilista parten de la base que los negocios se celebran persona a persona y que de hecho las partes o sus representantes pueden verse y concretar el negocio–, su carácter global –frente al carácter doméstico y limitado por las fronteras políticas de los sistemas legales nacionales– y las dificultades técnicas para hacer efectivas las decisiones de autoridad que se tomen en virtud de dichas regulaciones –y que en últimas las transacciones electrónicas solo difieren de las demás en el empleo de tecnologías de la información y la comunicación, pero su estructura y dinámica es la misma– *business as usual*.

Una de las características importantes de estas regulaciones es que llegaron tarde, por decirlo de alguna manera, y por consiguiente la pregunta no es tanto qué regular, sino para qué regular, la cual puede presentarse de otra manera: qué esperar de la regulación de las transacciones electrónicas?.

² En el caso colombiano la principal pieza legislativa es la ley 527 de 1999 sobre mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales y entidades de certificación. Se trata de una disposición basada en la Ley Modelo de Uncitral (United Nations Conference for International Trade Law). La Ley da validez jurídica a los mensajes contenidos en documentos electrónicos, a las transacciones realizadas mediante el intercambio electrónico de documentos y las firmas digitales. Adicionalmente regula algunos aspectos de los documentos electrónicos de transporte y las entidades de certificación –reglamentadas por el decreto 1747 de 2000.

La respuesta parecería ser la de evitar costos de transacción, en función de unos objetivos dados de política pública, que necesariamente comprenden la generación de confianza y seguridad en el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación para la realización y conducción de todo tipo de actividades transaccionales.

En relación con ello se debe buscar simplicidad en las reglas: evitar en lo posible generar más reglas y tratar de aplicar las que ya existen. Si se trata de masificar el acceso y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, nada más funesto que producir un set complejo y extenso de reglas que sólo ofrecerían más preguntas que respuestas.

Este es todo un desafío para nuestra tradición institucional económica, muy marcada por la tendencia de los esquemas coloniales españoles en los que no podía llevarse a cabo ninguna actividad de significancia económica que no estuviera previamente autorizada –y por lo tanto regulada– por la Corona y para nuestras tradiciones civilistas en las que se tiende a esperar que las normas positivas lo abarquen todo. Debe recordarse, sin embargo, que si la seguridad jurídica es un valor a alcanzar y conservar en cualquier tiempo y momento en cualquier sistema jurídico, un escenario en el cual toda la legislación es duplicada para las transacciones electrónicas, de tal manera que uno encontraría estatutos legales electrónicos paralelos, no puede ser más propicio para generar la inseguridad que se trata de evitar.

Otro punto adicional a tener en cuenta es que no se debe esperar mucho de las regulaciones del comercio electrónico por la calidad misma de la regulación. Al fin y al cabo ésta es producto de funcionarios públicos que deben estar atentos a los desarrollos en las aplicaciones de las tecnologías de la información y la comunicación, y sobretodo a sus implicaciones sociales y económicas, caracterizado todo ello por un lenguaje particular, y a los cuales deben responder normalmente con recursos limitados y sobrecargados de trabajo.

ASPECTOS LEGALES DE LAS COMPRAS ESTATALES ELECTRÓNICAS

ELEMENTOS DE LAS COMPRAS ESTATALES ELECTRÓNICAS³

De manera esquemática, los elementos de las compras estatales son:

1. Licitaciones y concursos electrónicos: para transacciones de bajo volumen, alto valor y alta complejidad.

³ Electronic government Procurement: Draft World Bank Strategy and Draft World Bank Discussion Paper. The World Bank – Operational Policy and Core Services Vice Presidency, Procurement Unit. Washington, 2001.

2. Compras (suministros) directas: para transacciones de alto volumen, bajo valor unitario y baja complejidad.

3. Es necesario contar con un sistema de información y análisis

4. Facilidades de conexión a redes externas. Por ejemplo, en materia presupuestal y fiscal, control, facturación, inventarios y distribución de los productos correspondientes.

VENTAJAS DE LAS COMPRAS ESTATALES ELECTRÓNICAS⁴

El uso de tecnologías de información y comunicación en los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades estatales y gubernamentales busca hacer más eficiente la actividad estatal mediante la consecución de los siguientes objetivos:

Reduce los costos de transacción asociados con los procesos de adquisición de bienes, servicios y obras.

Aporta más transparencia: menos incentivos para cometer fraudes, mayor equidad y mayor difusión de las oportunidades para contratar con la administración, así como de las adjudicaciones de los contratos respectivos.

Es una de las fuerzas para la expansión y adopción del gobierno electrónico: el ejemplo del gobierno es crucial para el éxito de las políticas de difusión y asimilación del comercio electrónico y de las tecnologías de información y comunicación, como un presupuesto para insertarse lo más eficiente posible en la globalización de la economía, y las compras estatales han resultado ser uno de los sectores líderes para este propósito⁵.

Es una forma de modernización del gobierno y la administración pública: permite adecuar la actuación estatal a la dinámica de la globalización y de los patrones económicos que esta conlleva.

Permite desarrollar esquemas novedosos de cooperación entre los sectores público y privado, particularmente en los sectores relacionados con la propiedad, financiación y operación de los sistemas y las redes de información.

⁴ Ibid.

⁵ Se ha demostrado que si no se direccionan los efectos de estas tecnologías hacia la sociedad y la economía, mediante políticas públicas proactivas y expresas dichos efectos no van a beneficiar a la sociedad.

Es pertinente observar que al sector público le corresponde desarrollar las estrategias, proveer el nivel de gobernabilidad necesario para la marcha del proceso y adelantar los mecanismos de reingeniería y reforma institucional necesarios para el desarrollo de los sistemas de compras estatales.

Todo lo anterior implica la evaluación y selección de los modelos institucionales apropiados para el funcionamiento del sistema; la consecución de recursos, el entrenamiento y la administración de la transición.

El marco regulatorio es solamente uno de los aspectos del gobierno electrónico:

Se comprende que el marco regulatorio es solo una parte del sistema de compras estatales. Su función es la de proveer una plataforma de tranquilidad y confianza a la operación de los sistemas de compras estatales.

A continuación se presenta esquemáticamente la ubicación del marco regulatorio en el esquema de los aspectos mínimos de una política pública de compras estatales electrónicas:

Gobernabilidad	Marco legal y normativo Instituciones de empuje y supervisión
Recursos Humanos	Entrenamiento
Instituciones	Rediseño de los flujos de trabajo Uniformidad en los esquemas de información Funcionamiento del mercado de las compras estatales electrónicas
Tecnología	Telecomunicaciones Acceso a infraestructura Sistemas aplicables a las compras estatales electrónicas

Las normas aplicables a las compras estatales electrónicas provienen tanto de las aplicables a las compras estatales en general, como de las del comercio electrónico que son relativamente limitadas y cambiantes, de manera que muchos aspectos relacionados con este tema son regulados por el mercado mismo.

En el caso de Colombia en particular hay que entender el órgano regulatorio en el marco de la políticas públicas de la Agenda de Conectividad.

La Agenda de Conectividad es 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, con el fin de masificar el uso de las Tecnologías de la Información en Colombia y con ello aumentar la competitividad del sector productivo, modernizar las instituciones publicas y socializar el acceso a la información.

Su coordinación esta a cargo de la Vicepresidencia de la Republica. Con ella deben estar comprometidas y es de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades públicas.

Uno de sus componentes principales –y tal vez al que mayor importancia se le ha dado– es el de Gobierno en Línea.

Dentro de la Política de Estado establecida en la agenda de conectividad, 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 periodo de prueba, y desde el 13 de octubre de 2000, en forma definitiva, entró en funcionamiento el portal de 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 publicas e iniciar la integración y coordinación de los esfuerzos de las entidades en este propósito. Su desarrollo e implementación es competencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. El objetivo del proyecto es convertir al Portal en la puerta de entrada a las páginas de Internet del Estado colombiano.

Originalmente tenía las siguientes estrategias:

1. Identificar las necesidades de tipo normativo para atenderla satisfactoriamente y en caso de ser necesario proponer o tramitar las modificaciones normativas requeridas, ante las autoridades competentes.

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 esta 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.

Y comprendía las siguientes fases de implementación:

- ◆ Fase 1: proveer información en línea a los ciudadanos.
- ◆ Fase 2: ofrecer servicios y tramites en línea a los ciudadanos.
- ◆ Fase 3: contratación en línea.

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

En el primer semestre del 2001 el Banco Mundial –Unidad de compras de la Vicepresidencia de Política Operacional y Servicios Principales– llevó a cabo un Foro sobre Compras Estatales Electrónicas, para conocer sobre las decisiones gubernamentales y de política pública en materia del alcance y oportunidad de las reformas legales y de regulación relacionadas con la implementación de sistemas de compras estatales electrónicas⁶.

⁶ Talero, Eduardo y Carp, Tenley. **Electronic Government Procurement: A Legal Perspective on Country Practices**. The World Bank – Operational Policy and Core Services Vice Presidency, Procurement Unit. Washington, 2001.

Se encontró que los Estados Unidos de América, Canadá, México, Chile y Western Australia han incorporado activamente sistemas de contratación estatal electrónica, mientras que Argentina, India, Corea y Colombia han implementado algunos aspectos. De ellos solamente Chile, India y Colombia han llevado a cabo reformas legales y regulatorias relacionadas con los sistemas de compras estatales electrónicas. No obstante, el estudio concluye que para implementar estos sistemas no es necesario abordar todos los aspectos y cuestiones legales que suscita y que de hecho es perfectamente posible llevar a cabo las reformas legales necesarias gradualmente, acompañadas con el desarrollo de las capacidades tecnológicas necesarias para el desarrollo de los sistemas de compras estatales electrónicas⁷.

La consideración principal en las discusiones y conclusiones del Foro es que si bien los sistemas de compras estatales electrónicas generan eficiencia y bajos costos de transacción respecto de las actividades relacionadas con la selección de contratistas, la formación de los contratos, su celebración, ejecución y liquidación, tanto la actividad de los sujetos que intervienen, como la actividad comercial en sí están regulados de manera que es necesario considerar las reformas legales necesarias que permitan pasar de la tecnología basada en el papel, el control previo y la firma personal, a la tecnología basada en el espacio virtual en tiempo real, sobre tecnologías abiertas, con el uso de firmas digitales.

Entre más selecto o escaso es el número de proveedores y más complejas y escasas son las transacciones objeto del contrato, los métodos de las compras estatales tienden a ir de las compras o suministros directos (contratación directa) a los sistemas basados en concursos y licitaciones, en las cuales la formación del contrato tiende a ser más compleja y la selección del contratista requiere más tiempo y por consiguiente la regulación es más intensa a fin de garantizar transparencia y evitar el favoritismo y el fraude.

El Foro constituyó una excelente oportunidad para identificar, con base en las experiencias actuales de los países miembros del Banco los principales elementos de los sistemas de compras estatales electrónicas y los principales aspectos legales relacionados con su implementación y puesta en marcha.

⁷ Ibid.

LA LEY 80 DE 1993 NO LIMITA, NI PROHÍBE EL USO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN, NI EXIGE REQUISITOS QUE HAGAN IMPOSIBLE O RESTRINJAN EL USO DE DICHAS TECNOLOGÍAS

El estatuto de contratación estatal actualmente vigente en Colombia, cuyo núcleo es la Ley 80 de 1993, no sólo no limita el uso de tecnologías de información, sino que las formalidades, requisitos y procedimientos que en un momento dado puede llegar a imponer en los procesos de selección de contratistas, formación y celebración de contratos, así como ejecución y terminación de los mismos, no pueden aplicarse de forma tal que lleguen a impedir su uso, ya que serían contrarios a los principios de eficiencia, transparencia y efectividad que están reconocidos de manera expresa en el mismo estatuto y que son principios establecidos en el Código Contencioso Administrativo, de manera general para toda actividad de la administración pública y en la Constitución Política, para toda actividad estatal.

En ese sentido es pertinente anotar que una de las primeras disposiciones de derecho positivo en el mundo sobre tecnologías de información fue el artículo 27 del decreto 2150 de 1993 sobre transparencia y reducción de trámites en la que se decía que la Administración no podía limitar el ejercicio de los derechos de petición e información por el hecho de ejercerse con el empleo de tecnologías para la transmisión electrónica de datos.

De otro lado, el estatuto de contratación remite expresamente a las normas de derecho privado, campo en el que ciertamente no hay dudas sobre la validez jurídica de las transacciones y negocios que se llevan a cabo con el empleo de las tecnologías de la comunicación y la información.

LA LEY 80 DE 1993 COMPRENDE LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS QUE, SE CONSIDERA, REQUIERE LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS DE COMPRAS ESTATALES

Las experiencias internacionales arriba señaladas han permitido desarrollar unos parámetros generales relacionados con las condiciones que permiten desarrollar sistemas de compras estatales electrónicas. Estos tienen que ver con la publicación de oportunidades de contratación y de las decisiones sobre la adjudicación de los contratos y de manera general los principios relacionados con la selección objetiva de contratistas mediante mecanismos competitivos para la selección de contratistas⁸

⁸ Para estos propósitos se consideran las disposiciones de derecho positivo tal y como están formulados. No se considera la manera como dichas normas son aplicadas en la práctica.

y la compatibilidad del estatuto de contratación estatal con las normas relacionadas con los documentos electrónicos, la transmisión electrónica de datos, las firmas digitales y las entidades de certificación.

De manera general la Ley 80 y las normas que la regulan y complementan cumplen en general con todos estos puntos⁹. De ellos vale la pena mencionar los siguientes: 1) la publicidad de oportunidades y contratos, 2) el reconocimiento de las transmisiones electrónicas de datos, 3) los documentos electrónicos y 4) las firmas digitales, la regulación operacional de los procesos de selección de contratistas y la certificación y las autoridades de certificación.

La Publicidad de Oportunidades y Contratos:

Las normas aplicables a la contratación estatal deben ser compatibles con el uso de medios electrónicos.

En general no se han encontrado restricciones o limitaciones sobre la manera de llevar a cabo dichas publicaciones.

La publicación en línea no parece requerir de autorización legal expresa. Se trata más bien de un medio que suplementa o complementa, pero no sustituye otros medios de difusión o publicidad expresamente regulados.

El Reconocimiento de las Transmisiones Electrónicas de Datos, los Documentos Electrónicos y las Firmas Digitales:

La Ley 527 de 1999 es la pieza central de la legislación colombiana sobre comercio electrónico. Es la aplicación de la ley modelo de Uncitral, de manera que responde a las tendencias que se han adoptado sobre la materia. Dentro de estas tendencias debe anotarse que por la naturaleza global del comercio electrónico y particularmente internet, y por los cortos ciclos de vida del Estado del arte de las tecnologías de la comunicación y la información, no es posible regularlo todo, de manera que hay muchos aspectos que se regulan por el mercado mismo; y que como el objetivo de la regulación del comercio electrónico es la generación de un entorno de seguridad y confianza, la efectividad de las normas no se mide en términos de la cantidad de las mismas ni de los aspectos sustantivos que cobijan, sino de su sencillez – esto es, mientras menos reglas, mejor.

⁹ Restrepo, Esteban. *Legal Issues for E-Procurement: the case of Colombia* Ponencia presentada en el Electronic Government Procurement Workshop. World Bank, Washington D.C., Abril 30 – Mayo 1, 2001. www.wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/main/home.

En punto a la transmisión y el intercambio electrónico de documentos, a los documentos electrónicos y a las firmas digitales, la ley no crea instituciones jurídicas nuevas. Simplemente recoge los principios generales del Código Civil para recordar que dadas sus particularidades técnicas no se les debe quitar o desconocer valor jurídico ni eficacia. En cuanto a las certificaciones, se siguieron los criterios de la práctica sobre la materia.

Finalmente, no hay nada en la ley 527 que limite su aplicación al campo de las transacciones privadas, o que de alguna manera excluya su aplicación de ciertas actividades o sectores económicos o sociales.

La Regulación Operacional de los Procesos de Selección de Contratistas:

El Decreto 2720 de 2002 regula expresamente la contratación por medio electrónicos.

Vale la pena relacionar sus disposiciones pertinentes:

IV DE LA CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Artículo 21. De la información contractual por medios electrónicos. 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.

Parágrafo 1o. Sin perjuicio de lo previsto en los parágrafos 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 parágrafo 1o del artículo 32 de la misma ley.

Parágrafo 2o. 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.

Parágrafo 3o. 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.

Parágrafo 4o. 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.

Parágrafo 5o. Vencidos los plazos de permanencia en la página web de la entidad señalados en este artículo las entidades deberán cumplir con lo previsto en el artículo 24 del presente decreto.

Artículo 22. De la celebración de audiencias por medios electrónicos. 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.

Artículo 23. De la información sobre los mecanismos de comunicación interactiva en los procesos de selección. 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.

Artículo 24. Salvaguarda de documentos electrónicos. 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.

Las entidades estatales deberán adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de esta información.

Artículo 25. De la equivalencia funcional. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 6o 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.

La redacción de algunas disposiciones del Decreto 2720 de 2002 preocupan un poco. Hubiera sido preferible hablar del uso o empleo de tecnologías de información y comunicación y no de "la red", de "internet" o de "páginas web" –que son aplicaciones específicas de estas tecnologías y en el proceso de investigación y desarrollo de estas pueden o desaparecer, o transformarse, o que aparezcan aplicaciones alternativas más convenientes, antes de que nos demos cuenta.

Se ha alegado en algunas oportunidades que las disposiciones que se acaban de relacionar no pueden aplicarse sin modificarse el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En mi opinión, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 no necesita reformas para la implementación de sistemas de compras estatales electrónicas o en línea por, entre otras, lo siguiente:

De entrada, considero que las normas del capítulo 4 del decreto 2720 de 2002 (arts 21 y siguientes) ya son suficientes. Los sistemas de compras estatales no se refieren a la selección de contratistas. Va más allá de eso. Por consiguiente, que alguno de los requisitos o pasos de los rituales de uno de los sistemas de contratación no pueda llevarse a cabo mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación no puede ser considerado un obstáculo para no llevar a cabo compras estatales.

A continuación se examinan los numerales pertinentes del artículo 30 para determinar qué impedimentos pueden presentarse para el uso de las tecnologías de información y comunicación en el proceso licitatorio:

Num.1. Acto Administrativo motivado para la apertura de la selección o concurso. Los actos administrativos son manifestaciones de voluntad de la administración con efectos jurídicos. La forma como se expresen es irrelevante siempre y cuando este aspecto, así como todo el proceso de toma de decisiones en que se originó y se produjo sean apropiados en términos de la adecuación de los fines y cometidos perseguidos con el mismo y las circunstancias de hecho a la cual piensa aplicarse - numeral 3, art. 21 decreto 2170, 2002.

Num.2. Los pliegos de condiciones pueden bajarse de internet o de una red intranet, si es del caso. Lo importante es que los administrados potencialmente interesados en ellos tengan acceso a la información en igualdad de oportunidades - numeral 4, art. 21, D. 2170, 2002.

Num.3. Publicación y difusión de la información sobre la apertura del proceso de selección. La modificación de los términos en que debe llevarse a cabo la publicidad correspondiente es una cuestión que se refiere a la seguridad y confianza y a la eficiencia de la licitación como proceso de selección de los contratistas. No tiene que ver con las compras estatales electrónicas.

No debe haber ningún impedimento para que las publicaciones en internet o en cualquier otra red pública de información, bien porque la publicación en la que va esta se distribuye al público por dicho medio, o porque dicha red de información se utiliza como medio de difusión. El criterio clave aquí es el de alcanzar una difusión lo más eficaz posible, al menos en el rango de los diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad. Es pertinente anotar como en el caso de internet se anota que su dimensión es literalmente global: además, ya el Diario Oficial está en internet y existe el portal único de contratación – lo mismo respecto del artículo 31.

Num.4. Audiencia de aclaración y el acta correspondiente. Ya el artículo 5 del Decreto 2170 del 2002 prevé que las audiencias no se tienen que llevar a cabo presencialmente. Tal vez aquí puede pensarse en una redacción similar a la del 2º. Párrafo del art. 5. en mención - numeral 5, art.21, D. 2170, 2002.

Num.8. Acceso a las evaluaciones en secretaría. En la medida que la página en internet de la entidad es el espacio virtual de la entidad contratante, al cual se puede acceder en tiempo real, no debe haber ninguna dificultad legal para suplirse en internet o en general mediante el empleo de tecnologías de información y comunicación - numeral 6, art. 21, D.2170, 2002.

Num.11. Notificación personal del acto de adjudicación. Nuevamente, si en internet todo ocurre en un espacio virtual, pero en tiempo real, no debe haber ningún problema para que las notificaciones se lleven a cabo en ese ambiente.

Sobre la seguridad jurídica de este procedimiento, debe recordarse que por mandato constitucional y legal todos los procedimientos administrativos deben llevarse a cabo de manera conforme con los principios de transparencia, de eficiencia

y de celeridad y que en este sentido desde 1995 las normas anticorrupción siempre han reconocido que el empleo de las tecnologías de información en las relaciones y comunicaciones entre la Administración Pública y sus administrados es una forma de acomodar la actuación administrativa a dichos cometidos e imperativos.

De otro lado, y en relación con los posibles cambios intempestivos en las decisiones de las altas cortes, no hay nada en las sentencias de la Corte Constitucional que pueda ser interpretado en el sentido de limitar la disposiciones de la Ley 527 de 1999 a las actuaciones administrativas de cualquier género y por el contrario sus consideraciones son bastante amplias y con afán de poner al país en general a tono con las transformaciones en materia de tecnologías de información y comunicación.

Si en todo caso persisten las dudas pues debe recordarse que las grandes tesis jurídicas siempre han sido rechazadas porque implican un cambio en la conducta y actitud al interpretar las normas y que al final se imponen cuando estos cambios terminan por operar y que en todo caso la notificación es uno de los al menos 14 pasos de un procedimiento de selección de contratistas.

Num.12. La suscripción del contrato puede hacerse por medios electrónicos-nums. 9 y 10, D. 2170, 2002.

La Certificación y las Autoridades de Certificación:

Las entidades de certificación son vitales para el uso de firmas digitales cuando las transacciones ocurren entre partes que no están en el mismo mercado o bajo las mismas leyes. Los certificados proveen certeza respecto de una llave pública distribuida en el mismo, aunque países como Colombia aceptan los certificados y los certificados emitidos por entidades de certificación extranjera. Estos no se emplean aún en la contratación estatal.

Compras por catálogo y por subastas en internet:

Estos son unos de los temas más complejos de tratar. En los países que han implementado estos sistemas, Los Estados Unidos, por ejemplo, existen regulaciones procedimentales detalladas, pero no se han encontrado normas de carácter legal específicas para las compras por catálogo.

En la práctica se trata de contratación directa para contratos de suministro empleando tecnologías de información y comunicación, partiendo de la base

que el criterio básico de selección es el precio más bajo—; otros criterios pueden aplicar tales como la disponibilidad y capacidad de suministro.

El catálogo no es más que una relación ordenada de las ofertas permanentes de los proveedores empleando tecnologías de información, lo que permite que las ofertas se puedan actualizar continuamente, que automáticamente se puedan integrar o agregar las demandas de diferentes entidades públicas para encontrar el mejor precio posible y en general encontrar eficazmente las mejores ofertas posible para cada caso.

Una preocupación que aparece de la anterior consideración es la política pública: este sistema sólo funciona bien si los precios de referencia son los del mercado, es decir, los suministrados por los mismos proveedores. Esta consideración asume que sistemas como el establecido en el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE)¹⁰ tienen un efecto **distortivo** en el mercado que de otra manera podrían ser ilegales bien porque son contrarios a las normas sobre competencia¹¹ o a las tributarias sobre precios de transferencia¹². De hecho, las distorsiones sobre los precios del mercado causados por la contratación estatal son precisamente el tipo de cosas que se busca remover en las negociaciones sobre compras estatales en la Ronda de Doha (WTO) y en ALCA.

Ahora bien, creo que trámites como audiencias y notificaciones previstos en las Leyes vigentes no impiden las compras por catálogo. Lo que pasa es que lo hacen menos eficiente, pero eso no es una consideración legal sino de política pública.

¹⁰ Artículo 6. De la consulta de precios o condiciones del mercado. La consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Unico de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados. La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si de tal análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, la entidad podrá descalificarlos o declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo.

Cuando la entidad carezca de la infraestructura tecnológica y de conectividad para acceder a la información del Registro Unico de Precios de Referencia (RUPR-SICE), la consulta de precios o condiciones del mercado se entenderá verificada con el estudio que la entidad realice para el efecto, del cual deberá dejar constancia por escrito.

Parágrafo transitorio. La aplicación de este artículo por parte de las entidades estatales se hará en los términos que sean establecidos para la implementación del Registro Unico de Precios de Referencia (RUPR-SICE).

¹¹ Artículo 47, Decreto 2153 de 1992.

¹² La Reforma tributaria recientemente adoptada en el país impone a todas las compañías contribuyentes demostrar que los precios de los bienes y servicios adquiridos de sus subsidiarias o asociadas son los del mercado.