

La administración electrónica y sus repercusiones en la contratación pública

JUAN CAMILO AMADO¹

Reseña Juan Emilio Suñé, *El e-government en el contexto global: Implementación en España, Europa y México*, México: Editorial Porrúa, 2013.

RESUMEN

La administración electrónica se ha consolidado como un sistema que, conjugando soluciones novedosas y estratégicas, permite la modernización constante de las administraciones públicas a nivel mundial. El uso de medios electrónicos por parte de la Administración ya no es un proceder exótico, sino una circunstancia que la beneficia ampliamente en el cumplimiento de los fines estatales y, sobre todo, en la realización de los principios de eficiencia, eficacia y transparencia que deben orientar el desarrollo de sus funciones. Esas virtudes de la administración electrónica tienen especiales implicaciones en el terreno de la contratación estatal, básicamente, en aras de facilitar a las entidades estatales la publicación de los actos emitidos en procesos contractuales y a los particulares la participación en dichos procesos.

Palabras clave: administración electrónica, eficiencia, eficacia, transparencia, contratos públicos, tecnología, contratación electrónica.

1 Estudiante de Derecho y monitor investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: juan.amado01@est.uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6667-5989>. Fecha de recepción: 1.º de abril de 2020. Fecha de modificación: 13 de abril de 2020. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2020. Para citar el artículo: AMADO, JUAN CAMILO, "La administración electrónica y sus repercusiones en la contratación pública", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020, pp. 315-332. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.13>.

The E-Government and its Effects on Public Procurement

ABSTRACT

The electronic government has consolidated itself as a system that, combining novel and strategic solutions, allows the constant modernization of public administrations worldwide. The use of electronic means by the administration is no longer an unfamiliar mode of action, but a broadly beneficial tool in the achievement of State goals, and above all, in the fulfillment of the principles of efficiency, effectiveness and transparency, which must guide the development of its functions. Such virtues, pertaining to the electronic government, have special implications in the domain of public procurement, basically, in order to make it easier for state entities to publish acts issued in contractual processes and for individuals to participate in these processes.

Keywords: E-government, Efficiency, Effectiveness, Transparency, Public Procurement, Technology, E-procurement.

INTRODUCCIÓN

Hacia la segunda mitad del siglo XX, concebir la posibilidad de adoptar la noción de "administración electrónica" en el ámbito de estudio del derecho público no era más que una simple quimera². Sin embargo, ya entrado el siglo XXI y bajo el entendido de que las Administraciones públicas están en constante renovación, surge la preocupación de responder proactivamente a las necesidades de los ciudadanos de una manera más eficiente y eficaz, pero ya no de la forma convencional³. Por eso, se implementan nuevos mecanismos que le permiten a la Administración estar en armonía con los postulados de un mundo globalizado, donde las dinámicas de la economía, la tecnología y la sociología brindan luces sobre la forma en que debe modernizarse. Sin duda

2 La quimera consistía en hablar del concepto de "administración electrónica" como tal, puesto que, en palabras de Jesús Galván y Pedro García López, "la administración electrónica es tan antigua como la informática misma", entendiéndose en este punto, que no se refieren a la existencia de la noción sino a los alcances que hoy puede tener la misma. JESÚS GALVÁN y PEDRO GARCÍA, *La administración electrónica en España*, Barcelona: Ariel, 2007. Considera el profesor Suñé que es tan acertado el planteamiento hecho por los académicos Galván y García que, "incluso la primera mecanización preinformática, la de máquinas mecánicas que tabulaban tarjetas perforadas, se desarrolló para la elaboración del censo USA de 1890; es decir para una actividad administrativa de estadística pública". JUAN EMILIO SUÑÉ, *El e-government en el contexto global. Implantación en España, Europa y México*, México: Porrúa, 2013, p. 9.

3 *Ibíd.*, pp. 10-13.

alguna, el camino idóneo para garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, la obtención de resultados de políticas públicas específicas, la optimización de recursos, la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos es el uso de aplicaciones basadas en sistemas web e internet por parte de la Administración⁴.

Es a partir del peso que progresivamente adquirirán estas tecnologías para el adelanto de la actividad administrativa que la obra reseñada muestra la forma en que los medios informáticos han ocasionado una revolución en el actuar de la Administración pública durante los últimos años. Bajo este enfoque, el análisis del autor no solo toma como referente el caso particular mexicano, sino que además aspira a aportar una visión de conjunto, apoyándose en el estudio de esta evolución en la Unión Europea e Iberoamérica⁵.

El e-government en el contexto global de Juan Emilio Suñé⁶ es un libro que por su amplitud temática y precisión conceptual demuestra la seriedad académica del autor y la rigurosidad con que trata asuntos de filosofía del derecho, derecho informático y derecho administrativo, permitiendo así aseverar que se trata de una obra multidisciplinaria, que no se agota en los sólidos anaqueles de un área específica del derecho, sino que, incluso, va más allá y se inmiscuye en ciencias como la economía y la sociología⁷. En la presente reseña se pretende profundizar sobre las reflexiones que hace el autor respecto del desarrollo de la Administración pública electrónica, para luego abordar los efectos o incidencias que puede tener el uso de medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública, su utilidad y capacidad para permitir la realización de la eficiencia, la eficacia y la transparencia como principios legal y constitucionalmente reconocidos en esa materia. De este modo, se ha decidido estructurar la reseña de la forma en que a continuación se procede a explicitar. Primero, se lleva a cabo un análisis sobre lo que es la administración electrónica, sus objetivos y la manera en que se desarrolla y manifiesta en el mundo de la contratación estatal. En segundo lugar, se plantean algunas de las virtudes que tiene el uso de medios electrónicos al momento de negociar y cuáles son los problemas que se podrían producir sobre el particular. Luego, se realiza un breve acercamiento a la situación de Colombia en lo que a la contratación pública electrónica respecta. Y, en una última sección, se plantea el reto del reconocimiento de la relación electrónica con la Administración como un derecho.

4 Ibid., pp. 15-21.

5 Ibid., pp. 55-111.

6 Licenciado, doctor y profesor de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Emilio Suñé Cano ha sido asesor jurídico de la Embajada de México en España, abogado ilustre del Colegio de Abogados de Madrid y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Informático de la Universidad Externado de Colombia.

7 JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, pp. 1-6 y 245-312.

1. EL TRASEGAR DEL E-GOVERNMENT A LA PUBLIC E-PROCUREMENT

La Administración pública electrónica o e-government se ha consolidado como un sistema complejo de soluciones que tienen por objeto la implementación de tecnologías de la información y la comunicación en las administraciones públicas. Se dice que es un sistema complejo, por cuanto conjuga nuevas aptitudes y cambios de organización enfocados en la búsqueda de la eficiencia administrativa, siempre con el propósito inevitable de beneficiar y no perjudicar a los ciudadanos. Es lógico que el ciudadano no sea quien se encargue de comprender las estructuras complejas que adopta la Administración, sino que es ella la que debe manifestarse como una organización unificada que, en palabras de Juan Emilio Suñé, les permite a los ciudadanos acceder de una manera fácil a la información y a los servicios que presta, en el tiempo y de la manera en que ellos lo deseen⁸. Asimismo, cuando se decide adaptar el modelo del e-government en un ordenamiento jurídico, no solo debe plantearse la idea abstracta de beneficiar a los destinatarios del mismo, sino que también deben formularse unos objetivos, que le permitan a la administración brindar servicios óptimos a menores costos⁹.

El primero de estos objetivos consiste en dirigir el e-government a la satisfacción de las necesidades de los usuarios, es decir, la Administración orienta el uso de medios electrónicos a facilitar la comunicación que tiene con los ciudadanos y a atender sus requerimientos de manera pronta y oportuna¹⁰. También se dice que un objetivo de la administración electrónica es el desarrollo de procedimientos informáticos que derriben cualquier cortapisa que se interponga en la relación existente entre las distintas entidades estatales,

8 Ibid., pp. 16-18. Cfr. EMILIO SUÑÉ LLINÁS, "Derechos humanos en el ciberespacio: La Declaración de Derechos del Ciberespacio", Actas de la Segunda Convención Internacional de Derecho Informático, Electrónico y de las Comunicaciones, Madrid: CIID y ASIMELEC, 2009.

9 JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, p. 15.

10 En el caso colombiano, el Consejo Nacional de Política Económica y Social ha dicho que para la obtención de este objetivo "es necesario, primero, disminuir las barreras que impiden la incorporación de tecnologías digitales, tanto en el ámbito empresarial como en las entidades del Estado; segundo, crear las condiciones habilitantes para la innovación digital, privada y pública como medio para aumentar la generación de valor económico y social mediante nuevos procesos y productos; tercero, fortalecer las competencias del capital humano que faciliten la inserción de la sociedad colombiana en la 4RI (Cuarta Revolución Industrial); y finalmente, desarrollar condiciones habilitantes para preparar a Colombia para los cambios económicos y sociales que conlleva la inteligencia artificial (IA), reconociendo esta tecnología como un acelerador clave de la transformación digital". CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y Social, "Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial", *Documento Conpes 3975*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2019, p. 3.

reafirmando así la idea de que la Administración pública actúa como una organización unificada y coordinada¹¹. Un tercer y último propósito consiste en emplear medios electrónicos para incrementar la confianza que los ciudadanos le tienen a la Administración y asegurar la transparencia de sus actuaciones. Ahora bien, estos objetivos solo podrán obtenerse satisfactoriamente en la medida en que los ciudadanos tengan acceso¹² y estén dispuestos a usar aplicaciones electrónicas al momento de relacionarse con la Administración. De ahí que convenga examinar el desarrollo del e-government como presupuesto de legitimidad de la actividad administrativa.

1.1. LA MADUREZ DEL E-GOVERNMENT: SUPERACIÓN DE COMPLEJOS Y UNA SENDA POR RECORRER

El e-government, como ya se ha podido observar, contribuye a la modernización de la Administración, respondiendo a los retos de la globalización y permitiéndole obtener beneficios económicos en las actividades que desarrolla. Si bien es cierto que el empleo de medios informáticos en la Administración se muestra como una tendencia a escala mundial, no lo hace de la misma forma en los distintos Estados, y eso lo corrobora la obra bibliográfica publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública en España, llamada *E-Gobierno para un mejor Gobierno*, en la que se muestran los resultados de un proceso investigativo realizado por la OCDE en 23 países entre los años 2002 y 2003, con el que se pretendía indagar cuáles eran los servicios más solicitados por los particulares a la Administración mediante instrumentos telemáticos. En ese informe, se obtuvieron datos estadísticos que permitieron realizar una clasificación por

11 Respecto de la coordinación en materia de administración electrónica, el autor señala que: "los gobiernos que deseen alcanzar soluciones orientadas al usuario, consistentes y cercanas a otras relaciones con los ciudadanos y otros usuarios de la Administración, en un contexto de e-government, necesitan tanto cooperación como colaboración entre los distintos organismos administrativos". JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, p. 27.

12 El acceso a internet es fundamental para que los ciudadanos puedan relacionarse con la Administración y puedan gozar de los servicios que ella presta. Pero en países como Colombia, donde aproximadamente 22 de los 50 millones de habitantes tiene el privilegio de acceder a esta herramienta digital, la situación se complica bastante porque aún son más de 27 millones de personas las que no cuentan con ese beneficio, que se concentran en las regiones más apartadas del país y residen en sectores de estratos 1 y 2. Ante semejante problemática, el gobierno de turno en el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, se ha trazado la meta de que, por lo menos el 70% de la población (35 millones de personas aproximadamente) tenga acceso a banda ancha de calidad al finalizar el año 2022. Sin embargo, es un objetivo que, al día de hoy, no se ha materializado y cuya realización en el futuro pende de la formulación e implementación de políticas públicas concretas. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, Sala de Prensa, 2019. Disponible en línea: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Mintic-en-los-Medios/100837:La-mitad-de-Colombia-no-tiene-internet>.

Estados, del número 1 al 23, dependiendo del avance tecnológico que tenían las respectivas administraciones y la forma en que atendían los petitorios de los ciudadanos. De lo extraído allí, se resaltan los siguientes datos: Canadá ocupó el primer lugar, seguida por Singapur y Estados Unidos respectivamente, Holanda el undécimo lugar y España el decimoquinto¹³.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia con las conclusiones a las que llegó el informe de la OCDE, donde se dijo que es menester un liderazgo y una voluntad política claros, que permitan superar la renuencia de los gobernantes a proponer y ejecutar políticas públicas encaminadas a beneficiar a la ciudadanía con mecanismos de comunicación e interacción, que ya no simbolicen obstáculos o accesos tortuosos, sino que garanticen la efectividad en la prestación de servicios y en la atención de necesidades. Esto es, la implementación de tecnologías en la Administración pública requiere, ante todo, un interés político que justifique la adopción de las mismas y vea con optimismo su desarrollo. Solo así se logra superar el complejo o la convicción errónea de que las nuevas tecnologías pueden llegar a confundir o, incluso, a perjudicar a los administrados.

Por consiguiente, no cabe duda de que un Estado dispuesto políticamente a ejecutar planes enderezados a fortalecer el e-government, como es el caso de Estados Unidos, ya ha superado de manera estratégica todo obstáculo que le impida avanzar en la materia. Por eso, una vez superados los complejos, se puede proceder a desarrollar ciertas facetas, que al agotarse permiten concluir que la administración electrónica ha logrado su propósito. Esas facetas son: a) el desarrollo de páginas web informativas sobre hechos y procedimientos; b) la interacción unidireccional, aquí las páginas web ofrecen posibilidades, tales como la descarga de formularios; c) la interacción bidireccional, en la cual los formularios pueden ser elaborados y remitidos telemáticamente, por lo que requiere un sistema de autenticación de la persona del solicitante; y, finalmente, d) la gestión electrónica del procedimiento. En la cuarta fase, la administración electrónica logra desarrollarse a plenitud y todo el procedimiento se lleva a cabo por medios telemáticos, desde la solicitud del servicio hasta su resolución¹⁴. De ahí que sea interesante analizar los resultados que se

13 OCDE, *E-Gobierno para un mejor Gobierno*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2008. Sobre el caso particular, cabe destacar que para el año 2012, la Organización de Naciones Unidas realizó una encuesta sobre la situación del gobierno electrónico en los distintos países "Survey 2012", donde clasificó a los 20 primeros países en una lista encabezada por Corea del Sur (0,9283), donde a diferencia del informe elaborado por la OCDE en 2003, España ya no se encuentra presente. Es más, con un índice de 0,7770, a pesar de acercarse al vigésimo país del ranking, que es Estonia con 0,7987, España se ubica dentro de la lista de los 25 países denominados emergentes, donde se encuentra Chile (0,6769) y Colombia (0,6572). JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, pp. 35-36

14 Son cuatro las fases que plantea el autor para comprender la forma en que la administración electrónica obtiene su madurez. Dice que, "a medida que se avanza en el desarrollo

pueden obtener aplicando los postulados de la administración electrónica en el campo de la contratación estatal.

1.2. LAS NUEVAS DINÁMICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tomando como punto de partida la comprensión de lo que es el e-government, se puede pasar a analizar, sin dificultad alguna, la figura de la *public e-procurement*. La contratación pública electrónica o *public e-procurement* es el mecanismo que busca repensar los procesos de contratación pública mediante el uso de herramientas digitales, que faciliten la adquisición de obras, bienes y servicios. Es un propulsor clave que permite a la Administración tomar decisiones sustanciales, partiendo de la existencia de datos estadísticos sobre el gasto público. En ese punto, se halla un primer aspecto por el cual se afirma que la *public e-procurement* no es una figura extraña a la administración electrónica. Es tan cierto esto, que la Agencia para Italia Digital ha dicho que "la contratación electrónica representa una palanca fundamental para el crecimiento de la economía; para la modernización y mayor eficiencia de los procesos administrativos; y para el control y reducción del gasto público"¹⁵. Además, las alternativas que ofrece la contratación electrónica, verbigracia los catálogos y mercados electrónicos, se concibieron con el propósito de satisfacer las necesidades de las empresas y fueron desarrolladas para favorecer las relaciones comerciales de los particulares¹⁶. Así pues, se refrenda que la contratación pública no es un asunto extraño a la administración electrónica.

1.3. UNA RELACIÓN INESCINDIBLE

La adquisición digital de bienes y servicios, como se ha visto, está íntimamente ligada al e-government: aquella es consecuencia directa de este. Pero, ¿cómo se explica ese nexo causal? La respuesta es muy sencilla. Una Administración pública que se ha proyectado de tal forma que sus procedimientos se agilicen

del e-government disminuye el *front office*, pero aumentan los recursos destinados al *back office*, siendo el *front office*, como su nombre lo indica, la parte de la Administración que opera de cara al público y el *back office*, también como su nombre lo indica, la trastienda, todo lo que no está de cara al público". *Ibíd.*, p. 11.

15 Esta concepción se puede analizar con lujo de detalle en las reflexiones que hace el gobierno italiano sobre el uso de las herramientas informáticas en el sector público, a través de la plataforma de la "Agencia para Italia Digital". Disponible en línea: <https://www.agid.gov.it/it/piattaforme/procurement>.

16 "These solutions would not necessarily cater for the particular needs of the public sector. This is because public and private sectors have different procurement objectives even though they share the same basic procurement goal in finding potential supplies to attain the lowest price at an acceptable quality level". CEVDET BULUT y BENJAMIN YEN, "E-procurement in public sector: a global overview", *Electronic Government, an International Journal*, Universidad de Hong Kong, vol. 2, n.º 2, 2013, pp. 4 y 5.

mediante el empleo de mecanismos informáticos ha comprendido los retos planteados por el *mutatis mutandis* de la tecnología, la economía, la sociología, la política y la cultura, y subsecuentemente, ha sabido manejarlos de manera adecuada¹⁷. La organización administrativa que cuenta con esas cualidades es capaz de llegar al ciudadano de forma oportuna por cualquier medio, descartando siempre tomar caminos escabrosos o acudir a maniobras malintencionadas para la obtención de ese fin. Esa capacidad de la Administración se predica de todos los ámbitos en los cuales actúa, por lo cual, no escaparía de ella el régimen de la contratación pública, y tan es así que, al día de hoy, es en este régimen donde más se observa una constante producción normativa encaminada a regular procedimientos electrónicos y a garantizar su efectiva realización. Sumado a este planteamiento, se propone estudiar de nuevo las facetas o el camino que, según el profesor Suñé, es necesario agotar para alcanzar la madurez del e-government en una determinada materia, que, en el caso particular, sería la contratación. La *public e-procurement* es reflejo de la existencia de una administración electrónica desarrollada, por cuanto después de ejecutar un plan teórico, práctico y estratégico, brinda a los particulares la posibilidad de negociar con una entidad tal como se procede a analizar.

En primer lugar, la comunicación se aborda a través de páginas web, donde el usuario conoce los hechos por los cuales se pretende celebrar un negocio jurídico y los procedimientos que se deben surtir previo a la suscripción del mismo. Asimismo, las páginas web están habilitadas para descargar toda la documentación necesaria para participar en un proceso de contratación y prever métodos con los cuales se garantice la transparencia de dicho proceso. Por último, se asegura que, en gran medida, el procedimiento desde su inicio hasta la celebración del contrato se puede llevar a cabo por medios telemáticos que satisfacen el cumplimiento de principios generales de la contratación estatal, como lo son la igualdad, la publicidad, la transparencia, la razonabilidad, la economía o la libre concurrencia y competencia. De manera que, si la contratación pública puede adoptar herramientas tecnológicas para desarrollarse con el propósito de que los ciudadanos se vean favorecidos, es necesario profundizar sobre cuáles son los beneficios y las problemáticas que se podrían presentar al respecto.

17 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, "Incidencia de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procedimientos administrativos: la gobernanza electrónica", en *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 149-245.

2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dentro de los procesos de contratación en los que está presente una entidad del sector público, hay dos momentos importantes: antes y después de la adjudicación. En la etapa previa a la adjudicación, como ocurre en el caso colombiano, se suele mirar con estricto rigor el cumplimiento de los principios contractuales, la competencia y la capacidad de las partes para celebrar contratos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la forma en que se desarrolla la delegación y la desconcentración contractual, el manejo del presupuesto, la garantía de cumplimiento del contrato estatal, los estudios previos y la oferta o propuesta, entre otros aspectos.

Después de haberse surtido la adjudicación viene una etapa poscontractual, donde se analizan aspectos como las atribuciones de la Administración en caso de incumplimiento, si existe enriquecimiento sin causa de una entidad pública, el manejo de los costos, gastos y valores no contenidos en el acta de liquidación o causados sin contrato, la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato, las multas y cláusulas penales a las que habría lugar, la efectividad de las pólizas de cumplimiento, etc. En vista de lo anterior, es de resaltar que la mayoría de los procedimientos comentados se pueden desplegar mediante el uso directo o indirecto de instrumentos telemáticos, sobre todo en la fase precontractual. Hay casos como el colombiano, donde se privilegia el uso de las herramientas informáticas en la fase previa a la adjudicación, y otros, como el de la Unión Europea, que buscan la simplificación de trámites a todo nivel, usando los mentados instrumentos antes, durante y después de la celebración del contrato¹⁸.

2.1. LA PROVECHOSA ADQUISICIÓN DIGITAL DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS

Con el fin de ahondar en la idea de que son más las virtudes que las desventajas subyacentes de la implementación de las nuevas tecnologías en el campo de los contratos públicos, seguidamente se plantean unas razones por las cuales se llega a tal aseveración. La *public e-procurement* permite:

- Conseguir procedimientos simplificados y eficientes.
- Reducir los trámites burocráticos y las cargas administrativas al momento de negociar.

18 Dice el doctor Suñé que, esa simplificación "supone prescindir completamente del papel, desde los anuncios y pliegos, hasta la presentación de ofertas, la evaluación de las mismas, adjudicación, ejecución del contrato y procedimientos de facturación y pago". JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, óp. cit., pp. 90-92. Cfr. COMISIÓN EUROPEA, "Generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea", en *Libro Verde aprobado por la Comisión el 18 de octubre de 2010*, Bruselas: Comisión Europea, 2010.

- Experimentar que la actividad contractual se despliega con mayor transparencia¹⁹.
- Alcanzar una disminución significativa en los costos²⁰.
- Mejorar la competitividad en un entorno empresarial, que se enfoca en la prestación de servicios eficientes y de calidad²¹.
- Desarrollar nuevos mecanismos de negociación con la Administración pública²².
- Diseñar plataformas digitales que se renueven constantemente con el objeto de facilitar la adquisición de obras, bienes y servicios.

Eso, por hablar tan solo de algunos de los beneficios que acarrea la consolidación de un sistema electrónico de contratación pública. Desde luego, son muchos más, pero interesa hacer hincapié en los más relevantes. En oposición a lo visto, la adopción del mecanismo de la *public e-procurement* puede envolver algunos inconvenientes prácticos, más que conceptuales, que no se pueden ignorar.

2.2. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

No obstante, manifestar que los procesos de contratación adelantados por la Administración pública se benefician ampliamente por la tecnología, hay

19 COMISIÓN EUROPEA, "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro", en *Libro Verde aprobado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996*, Bruselas: Comisión Europea, 1996. En España, la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 1.º numeral 1 dispone: "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".

20 En ese sentido: "En Italia, el gobierno calcula que ya ahorrado 3.700 millones de euros en 2003 de un total de 23.000 millones de euros de adquisiciones" y "en Irlanda, las estimaciones revisadas indican que los ahorros potenciales en los próximos cinco años serán de 1.000 millones de euros, suma que duplica las estimaciones iniciales". JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, *Contratos públicos y nuevas tecnologías*, Bogotá: Temis, 2015, p. 13.

21 CEVDET BULUT y BENJAMIN YEN, óp. cit., p. 9.

22 Dice el numeral 3.º del artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público española: "En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social".

ciertos obstáculos que se podrían presentar a la hora de ejecutar determinados trámites vía páginas web. Por ejemplo, en cuanto a la interoperabilidad, indica José Antonio Moreno, que al momento de implantar la contratación pública electrónica es factible que emerjan consideraciones políticas contradictorias, que pueden "traer consigo la implantación de sistemas cuya incompatibilidad técnica dificulte la comunicación, lo que impediría aprovechar todo el potencial de los procedimientos electrónicos de adjudicación de contratos"²³.

Pero ese no es el único problema que podría surgir, también es posible toparse con una negativa a la interacción por cuanto resulta complicado confiar en una figura, tan recientemente consolidada, como lo es la contratación electrónica. La mayoría de personas que se acerca a la Administración con el propósito de negociar, sobre todo en países latinoamericanos, ve con malos ojos la existencia de plataformas electrónicas mediante las cuales se deban surtir algunos procedimientos, eso, con base en un convencimiento popular según el cual lo que no se ve físicamente o no se toca, no existe. Dicho de otra manera, al día de hoy, todavía se tiene desconfianza en el uso de la tecnología para desarrollar procedimientos administrativos en la medida en que se tiene el razonamiento infundado de que lo que se hace virtualmente no brinda suficiente seguridad. Asimismo, se podría llegar a presentar cierta dificultad de comprensión respecto del manejo de las herramientas telemáticas. Este es el obstáculo que se manifiesta con mayor frecuencia dado que son muy pocas las administraciones que se dedican a sensibilizar a la ciudadanía sobre el manejo de los medios informáticos en la contratación pública. Es común ver en distintos ordenamientos que la implementación de la contratación electrónica, más allá de mirarse como una solución didáctica, se vuelve una imposición enigmática; dando al traste con los fines por cuales se concibió el mecanismo.

También, y un poco alejado de la realidad del continente americano, es altamente probable que se presente el problema de las firmas electrónicas diversas. En la Unión Europea es usual esta problemática derivada de la imprecisión que se evidencia en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999, donde se previó la posibilidad que tienen los Estados de exigir un tipo específico de firma electrónica, dependiendo de los variados conceptos jurídicos que tienen de la misma. Al respecto, el profesor Moreno Molina indica que, sin perjuicio de haberse concedido esa discrecionalidad a los Estados,

las directivas obligan a cualquier comprador público de la UE a reconocer, recibir y tramitar las ofertas presentadas en caso necesario, con una firma reconocida y sus certificados adjuntos, independientemente del lugar de la UE de procedencia o de sus características técnicas, e incluso cuando contienen documentos de distintos

23 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, *Contratos públicos y nuevas tecnologías*, óp. cit., p. 15.

orígenes (es decir, procedentes de un consorcio de proveedores) y posiblemente contienen firmas de distintos niveles y de procedencia diversa (es decir, de distintas autoridades nacionales)²⁴.

Por lo cual, es preocupante que cada Estado miembro de la UE tenga una concepción distinta de la firma electrónica y exija requisitos diferentes, unos más rigurosos que otros²⁵.

Ahora bien, los anteriores no son todos los inconvenientes que puede acarrear la adaptación de un sistema de contratación electrónica en una determinada Administración, porque en la práctica son más los obstáculos que tendrían el potencial de emerger, pero no son tan trascendentales como los expuestos. En adelante, se muestra atrayente realizar el ejercicio de concretizar las particularidades anteriormente vistas de la administración electrónica y la *public e-procurement* en el caso del Estado colombiano.

3. LA SITUACIÓN DE COLOMBIA EN EL MUNDO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Muchos países cuentan actualmente con su propia plataforma digital para la realización de compras públicas, unas más sofisticadas que otras, pero todas creadas con el objetivo de satisfacer los fines de la contratación electrónica. Chile, por ejemplo, cuenta con una página llamada "ChileCompra", donde acuden unos 900 compradores y unos 100.000 proveedores al año; Italia también tiene su plataforma virtual para facilitar la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración conocida como "Acquisti in Rete", a la cual acuden anualmente unos 4.000 compradores y 3.000 proveedores; en el caso de Rusia, se encuentra la página web "roseltorg.ru", usada por 217.144 compradores y 78.072 proveedores en tan solo una anualidad²⁶ y, por supuesto, Colombia cuenta con una plataforma informática para facilitar los procesos de contratación, que lleva el mismo nombre de la entidad que la administra, llamada "Colombia Compra Eficiente".

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación²⁷, que se encarga actualmente de desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)²⁸. Gracias al buen manejo que la entidad descentralizada le ha dado

24 *Ibíd.*, p. 16.

25 Cfr. JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *op. cit.*, pp. 113-168.

26 CEVDET BULLUT y BENJAMIN YEN, *op. cit.*, pp. 5-9.

27 Artículo 1 del Decreto 4170 de 2011.

28 Artículo 3 numeral 8 del Decreto 4170 de 2011.

a dicho sistema, se dice que constituye un incentivo para el uso del comercio electrónico²⁹ y es una verdadera solución a la necesidad de adoptar medidas que garanticen los principios de eficiencia y transparencia en la contratación pública con miras a "alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado"³⁰. De acuerdo con el artículo 3.º de la Ley 1150 de 2007, la contratación pública electrónica es un mecanismo que facilita "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" mediante instrumentos telemáticos. Por ello, el SECOP, como medio adecuado para alcanzar este propósito, está en condición de efectuar las siguientes actividades:

- Disponer de herramientas tecnológicas que permitan la realización de procesos de contratación electrónicos bajo los parámetros necesarios en los distintos métodos de selección, ya sea: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o contratación de mínima cuantía.
- Fungir como eje central en el ingreso de información y en la generación de reportes, tanto para las entidades públicas como para la ciudadanía.
- Contar con datos oficiales sobre la contratación realizada con dineros públicos³¹.

En ese orden de ideas, para que el SECOP pueda garantizar "a las entidades estatales cumplir con las obligaciones de publicidad de los diferentes actos expedidos en los procesos contractuales, a los interesados participar en los procesos de contratación, y a proponentes, veedurías y a la ciudadanía en general, consultar el estado de los mismos"³², se le han asignado tres componentes monitoreados por Colombia Compra Eficiente.

De un lado, se encuentra el SECOP I, que es la plataforma donde se publican los documentos del proceso de contratación adelantado por entidades estatales que negocian con fondos públicos. En segunda instancia, está la plataforma transaccional SECOP II, donde se gestionan electrónicamente todos los procesos, con cuentas para entidades y proveedores, y donde cualquier tercero interesado en vigilar la transparencia de los procesos de contratación lo puede hacer

29 CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, "Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia", *Documento Conpes 3620*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2009, p.5.

30 CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, "Política de contratación pública para un estado gerencial", *Documento Conpes 3249*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2003, p. 3.

31 Artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

32 Extracto de información contenida en la página oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Disponible en línea: http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/que_es_secop.html.

sin ningún problema³³. En último lugar se halla la plataforma transaccional Tienda Virtual del Estado Colombiano, que facilita a las entidades públicas la adquisición de bienes y servicios por medio de los acuerdos marco de precios y al amparo de contratos de agregación de demanda, y la compra de bienes en la modalidad de mínima cuantía en grandes superficies³⁴.

Acertadamente, se ha afirmado que en Colombia existe todo un entramado normativo encaminado a consolidar la contratación electrónica como un mecanismo para la obtención de procedimientos más eficientes, eficaces y transparentes. Por obvias razones, no es solo un asunto que abarca una pluralidad de disposiciones jurídicas, que se agotan en el papel, sino una realidad tangible que estriba en que hogaño el uso de medios electrónicos es algo familiar para quienes se desenvuelven en el terreno de los contratos públicos. Dadas las consideraciones que anteceden, conviene plantear lo que Juan Emilio Suñé llama "el derecho a la relación electrónica con la Administración"³⁵, que se da como consecuencia del desarrollo efectivo del sistema complejo comúnmente conocido como administración electrónica.

4. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE RECONOCER UN DERECHO A LA RELACIÓN ELECTRÓNICA CON LA ADMINISTRACIÓN

Para finalizar esta reseña, se ha dispuesto plantear un desafío que tienen las Administraciones públicas, luego de haber adoptado sistemas informáticos para optimizar su funcionamiento y garantizar adecuadamente a los ciudadanos la atención de sus requerimientos. El reto reside en la urgente necesidad de reconocer un derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración. Como bien lo manifiesta el doctor Suñé Cano, "el reconocimiento de este derecho ciudadano tiene múltiples implicaciones", como lo son la "simplificación de trámites, la interoperabilidad y la coordinación administrativa"³⁶.

33 En la encuesta realizada por la ONU en 2012 sobre la prestación de servicios de administración electrónica online, llama la atención el análisis que se hace sobre la e-participación, es decir, "el *feed-back* que permite la administración electrónica entre la prestación de servicios administrativos y el conocimiento de las inquietudes de los ciudadanos, así como la interactividad de los mismos". En esa encuesta se estableció un top 20 de los países con mejores servicios online, donde Colombia ocupó el decimosexto lugar con una puntuación de 0,8431. Es importante detenerse en el trasfondo de ese resultado, porque lo que "se mide es que el ciudadano deja de ser un receptor más o menos pasivo de servicios, para convertirse en un agente activo de la Administración Electrónica". JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, 39 y 40.

34 Cfr. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, *Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente. Actualizaciones hasta 16 de abril de 2019*, Bogotá: Agencia Nacional de Contratación Pública, 2019.

35 JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, p. 94.

36 Se resalta, adicionalmente, que es un derecho caracterizado por la universalidad, es decir, es universal "en el sentido de poder dirigir todo tipo de escritos, hacer cualesquiera

Asimismo, se trata de un poder jurídico que no se puede agotar en un versátil reconocimiento formal, sino que debe trascender a la garantía de su contenido. En otras palabras, no basta con que la Administración asegure tener los recursos tecnológicos suficientes para interactuar con el ciudadano, ya que debe desplegar acciones positivas que denoten la facilidad en el acceso a la información que está su poder, siempre que lo haga "en pie de igualdad con los sistemas tradicionales", para lo cual, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado colombiano expresó en concepto del 18 de marzo de 2010 que se trata de una posibilidad soportada en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el criterio de la "equivalencia funcional"³⁷, según el cual se deben implementar medios de notificación que reúnan todos los requisitos necesarios para preservar los derechos de los ciudadanos interesados, la exigibilidad de las decisiones administrativas y su prueba. Desde otro ángulo, aparte de tratarse de un derecho que posibilita el desarrollo de procedimientos administrativos mediante instrumentos informáticos, permite conocer el estado de tramitación de los expedientes administrativos y contar con la seguridad de que los documentos electrónicos a los que se tiene acceso son completamente válidos, al igual que los documentos físicos. Además, para poder ejercer el analizado poder jurídico es necesario instaurar "sistemas de identificación de personas y autenticidad de documentos", con los cuales se obtenga, sin dificultad alguna, "la dirección electrónica de las Administraciones públicas y un adecuado sistema de registros electrónicos, que den fe de la recepción de los correspondientes documentos"³⁸. Paralelamente, en aras de garantizar el derecho a la relación electrónica con la Administración, se debe brindar un apoyo físico y personal. El apoyo físico, como su nombre lo indica, se refleja en el ofrecimiento de espacios físicos o virtuales debidamente equipados, donde se pueda extraer una adecuada información acerca del uso de los mecanismos informáticos por parte de la Administración pública; mientras que el apoyo personal constituye una alternativa para sensibilizar por medio de un personal capacitado a aquellas personas que realmente no comprenden el funcionamiento de la administración electrónica o no tienen la suficiente formación para hacerlo.

Todo lo anterior encuentra mayor asidero en lo dicho por el Consejo de Estado colombiano en sentencia del 26 de enero de 2012, donde afirma que

la utilización de los medios electrónicos por parte de la Administración tiene como objeto garantizar la efectividad de los principios de la función administrativa

pagos, e incluso recibir notificaciones, si el ciudadano acepta que se le dirijan por medios telemáticos". *Ibíd.*

37 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de marzo de 2010, rad. 1989.

38 *Ibíd.*

como son, la eficacia, la economía y la celeridad; de igual forma, los referidos medios constituyen un instrumento razonable y justificado para el cumplimiento de los fines estatales y su uso por parte de la Administración pública obedece a la necesidad de estar acorde con las exigencias actuales en torno a la inmersión del Estado en la sociedad de la información y el conocimiento³⁹.

Por último, y recordando el enfoque dado a esta recensión, vale la pena resaltar que, el derecho a la relación electrónica con la Administración en el campo de la contratación estatal tiene unos caracteres específicos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana. La Corte Constitucional de Colombia ha insistido que,

en cumplimiento del principio de publicidad de las actuaciones de la Administración pública, la sustitución de medios físicos por electrónicos, para la publicación y difusión de la información relativa a los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la Administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos⁴⁰.

Así las cosas, se colige que hoy por hoy se tienen los supuestos fácticos y jurídicos suficientes para dar vía libre al reconocimiento de un derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 26 de enero de 2012, rad. 11001-03-25-000-2010-00008-00.

40 Corte Constitucional, sentencia C-711 de 12 de septiembre de 2012, expediente D-8971. El autor de la obra reseñada, complementando lo que ha establecido la Corte Constitucional colombiana, considera que "la información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de las partes interesadas" y se debe exigir que los sistemas electrónicos de contratación pública, "aparte de garantizar la seguridad informática y la integridad de los datos, garanticen también que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos". Señala, además, que "este es un aspecto característico de la contratación administrativa, la confidencialidad de las ofertas, que el legislador ha hecho muy bien en recoger expresamente". JUAN EMILIO SUÑÉ CANO, *óp. cit.*, pp. 236-240. Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-957 del 1.º de diciembre de 1999, expediente D-2413, C-384 del 13 de mayo de 2003, expediente D-4312, C-259 del 11 de marzo de 2008, expediente D-6893 y T-945 del 16 de diciembre de 2009, expedientes T-1711686 y acumulados.

CONCLUSIONES

El e-government en el contexto global es un libro que, por su lenguaje didáctico y vastedad temática, atrapa a quien se atreve a descifrar tan solo una de sus páginas, al punto de generar la sensación de querer continuar ininterrumpidamente con su lectura. Son tantas las manifestaciones del e-government tratadas por el autor en la obra reseñada, que, al analizarla, se puede afirmar que es un verdadero trabajo académico vanguardista, que resulta ser de extrema utilidad en tiempos, en los que las Administraciones públicas deben modificar drásticamente su tradicional funcionamiento a fin de preservar el orden público y garantizar el adecuado cumplimiento de principios como la transparencia, la eficacia y la eficiencia. Es usual hablar, por ejemplo, en épocas del COVID-19, del teletrabajo en la Administración pública, de la salud en línea, del aprendizaje en línea, de la forma en que se desarrolla la coordinación administrativa en el e-government y, evidentemente, de la contratación pública electrónica. Todos estos temas son tratados por el profesor Juan Emilio Suñé que, con una visión futurista, decidió plantearlos estratégicamente en su producción bibliográfica. Por ser la cuestión en la que se hizo mayor énfasis, se concluye afirmando que, en estos días, la contratación pública electrónica es un mecanismo en expansión a lo largo y ancho del mundo que, de no ser por su existencia, la adquisición de bienes, obras y servicios se paralizaría o no se daría de la manera más transparente y eficaz posible.

BIBLIOGRAFÍA

- BULUT, CEVDET Y BENJAMIN YEN. "E-procurement in public sector: a global overview". *Electronic Government, an International Journal*, Universidad de Hong Kong, vol. 2, n.º 2, 2013.
- BRADIER, AGNÈS. "Le gouvernement électronique: une priorité européenne". *Revue française d'administration publique*, n.º 110, École Nationale d'Administration, 2004.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. *Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente. Actualizaciones hasta 16 de abril de 2019*. Bogotá: Agencia Nacional de Contratación Pública, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA. "Generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea". En *Libro Verde aprobado por la Comisión el 18 de octubre de 2010*. Bruselas: Comisión Europea, 2010.
- COMISIÓN EUROPEA. "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro". En *Libro Verde aprobado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996*. Bruselas: Comisión Europea, 1996.

- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. "Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia", *Documento Conpes* 3620. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2009.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. "Política de contratación pública para un estado gerencial", *Documento Conpes* 3249. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2003.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. "Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial", *Documento Conpes* 3975. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2019.
- ESCRIHUELA MORALES, FRANCISCO JAVIER. "La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 72, 2008.
- GALVÁN RUIZ, JESÚS Y PEDRO GARCÍA LÓPEZ. *La administración electrónica en España*. Barcelona: Ariel, 2007.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *Contratos públicos y nuevas tecnologías*. Bogotá: Temis, 2015
- OCDE. *E-Gobierno para un mejor Gobierno*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2008.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. "Incidencia de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procedimientos administrativos: la gobernanza electrónica". En *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SUÑÉ CANO, JUAN EMILIO. *El e-government en el contexto global. Implantación en España, Europa y México*. México: Porrúa, 2013.
- SUÑÉ LLINÁS, EMILIO. "Derechos humanos en el ciberespacio: La Declaración de Derechos del Ciberespacio", *Actas de la Segunda Convención Internacional de Derecho Informático, Electrónico y de las Comunicaciones*, Madrid: CIID y ASIMELEC, 2009.