

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA

*Roberto Laguado Giraldo**

Dedicado a todos los funcionarios públicos y a los consultores colombianos que han tratado de modernizar la contratación pública y hacer del *e-procurement* una realidad.

RESUMEN

Este estudio presenta la evolución jurídica de la contratación pública por medios electrónicos. Los avances de las tecnologías de la información y la comunicación han permitido que el Estado introduzca el uso de la Internet dentro de la administración pública, incluso en una de sus áreas más influyentes: la contratación pública. Esta situación dio lugar al fenómeno de la contratación pública por medios electrónicos, con lo cual se remplazan las prácticas tradicionales y los procedimientos de contratación por las nuevas alternativas ofrecidas por la era digital. El *e-procurement* —como se le conoce en inglés— aparece como una de las mayores preocupaciones de las administraciones públicas, tanto locales como extranjeras, dado el gran margen de gasto público que a través de la contratación pública electrónica, desde una perspectiva histórica, describiendo su proceso de implementación

Fecha de recepción: 1° de septiembre de 2004

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho administrativo y especialista en derecho comercial; profesor de la cátedra de ciencia y tecnología del Departamento de Derecho Económico y miembro del Grupo de Estudios en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la misma universidad; LLM Candidate - International Economic Law, University of Warwick— Reino Unido; ex consultor del Gobierno colombiano para el Proyecto de Contratación Pública del Banco Mundial/ Departamento Nacional de Planeación. Las consideraciones que se presentan a continuación sólo reflejan la opinión del autor desde una perspectiva académica y no implican ninguna posición institucional por parte del Banco Mundial o del Departamento Nacional de Planeación. laguado_roberto@yahoo.com; laguado_roberto@hotmail.com.

en Colombia a partir de tres etapas de evolución, que comprenden el inicio y el estado actual del asunto. El documento también sienta conclusiones y un plan de acción para eventualmente incorporar la contratación pública electrónica como un instrumento clave para la administración pública electrónica.

Palabras clave: contratación pública, medios electrónicos, *e-procurement*, contratación pública electrónica, decreto 2170 de 2002.

ABSTRACT

This study addresses the legal evolution of the electronic government procurement (e-procurement) in Colombia. The advancement of the information technology has allowed the state to introduce the Internet into the public administration even in one of its major areas: government procurement. This situation has produced the emergence of the phenomenon of e-procurement, which switches the traditional practices and procedures of procurement into those offered by the digital era. E-procurement appears as one of the major contemporary concerns of national and foreign public authorities owing to the large state expenditure involved therein. Thus, this study presents an historical perspective of the issue in the Colombian context, describing the process of settlement of the e-procurement strategy in three different stages. The paper also sets forth a pathway to eventually anchor the e-procurement as an actual and dynamic instrument in the Colombian public administration.

Key words: public procurement, information technology, electronic government procurement, decree 2170/2002.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. ETAPAS DEL DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE *E-GOVERNMENT PROCUREMENT* (CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA) EN COLOMBIA
 - 1.1. Etapa inicial (desde julio de 2000 hasta septiembre de 2002)

- 1.1.1. Directiva presidencial 02 de 2000
- 1.1.2. Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información sobre contratación pública en Internet
- 1.1.3. Documento CONPES 3186 de 2002, “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”
- 1.2. Segunda etapa (desde julio de 2002 hasta diciembre de 2003)
 - 1.2.1. Decreto 2170 de 2002
 - 1.2.2. CONPES 3249 de 2003, “Política de contratación pública para un Estado gerencial”
- 1.3. Tercera etapa (desde diciembre de 2003 a la actualidad)
 - 1.3.1. Decreto 3816 de 31 de diciembre de 2003 – COINFO
 - 1.3.2. Fortalecimiento del Portal Único de Contratación
 - 1.3.3. Diseño del sistema por parte de la Agenda de Conectividad
2. Falencias del sistema vigente y modificaciones legales necesarias
 - 2.1. Cuestiones preliminares
 - 2.2. Las dos posiciones interpretativas
3. CONCLUSIONES: EL DEBER SER NORMATIVO E INTERPRETATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA COLOMBIANA

INTRODUCCIÓN

La *contratación pública* por medios electrónicos¹ es el instrumento por medio del cual la administración estatal, utilizando en lo esencial medios electrónicos, busca satisfacer sus necesidades de contratación. Todo lo relacionado con la administración pública electrónica para Colombia parece algo complejo y descontextualizado porque los desarrollos legales en materia de derecho administrativo han pasado por alto la posibilidad de utilizar la telemática y la Internet para el logro de los fines estatales, y aunque hay expresiones de telemática administrativa, como el decreto 2170 de 2002, las directivas presidenciales 02 y 012 y los decretos 2150 de 1995, 1094 de 1996 (sobre factura electrónica ante la DIAN), 1122 de 1999, 266 de 2000, lo cierto es que no parecen muy claras las reglas e instrumentos con que cuenta y debe comportarse la administración pública colombiana al utilizar la tecnología.

Sí se pueden identificar esfuerzos esporádicos para generar legislación sobre la automatización de la administración, pero las prioridades han derivado el rumbo y el uso de la tecnología dentro de la actividad del Estado no está presente, ni en la

1 En inglés, *Electronic Government Procurement*.

práctica ni en el contexto jurídico de la administración pública colombiana. Por esta razón, el deseo de implementar un sistema electrónico de contratación estatal no debe orientarse al replanteamiento del Estatuto General de Contratación, y debe empezar por el principio: la definición de las reglas básicas de funcionamiento de la administración pública.

*Policy makers*² han buscado aprovechar las ventajas de los avances tecnológicos en el manejo de información y telecomunicaciones, con la finalidad de aumentar la eficiencia de los procesos de contratación estatal y la transparencia de los mismos. Se pretende revolucionar la forma tradicional de los procesos de adquisiciones, a través de transacciones más rápidas, difundiendo los procesos de compras, garantizando una mayor participación de proveedores y contando con una herramienta efectiva de supervisión, control y rendición de cuentas de las adquisiciones.

En tal esfuerzo se han advertido algunos obstáculos legales que no han permitido que en la práctica se celebren contratos administrativos por estos medios. A veces tales obstáculos provienen de la propia ley de contratación; en otras ocasiones se deben a las disposiciones legales sobre comercio electrónico o, simplemente, tienen que ver con conceptos legales clásicos del derecho que no se pueden actualizar o que no se han beneficiado de las interpretaciones que las hagan aprovechables dentro de la modernidad.

Merece especial atención el primer instrumento normativo sobre tema, esto es el decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 2002 que además de establecer normas sobre uso de medios electrónicos en la contratación pública, también propugna por una lucha frontal contra la corrupción.

En este documento expondré tres temas, el primero corresponde al estado del arte en materia de contratación pública electrónica a nivel de política pública, tema que abordaré en etapas; el segundo presentará las posiciones interpretativas existentes alrededor del marco legal de la contratación pública electrónica y; el tercero, el cual se presentará como conclusión del trabajo, corresponde a una descripción crítica del marco regulatorio actual y las propuestas legislativas sobre la materia.

2 Generadores de política pública que son voceros del gobierno, tales como la Vicepresidencia de la República, el Departamento Nacional de Planeación, la Agenda de Conectividad y otros.

1. ETAPAS DEL DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE E-GOVERNMENT PROCUREMENT (CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA) EN COLOMBIA

1.1. Etapa inicial (desde julio de 2000 hasta septiembre de 2002)

En una primera etapa, el gobierno nacional expidió varios instrumentos regulatorios con el ánimo de impulsar la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. Ellos son la *Directiva presidencial 02 de 2000*; el *Instructivo de políticas y estándares* para la publicación de información sobre contratación pública en la Internet y el *documento CONPES 3186 de 2002*.

Aunque las perspectivas del gobierno eran bien intencionadas, y aunque sin duda alguna estos instrumentos son la base de lo que hoy en día existe en materia de contratación electrónica, admiten comentarios, tal como a continuación sigue.

1.1.1. Directiva presidencial 02 de 2000

En desarrollo del Documento CONPES 3072 de 2000 el Gobierno del presidente ANDRÉS PASTRANA decidió impulsar varias estrategias de modernización a través de un programa especial llamado la Agenda de Conectividad.

Este grupo de trabajo tendría como misión hacer del gobierno el usuario modelo de las TIC³ desarrollando a su vez varias estrategias, una de ellas, la de Gobierno en Línea, a partir de la cual el Estado colombiano y las entidades cobijadas por la orden presidencial, deberían agotar tres etapas previas y preparatorias de gobierno electrónico avanzado.

Según el documento CONPES, eran tres las etapas que se debían agotar, tal como se expresa en el siguiente cuadro:

3 Tecnologías de la información y la comunicación.

Etapas	Objetivo	Plazo de cumplimiento
Fase 1	Proveer información en línea a los ciudadanos por parte de las entidades cobijadas por la directiva.	31 diciembre de 2000
Fase 2	Ofrecer servicios y trámites en línea a los ciudadanos.	31 diciembre de 2001
Fase 3	Contratación en línea.	30 de junio de 2002

El plazo asignado para llevar a cabo contratación pública no fue nunca cumplido, y, es más, podría llegar a pensarse que ni siquiera hoy en día se ha alcanzado. Esto se debe a varias razones. En primer lugar, una falta de planificación y entendimiento sobre la meta planteada, es decir, no poder anticiparse a los efectos de imponer medidas a contra marcha. Sin duda alguna, en el año 2000 el gobierno no tenía claridad sobre las implicaciones técnicas y jurídicas que se relacionaban con la meta de contar con un sistema de contratación electrónica para mediados de 2002. En segundo lugar, el término “contratación en línea” no era el más adecuado, o mejor, no se precisó el verdadero alcance de lo que se quería decir al afirmar que para junio de 2002 ya habría contratación en línea.

Definir qué se entiende por contratación pública en línea no es tarea fácil. Puede entenderse que un simple intercambio de información es contratación en línea; que publicar los pliegos de condiciones en una página *Web* oficial es contratación en línea o que ese concepto se concrete en,

“la actividad consistente en el intercambio —compra y venta— de bienes y servicios a través de la Internet. Con mayor acierto, también sep puede decir que la contratación en línea corresponde a la realización de otros procesos y actividades en línea, encaminados al intercambio de los bienes y servicios, como por ejemplo, una simple oferta de los bienes, o un simple llamado para recibir ofertas de algunos servicios; de igual forma implica poner las decisiones de compra en línea, conectar a los proveedores a la red de compras y ensanchar el rango de empleados o funcionarios que pueden llevar a cabo estas transacciones”. (FISHER, ANDREW, “*It’s a small world after all. Understanding e-procurement*”,

<http://specials.ft.com/eprocurement/FT3XC1TXKFC.html>⁴.

En últimas, “contratación en línea” es un concepto amplio, derivado de la palabra inglesa *e-procurement*, que no corresponde a un concepto restrictivo sino más bien amplio. Pues bien, con esta dificultad conceptual fue difícil entender hasta qué punto el gobierno quería que las entidades efectivamente celebraran contratos administrativos a través de la red. Si se hubiera delimitado el concepto se podría pensar que el grado de cumplimiento habría sido mejor.

Como política de gobierno, la idea de implantar el gobierno electrónico en tres etapas, sí rindió frutos interesantes. Sin duda las entidades públicas empezaron a pensar y preocuparse por ser tecnológicamente viables, de forma que las oficinas de sistemas y los mismos despachos de los directores, se tuvieron que formular la pregunta: ¿podemos cumplir con lo establecido en la directiva 02? Algunas entidades, las más, concluyeron que no y que en consecuencia sería necesario migrar sus sistemas hacia unos de mayor calidad y sobre todo, más efectivos a la hora de interactuar en ambientes *Web*. Por esta razón varias entidades contrataron el diseño de páginas *Web*, adquisición de *hardware* y *software* especializado (ERP), de soluciones tecnológicas idóneas para tener, al menos presencia en la Internet.

A comienzos del año 2002 un actor importante entró a tomar partida en el diseño de la política pública de *e-procurement* y a colaborar con la estrategia hasta ahora impulsada por la Agenda de Conectividad: el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, que con ayuda del Banco Mundial y con respaldo institucional del Departamento de Planeación Nacional, se contactó con la Agenda de Conectividad y expidió un importante documento, al cual nos referiremos a continuación.

1.1.2. Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información sobre contratación pública en Internet⁵

Entre el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP y la Agenda de Conectividad se diseñó un primer instructivo de políticas y estándares para publicar información en Internet.

Este documento, expedido en marzo de 2002 tuvo como objetivo el diseño de las instrucciones básicas a las entidades públicas para poner en marcha la fase III de la Directiva presidencial 02 a que ya hemos hecho referencia. Para esa época, las

4 LAGUADO, ROBERTO, “Sistemas de *e-government procurement*” *Revista Jurídica del Perú*, n° 40, noviembre de 2002, pág. 172.

5 Véase <http://www.directiva02.gov.co/principal.asp?flag1=Evalfasetes>

entidades públicas ya habían empezado a hacer los ajustes internos que eran necesarios para cumplir las tres fases de la Directiva y de esta forma, ya publicaban información institucional en sus páginas *Web*, exitosamente reportaban información y realizaban algunos trámites propios de la entidad, pero realmente estaban desorientados y poco preparados para cumplir la fase III relacionada con contratación electrónica.

Por esta razón el gobierno expidió el documento a que nos hemos referido en el cual se señalaban tres etapas para que las entidades agotaran la tercera fase de la Directiva 02. Estas tres etapas corresponderían a:

1. publicación de información sobre contratación en Internet, en el momento en que se produce y se asocia a los pasos del proceso de contratación, de conformidad con lo establecido en la ley y según los plazos allí definidos;
2. implementación de procesos interactivos dentro de la contratación. Estos procesos se refieren a intercambio de información entre las entidades y los proveedores que pueden darse a través de intercambio de correos electrónicos simples o intercambio de mensajes en formato digital y
3. implementación de procesos transaccionales soportados en herramientas que controlen el proceso de contratación.

La primera de estas etapas, y sin duda la más importante de todas, que al tiempo es la etapa que internacionalmente ha sido mayormente alcanzada, es la que presentó menos inconvenientes para su cumplimiento. Por esta razón se pueden exponer el siguiente análisis cuantitativo.

En el año 2003 el Programa Agenda de Conectividad evaluó el nivel de cumplimiento de los instructivos sobre publicidad electrónica de los procesos de contratación (*Instructivo Estrategia gobierno en línea. políticas y estándares para dar cumplimiento a la fase 3 de la directiva presidencial 02 de 2000*). En su evaluación, la Agenda verificó que la siguiente información hubiera sido publicada por cada entidad según lo dispuesto en el instructivo citado:

- Publicación del plan de compras.
- Publicación del borrador de términos de referencia, pliegos de condiciones e invitaciones a cotizar.
- Publicación de acuerdo con requisitos oficiales.

- Publicación de pliegos en línea y/o términos de referencia, pliegos de condiciones e invitaciones a cotizar.
- Publicación de aclaración de pliegos en línea y/o términos de referencia, pliegos de condiciones e invitaciones a cotizar.
- Publicación del plazo para la recepción de propuestas.
- Publicación de resultados de calificación de ofertas.
- Publicación de resultados de la consulta al SICE.
- Publicación de la resolución de adjudicación.
- Publicación de contratos y formalidades.
- Publicación de la liquidación del contrato.

La evaluación pretendió determinar la forma como se estaban cumpliendo los requisitos de publicidad exigidos en el documento de *Estrategia Gobierno en Línea - Políticas y estándares para dar cumplimiento a la Fase 3 de la Directiva Presidencial 02 de 2000* elaborado por la Agenda de Conectividad y el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP en febrero de 2003 y los criterios para hacer esta evaluación fueron los siguientes⁶:

1. Número de procesos de contratación en curso.
2. Número de procesos publicados en la *Web*.
3. Número de procesos publicados a tiempo.
4. Número de procesos pendientes de publicar en la *Web*.
5. Cumplimiento por información publicada.
6. Cumplimiento por publicación a tiempo.

Este largo proceso de evaluación analizó a 21 sectores de la administración pública y su progreso y resultados se pueden sintetizar de la siguiente forma:

a. Grado de cumplimiento a nivel sectorial⁷

Las entidades públicas han sido evaluadas según el grado de cumplimiento que presentan respecto de los mandatos sobre publicidad electrónica de información sobre contratación. Se observó que ningún sector logró cumplir el 100% de las expectativas y que la mayoría de sectores no logran superar el 50% de cumplimiento.

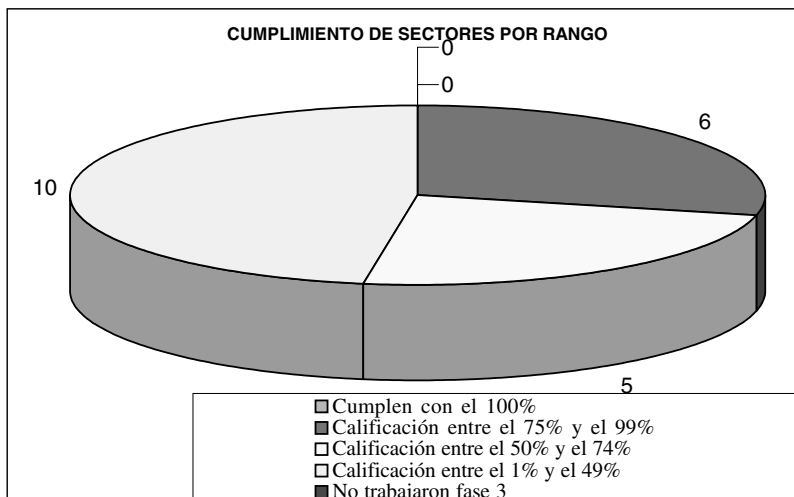
6 Se tomó como fecha de evaluación el 31 de julio de 2003.

7 Fuente: Agenda de Conectividad.

Cumplimiento por rango	N° de sectores
Cumplen con el 100%	0
Calificación entre el 75% y el 99%	6
Calificación entre el 50% y el 74%	5
Calificación entre el 1% y el 49%	10
Total	21

También se observó que sólo dos sectores lograron superar un rango del 80% en cuanto al cumplimiento de lo propuesto: el sector de estadística y el de desarrollo económico. Los niveles más bajos los presentaron los sectores de relaciones exteriores, medio ambiente y función pública. Niveles intermedios son los que presentan sectores tales como la Presidencia de la República, comunicaciones, defensa y seguridad.

La siguiente gráfica muestra de forma consolidada el grado de cumplimiento a que llegan los 21 sectores.



b. Cumplimiento por entidades

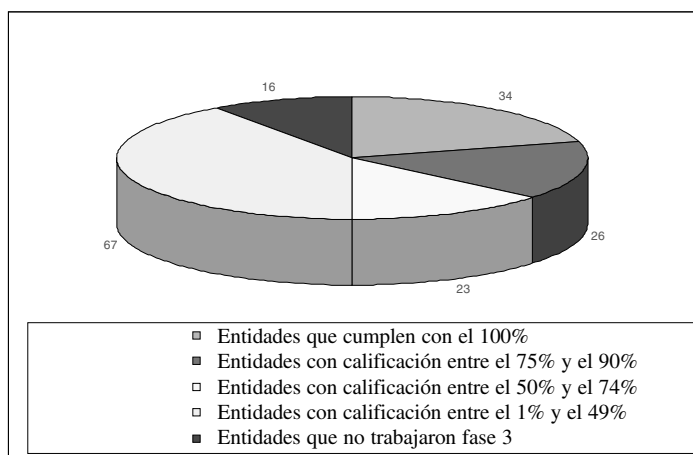
El análisis por entidades arroja información más satisfactoria según la cual existen varias instituciones que sí cumplieron a cabalidad los requerimientos y etapas pro-

puestas para darle publicidad a la información electrónica sobre contratación. Se vuelve a advertir que una proporción importante de entidades públicas (40%) no alcanza a reportar niveles siquiera intermedios de cumplimiento (49%), y en contraste la fracción mayoritaria restante arroja cumplimientos superiores al 50%.

Cumplimiento de la etapa 3	Número	%
Entidades que cumplen con el 100%	34	20.482
Entidades con calificación entre el 75% y el 99%	26	15.663
Entidades con calificación entre el 50% y el 74%	23	13.855
Entidades con calificación entre el 1% y el 49%	67	40.361
Entidades que no trabajaron la fase 3	16	9.6386
	166	

La siguiente gráfica ilustra esta situación desde la óptica de los sectores.

Cumplimiento de sectores por rango



Uno de los grandes avances que propició este documento fue el de señalar, por primera vez, qué tipo de información debería ser publicada en Internet. Con eso,

sentó las bases de la fase informativa de un sistema de *e-procurement* al establecer cronológicamente qué documentos y reportes del proceso de contratación debían incluirse en la red Internet. Se generó una disciplina de publicación de información, a través de unos parámetros estándares con los que se estableció el conjunto mínimo de información que debía ser publicada.

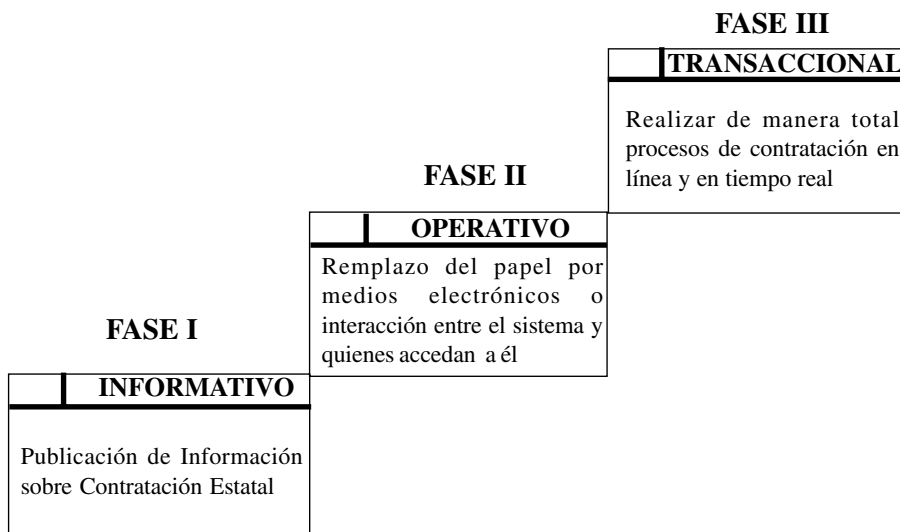
Otro de los aspectos importantes de este instructivo lo constituye el señalamiento que hizo sobre los estándares tecnológicos necesarios para construir páginas *Web* orientadas a la publicación de información sobre contratación pública. En esta medida, el instructivo no sólo señaló qué había que publicar electrónicamente, sino también cómo —en términos tecnológicos— debía cada entidad llevar a cabo esta publicación. Es necesario resaltar el gran esfuerzo y a su vez, el gran avance que constituye el hecho de señalar estándares en esta materia porque, el éxito de una política pública de *e-procurement* dependerá, en parte, de desplegar armónicamente una gestión homogénea y parametrizable en todas las entidades estatales.

1.1.3. Documento CONPES 3186 de 2002, “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”

Luego de un arduo trabajo, el Proyecto de Contratación del Departamento Nacional de Planeación, el 20 de septiembre de 2002 entregó el trabajo que se convertiría en el documento CONPES 3186 de 2002, titulado “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”. Este documento presentó a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES—, una propuesta para, por primera vez en Colombia, formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que propendiera por su eficiencia y por su transparencia, que tuviera en cuenta el impacto socioeconómico de la misma y que trascendiera el enfoque puramente jurídico “formal” con el que tradicionalmente se ha abordado este tema.

Como premisa para el avance hacia la eficiencia y la transparencia en la contratación pública y con base en varios ejemplos internacionales (Argentina, Chile, México, Brasil) el documento plantea la creación de un sistema de contratación pública electrónica. En efecto, el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública —SEIC—, se propone como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

Este documento esboza los niveles de evolución de este sistema en tres fases, tal como se muestra a continuación:



La primera fase implica la generación de un sistema puramente informativo, que satisfaga las necesidades de publicidad y transparencia de los operadores de la contratación pública, bien sean privados o públicos. En este sentido, se esperaría hacer *up-load*⁸ de documentos del proceso de contratación como por ejemplo, los pliegos de condiciones o los informes de evaluación.

En una segunda fase, se esperaría dotar de equivalencia funcional a los documentos soportados en formato digital y generar interacción entre las entidades públicas y los proveedores de forma que exista EDI⁹ entre ellos que a su vez permita llevar a cabo la gestión pública contractual en sí misma considerada. Como lo veremos más adelante, esta etapa no puede acometerse tan fácilmente sin antes decantar y solucionar algunos problemas e interpretaciones jurídicas respecto del uso de medios electrónicos en la gestión administrativa.

En una tercera fase, el documento CONPES prevé la realización de procesos de contratación, totalmente en línea y en tiempo real. Ahora bien, para llegar a esta etapa hace falta que todos los operadores de la contratación pública se introduzcan en el uso corriente de medios electrónicos dentro de su gestión diaria. Esto implica que tanto el sector privado como el público decidan empezar a utilizar la Internet y otras formas de conectividad para llevar a cabo sus actividades. Todos los actores

8 Utilizamos la expresión *Up-load* para significar el hecho de alojar documentos en las páginas *Web* de las entidades públicas.

9 Electronic Data Interchange.

del proceso de contratación, y no sólo el Estado, deberán hacer el tránsito a la digitalización de sus documentos y sus procesos para generar un intercambio de información que cumpla las etapas del proceso de contratación. En este sentido, los sistemas que hoy en día no están digitalizados deberían empezar a trabajar con soportes electrónicos de forma que el expediente del proceso algún día pueda estar conformado exclusivamente por documentos electrónicos. Pensar en la obligatoriedad de ajuntar copias de los recibos de pago de las pólizas de seriedad de oferta, o en el requerimiento de aportar estados financieros certificados o dictaminados, todos ellos en soporte papel, atenta contra esta política y sugiere un necesario debate sobre cómo lograr que —en los casos planteados por ejemplo— el sector financiero agote su gestión aseguradora y los contadores públicos su función federataria a través de mensajes de datos. Jurídicamente es posible solucionar estas preocupaciones pero hará falta y será muy difícil, cambiar la mentalidad de los funcionarios públicos y, lo que es más complejo, lograr el compromiso político que en todos los órganos del poder público y en todos los niveles exijan y respalden estas soluciones. Sobre este tema volveremos más adelante.

La creación de un sistema integrado de contratación responde a varias necesidades: integración de información para acabar la dispersión y a su vez, la desinformación; direccionamiento de política en materia de contratación electrónica; identificación de un responsable institucional en materia de contratación pública electrónica (*e-procurement*).

Varios países ya cumplieron esta etapa y cuentan hoy en día con sistemas integrados (o al menos, integrándose). Es el caso de Chile, Argentina, Perú, Australia, Estados Unidos, Brasil (a nivel federal y estadual) y México. Sus avances no son parejos y algunos países han progresado más que otros pero el eje de su proyección ha sido una centralización del esfuerzo de modernización en ese pilar institucional.

A nivel de política pública, como lo dijimos anteriormente, el CONPES sugirió la creación de este sistema. No obstante, la realidad y variabilidad política cambió de prioridades. Así pues, el Gobierno URIBE, como era de esperarse tras cambios en las administraciones, revisó la nómina de los actores y modificó los roles individuales y colectivos en el desarrollo de política de *e-government procurement*, de forma que el impulso que alguna vez tuvo la iniciativa por parte de la Agenda de Conectividad y del Departamento Nacional de Planeación, quedaron suspendidos a la espera de una nueva orden superior. Un año más tarde la política de gobierno reorientaría el esquema y rescataría la necesidad de contar con un sistema único integrado, al que nos referiremos cuando nos detengamos a analizar el documento CONPES 3249 de 2003.

1.2. Segunda etapa (desde julio de 2002 hasta diciembre de 2003)

La segunda etapa del desarrollo de la política de contratación pública electrónica se definió con el inicio de un nuevo gobierno, el del presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ, y por lo mismo, vinculado por un deseo y compromiso político de luchar contra la corrupción. Desde el Departamento Nacional, de Planeación con el Programa de Renovación de la Administración Pública y más específicamente gracias a la intervención del Proyecto de Contratación Pública del Banco Mundial que allí mismo tenía lugar, se formularon dos instrumentos regulatorios en materia de contratación pública electrónica: el decreto 2170 de 2002 y un año después, el documento CONPES 3249 “Política de contratación pública para un Estado gerencial”.

1.2.1. Decreto 2170 de 2002

Dentro de la agenda de gobierno del presidente URIBE, que incluye dentro de sus prioridades la lucha frontal contra la corrupción y la politiquería, se expidió el decreto 2170 de 30 de septiembre 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, cuyo texto final fue el producto de una mesa de trabajo conformada por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, el Ministerio de Transporte y el Proyecto de Contratación Pública del Departamento Nacional de Planeación.

Esta norma recoge diversos aspectos que encuentran fundamento en las propuestas de la “Misión de contratación”, esfuerzo de discusión y definición de aspectos de política pública en materia de contratación que culminó a mediados del 2002, y en los cien puntos del programa de gobierno, que persigue fundamentalmente aumentar la transparencia en la contratación pública a través de la inclusión de nuevas reglas para los procedimientos de contratación.

Del contenido del decreto se destaca: la reglamentación de varios mecanismos que incrementan los niveles de publicidad y transparencia en la contratación, la promoción del uso de la Internet para algunas de estas publicaciones, la imposición de reglas para la contratación con organismos multilaterales, cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, la masificación de la celebración de audiencias de adjudicación, la participación ciudadana para aumentar el control social en los procesos, la definición del alcance del deber de selección objetiva en la contratación, y el señalamiento de nuevas reglas para el procedimiento de selección de contratación directa.

En materia de contratación pública electrónica, el decreto propuso dos medidas de política interesantes. En primer lugar, elevó al rango reglamentario con alcance nacional, la masificación de publicaciones electrónicas. En segundo lugar, introdujo mecanismos interactivos para la conformación de las ofertas, o lo que es lo mismo, institucionalizó las subastas electrónicas¹⁰.

Sobre el primer punto, es decir, la masificación de publicaciones electrónicas relacionados con información sobre contratos estatales, debemos señalar que si bien el decreto sembró la semilla para impulsar el mayor nivel de transparencia en la contratación al obligar a publicar en las páginas *Web* de las entidades información sobre sus procesos contractuales, también abrió la puerta para que fácilmente, las mismas entidades, se eximieran de cumplir esos requerimientos. En efecto, el decreto estableció que las entidades públicas deberían publicar en sus páginas *Web* los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los documentos definitivos de los mismos. A su vez, planteó una excepción a esta obligación, que no es exigible cuando la entidad pública no

“cuenta con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento para surtir la publicación en su página *Web*”,

caso en el cual, deberá proceder a publicar un aviso en el cual indique el lugar de la entidad en donde puede ser consultado el documento en forma gratuita. Pues bien, aunque la expresión parece ser bastante clara, los directores de las entidades han encontrado complejo determinar si su entidad cuenta o no con esa infraestructura, lo que se traduce en consecuencia en dudas sobre la obligatoriedad de cumplir con la exigencia establecida en los artículos 1° y 2°. A su vez, esta duda permite si la entidad que ellos dirigen se escape de la exigencia, ya que hasta el momento, no existen parámetros ni lineamientos de política informática estatal que definan desde cuando o en qué circunstancias se considera que una entidad ya cuenta con infraestructura tecnológica y de conectividad suficiente.

Como anteriormente lo señalamos, si bien el decreto 2170 de 2002 fue el instrumento regulatorio que por primera vez impulsó a nivel nacional la obligatoriedad de publicar electrónicamente información sobre los procesos contractuales, es necesario reconocer que gran parte del éxito que tuvo se debe a que el terreno había sido abonado previamente con la expedición del *Instructivo de políticas y estándares para la publicación de información en Internet* a que en extenso nos referimos atrás.

10 Los comentarios que formularemos a continuación se harán aisladamente del resultado que pueda arrojar el proceso 00010(24524) que actualmente cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado a través del cual se solicitó la nulidad del artículo 5° correspondiente a la conformación dinámica de las ofertas.

Las exigencias del decreto 2170 de 2002 no son disímiles a las impuestas por el instructivo. Es más, son más flexibles, menos rigurosas, más fáciles de acometer y exigen una menor utilización de recursos tecnológicos por parte de las entidades. A continuación esbozamos un cuadro comparativo de lo exigido inicialmente por el instructivo frente a lo que hoy en día exige el decreto 2170 de 2002.

Decreto 2170	Instructivo
1. Proyectos de pliegos de condiciones o de términos de referencia: 10 (10) o cinco (5) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura.	1. Borrador de los términos de referencia, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato. Publicidad de acuerdo con requisitos oficiales, desde su elaboración hasta la liquidación del contrato.
2. Observaciones y sugerencias a los proyectos: 10 (10) o cinco (5) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura.	2. Observaciones y sugerencias a los proyectos: por lo menos durante una semana hasta la elaboración hasta la liquidación del contrato.
3. 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.	3. Acto que dé apertura al proceso de selección, a partir de la fecha de su expedición y hasta 5 días aunque el documento de aclaraciones establece que la información debe publicarse desde su elaboración hasta la liquidación del contrato.
4. Términos definitivos desde la apertura del proceso: hasta la suscripción del contrato.	4. Pliegos definitivos: desde su elaboración hasta la liquidación del contrato. Información resumida del contenido de los pliegos de condiciones, términos de referencia e invitaciones a contratar que contenga la relacionada con el valor de compra de los mismos, desde su elaboración hasta la liquidación 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, a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.	5. Publicación del acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones, términos de referencia y en general de las aclaraciones a las invitaciones a contratar, desde el día hábil siguiente a que se produzca hasta la liquidación del contrato.
6. La comunicación escrita de respuesta enviada a todas las personas que retiraron pliegos de condiciones a términos de referencia: a partir del momento en que se produzcan y hasta la suscripción del contrato.	6. Publicación de las preguntas que hayan sido formuladas por los proponentes sobre el contenido y alcance de estos documentos y de la comunicación escrita de respuesta enviada a todas las personas que retiraron pliegos o términos de referencia, desde el día hábil siguiente a que se produzca hasta la liquidación del contrato.

(Continúa)

(Continuación)

Decreto 2170	Instructivo
7. 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.	7. Adendo o corrección a esos documentos, desde el día hábil siguiente a que se produzca hasta la liquidación del contrato.
8. El informe de evaluación por cinco días desde cuando se elabore.	8. El informe de evaluación: desde el día de haberse realizado hasta la liquidación del contrato.
	9. Publicación del plazo para la recepción de propuestas, por el mismo tiempo que el establecido internamente por la entidad en el proceso de selección correspondiente.
	10. Publicación de los resultados de la consulta al SICE: desde el mismo día en que deba producirse la evaluación.

El otro aspecto relevante del decreto 2170 de 2002 en materia de política de contratación pública electrónica lo constituye la autorización para usar sistemas de subasta electrónica en los contratos estatales.

Las disposiciones relacionadas con sistemas de conformación dinámica de la oferta para los procesos de licitación pública y de contratación directa, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 12 del decreto 2170 de 2002, corresponden al establecimiento de mecanismos de subasta, con los que se busca darle a las entidades públicas herramientas para la negociación, de tal forma que puedan obtener la mejor oferta que el mercado les pueda brindar, en consonancia el deber de selección objetiva al que se refiere el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

La utilización de medios electrónicos para el desarrollo de estos sistemas permitirá, en aquellos casos en que la entidad pública cuente con la infraestructura tecnológica suficiente, hacer uso de la herramienta de la Internet dentro de un ambiente de transparencia y competitividad entre los participantes que al Estado le permitirá alcanzar mayores beneficios, respecto de aquellas variables dinámicas de la oferta que han sido previamente determinadas por la entidad.

Es necesario recalcar que las variables dinámicas son aspectos de la propuesta que sin afectar la esencia del contrato, permiten alteraciones cuantitativas que redundan en beneficio de la entidad contratante. De acuerdo con los pliegos de condiciones o términos de referencia, pueden ser ejemplos de variables dinámicas, el precio, las cantidades ofrecidas en exceso del mínimo requerido, el mayor número de mantenimientos preventivos ofrecidos, etc.

Aun antes de la entrada en vigencia del decreto 2170 de 2002, la conformación dinámica de la oferta era un mecanismo que se venía utilizando con éxito por varias entidades estatales como ECOPEPETROL, por lo que se consideró valioso abrir la posibilidad de que otras entidades tuvieran la potestad de utilizar este mecanismo moderno y transparente. Igualmente, otro antecedente importante respecto de la introducción del uso de sistemas de subastas electrónicas lo constituye el piloto que el Departamento Nacional de Planeación realizó en diciembre de 2001, en el que utilizó un sistema de subastas electrónicas para la adquisición de equipos informáticos. Este primer ejercicio piloto arrojó resultados exitosos con ahorros del 8% (us\$ 22.000) y la adquisición de 17 computadores adicionales a los 210 inicialmente solicitados.

Es necesario precisar que el decreto 2170 de 2002 no establece por la vía de la conformación dinámica una modificación de la irrevocabilidad de las ofertas, sino que debe entenderse respecto de estas variables, que la propuesta presentada se encuentra en estado de pendencia y que sólo cuando termine la puja se considerará como definitiva.

Varias entidades estatales han encontrado difícil y complejo entender a qué se refiere el decreto cuando estableció un sistema de conformación dinámica de la oferta. Con frecuencia elevan consultas ante la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y ante del Proyecto de Contratación del DNP para que se les explique el sentido de los artículos 5° y 12° del decreto, pues no les queda claro lo que éste implica ni la forma correcta para darle operatividad. La posible falta de claridad se debe a que el tema, de por sí, no es sencillo aunque sí se puede entender claramente luego de un estudio cuidadoso por parte del interprete.

Las inquietudes pueden presentarse porque se introducen conceptos nuevos, tales como “variables dinámicas” y porque en términos generales no es fácil delimitar el concepto, hacerlo operativo dentro de los procesos y definir el momento exacto en el que debe ocurrir durante el itinerario del proceso de contratación pública.

No obstante lo anterior, los beneficios que se han obtenido tras la utilización de esta herramienta sí son reflejo de cómo el correcto uso de la tecnología en la gestión pública puede incrementar los índices de eficiencia, de ahorro, de transparencia y participación en los procesos contractuales.

Los siguientes ejemplos, sobre el uso de subastas electrónicas en tres entidades, reflejan las bondades a que nos referimos:

- a. *ECOPETROL*: su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial fue del 22.5%¹¹.
- b. *Banco Agrario de Colombia*: su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial oscila entre el 7 y el 29%¹².
- c. *Instituto de Seguros Sociales*: su margen de ahorro sobre el presupuesto oficial fue del 7.1%¹³.

De esta forma se puede concluir que el ahorro generado por la herramienta, cuando es aplicada a procesos de contratación estatal, se encuentra entre el 7 y el 22.5%.

La expedición del decreto 2170 de 2002, en términos generales, constituye un hito en la política de *e-procurement* porque sentó las bases de un sistema (difuso) de información en materia de contratos públicos. No en vano más del 90% de las entidades del nivel central hoy en día publican su información contractual en sus páginas *Web* generando un entramado de información sobre la gestión pública contractual. Se pueden proponer muchas críticas, a veces por razones de política informática del Estado, otras con base en cuestiones estrictamente jurídicas, pero el avance que se deriva de la norma es muy significativo.

Dentro de las críticas que señalaba, hay tres que no pueden dejarse pasar por alto. En primer lugar, el concepto de “Infraestructura tecnológica y de conectividad” a que se refieren los artículos 1º y 2º es vago y se presta para que las entidades se eximan de cumplir las obligaciones de publicaciones electrónicas. Esto ha generado que muchas entidades hayan decidido eximirse de cumplir los requerimientos, aduciendo no contar con la infraestructura tecnológica necesaria.

En segundo lugar, la evocación del principio de equivalencia funcional de la Ley 527 de 1999 se queda corta pues el decreto sólo faculta la digitalización de la información y no de la gestión contractual. Hace falta, como se verá más adelante, que la gestión pública contractual se lleve a cabo por medios electrónicos, es decir,

11 Informe de presentación de las experiencias exitosas de subastas electrónicas. Responsable: Dr. MARIO FERNÁNDEZ PÁEZ. Mario.fernandez@ecopetrol.com.co.

12 <http://www.bancoagrario.gov.co/contratacion.asp>. Procesos 2003-16, 2003-08 y 2004-22. Proceso de tulas: presupuesto oficial: \$100.398.215, precio final subastado \$90.247.657 (19% ahorro). Proceso de fotocopiado: presupuesto oficial: \$482.077.536, precio final subastado \$406.301.088 (15.7% ahorro). Proceso de transporte aéreo: ahorros por \$232.491.238 correspondiente al 7% de ahorro sobre el presupuesto oficial inicial.

13 Informe de TODO1 Empresa proveedora de la herramienta tecnológica de subasta. Responsable: MIGUEL F. JARAMILLO. www.todo1.com.co.

que el proceso se pueda sustanciar electrónicamente y que sus anexos también revistan formato digital con plena validez jurídica.

En tercer lugar, la mayoría de entidades con presupuesto limitado han encontrado una seria dificultad para cumplir las exigencias en materia de publicaciones electrónicas. Es el caso de las entidades territoriales y específicamente el de los municipios de 5° y 6° categoría, los que verdaderamente no pueden destinar parte de su presupuesto para adquirir sistemas y páginas *Web*. Esto refleja cómo un país pobre como Colombia necesita una política de *e-government* centralizada que ampare todos los sectores con problemas financieros. Llegado el momento se deberán identificar líneas de apoyo, programas generales de capacitación y masificación, así como contratos marco para adquisición masiva de soluciones informáticas que puedan ser provistas por el Estado a todos sus órganos y entidades.

1.2.2. CONPES 3249 de 2003, “Política de contratación pública para un Estado gerencial”

El Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el 20 de octubre de 2003 el documento CONPES 3249 de 2003 “Política de contratación pública para un Estado gerencial”. Así como el antiguo CONPES 3186, que de paso se debe anotar fue sustituido por este segundo y que lastimosamente nunca tuvo operancia por el cambio de gobierno que acaeció a las pocas semanas de ser expedido, este segundo retoma tres ideas principales: la primera de ellas, según la cual la política y desarrollo de la contratación electrónica necesita de un “doliente” o mejor de un responsable institucional. La segunda, que será necesario crear un sistema integrado que centralice y genere las interfases que vincule todos los recursos institucionales y tecnológicos relacionados con contratación. Por último, que en este camino hacia la modernización de la contratación pública a través del uso de medios electrónicos, se deben respetar etapas, y establece, a lo menos, dos.

Respecto de la primera de estas ideas, el documento CONPES sugiere un nuevo marco institucional para la contratación estatal. En este sentido, sugiere el un nuevo esquema, con el propósito de habilitar un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones de política pública en materia contractual. Propuso el establecimiento de una institucionalidad rectora a cuyo cargo se encuentre la función de recomendar las decisiones y lineamientos que orienten la gestión contractual hacia la eficiencia y la transparencia. Para garantizar la satisfacción de este propósito, el contenido de las decisiones de política que en materia contractual se produzcan, una vez recogidas a través de los instrumentos jurídicos pertinentes, será de obligatoria observancia y aplicación por parte de todas las entidades públicas que

celebren contratos en los órdenes nacional y territorial y en los niveles central y descentralizado. Estas directrices lo serán, no sólo en torno a la generalidad de las formas y modos de contratar, sino también respecto de todas las nuevas iniciativas que se establezcan en materia de contratación electrónica.

De conformidad con lo anterior, anota el precitado documento de política:

“Para el desarrollo de la función de instancia rectora de la contratación pública, se propone la siguiente organización institucional:

- El Consejo de Política Económica y Social CONPES tendrá a su cargo la orientación general de la política de contratación del Estado.
- El Comité Nacional de Contratación –CNC– será la instancia encargada de proponerle al CONPES la consideración de aquellos asuntos que comprometan el diseño de la política pública contractual. En tal sentido tendrá a su cargo el estudio y aprobación previa de los documentos respectivos, así como la revisión y aprobación de los proyectos de actos administrativos y directrices que se requiera producir para la materialización de las decisiones de política pública ya adoptadas por el CONPES.

Corresponderá al CNC valorar y emitir concepto sobre los proyectos de ley, decretos reglamentarios y directrices en los que se traten aspectos relativos a la actividad contractual de las entidades, con el propósito de preservar la coherencia entre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las políticas públicas adoptadas por el CONPES y los reglamentos y directrices que en su desarrollo se produzcan.

- Secretaria técnica del CNC a cargo del Departamento Nacional de Planeación, quien será responsable de la preparación de los estudios y documentos que sirvan de base para el trabajo del CNC”¹⁴.

Dentro de este nuevo marco institucional la Agenda de Conectividad juega un papel muy importante, al erigirse como el gerente del desarrollo mismo del sistema electrónico de contratación.

La identificación de este responsable institucional refleja el interés gubernamental de centralizar la toma de decisiones en materia de contratación pública, que por tratarse de tan importante mecanismo para ejecutar el presupuesto, merece gozar de flexibilidades y exige rigideces en cada caso y en cada nivel de su regulación. Algunos aspectos de la regulación deben ser rígidos y concretos, como los principios, por ejemplo, otros, atinentes a los aspectos procedimentales, a los espec-

14 Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— *Documento 3249 de 2003 “Política de contratación pública para un estado gerencial”*, octubre 20 de 2003, pág. 15.

tos de administración gerencial y, a lo relacionado con el uso de medios electrónicos, bien podrían quedar a cargo de órganos o entidades encargadas de crear esas normas generales (que no legales), de forma tal que su variabilidad y flexibilidad estén siempre abiertas y sean sensibles a los ajustes oportunos e indispensables. En este sentido, la definición del CONPES, como cabeza en la toma de decisiones en materia de contratación, generará un marco regulatorio coherente y un esquema institucional acorde con el mercado mismo de la contratación pública.

La segunda idea del CONPES se traduce en la recomendación de crear un *sistema integrado de contratación pública electrónica*, que fue dado en llamarse SICE. Si bien tiene el nombre de un sistema ya existente¹⁵, debe considerarse como una nueva creación, que no está todavía construida ni operante, pero que cuando esté funcionando recogerá las funcionalidades de varios otros sistemas de información ya existentes, dentro de los cuales sobresale el mismo SICE (*sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal de la Contraloría General de la República*) del que heredó su nombre y del cual se servirá enormemente dados sus progresos y su potente estructura tecnológica.

El SICE se advierte como un instrumento de gestión de la contratación que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para ello dispondrá de herramientas para: facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como para ofrecer al ciudadano la posibilidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos. Deberá contemplar la utilización de la Internet como uno de los mecanismos de difusión de una amplia información destinada a todos los ciudadanos, relativa tanto a los procesos de contratación como a la ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas.

Como una de sus prioridades, el sistema deberá integrar el *sistema de vigilancia para la contratación estatal* creado por la Ley 598 de 2002, sin perjuicio de la autonomía para ejercer el control por parte de la Contraloría General de la República, procurando aprovechar en donde sea posible los recursos que se encuentran disponibles, para lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos. Así pues, este sistema entra a desempeñar un papel preeminente dentro del sistema integrado de contratación pública.

Los objetivos perseguidos con la creación de este sistema se pueden sintetizar de la siguiente manera:

15 Por virtud de la Ley 598 de 2002 se creó el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, cuya sigla corresponde a SICE.

- a. Generación de una amplia red de información electrónica, que refleje lo que sucede con todos los procesos de contratación vigentes así como lo que sucedió —paso a paso— con ellos mismos en el pasado. Se generará un *dataware house*¹⁶ sobre información contractual actual e histórica.
- b. Gestión contractual electrónica a través de la digitalización de los documentos constitutivos del proceso contractual, con lo cual el proceso no se sirve de la información electrónica como soporte auxiliar del mismo sino que a través de los medios electrónicos se produce información que en sí misma agota las etapas del proceso, llevando a cabo toda la gestión necesaria, sin necesidad de replicar las fases en soportes papel. Es sin duda, el gran avance del documento CONPES, el cual reconoce que hoy en día hay obstáculos —sobre todo culturales— que deben ser superados para que el país entre en una etapa intermedia de *e-government*.
- c. Realización de negocios en línea como parte de la gestión pública electrónica y como expresión de la digitalización de los mercados. Esto supone introducir herramientas gerenciales, con base en el uso de la tecnología, que permita que las transacciones electrónicas se abran y cierren a través de la Internet. La generación de mercados virtuales, la masificación de las subastas electrónicas, la introducción de catálogos virtuales y de bolsas electrónicas de compras son algunos ejemplos que reflejan este concepto.
- d. Administración contractual electrónica a través de la incorporación de *work flows*¹⁷ que permitan hacer el seguimiento a las etapas de los procesos y que a su vez sirvan como ERP¹⁸ del sistema, gestionando las etapas y generando mapas de ruta y árboles lógicos estándares para todos los procedimientos.

Finalmente, la última idea que desarrolla el documento a que nos hemos venido refiriendo, está dada por la conciencia de que para desarrollar por medios electró-

16 Por esta expresión debe entenderse una bodega de datos, en la que se almacena organizada y sistemáticamente información electrónica.

17 Por *work flows* entendemos “un conjunto de herramientas usadas para diseñar y definir procesos de flujo de trabajo, así como el ambiente en el cual se ejecutan estos procesos y a través de las cuales se pueden definir las interfaces entre los usuarios y las aplicaciones que involucran los procesos en el flujo. La utilización de la herramienta busca la automatización de prácticas y procedimientos de los procesos básicos de contratación, por medio de asocio de individuos, grupos de trabajo y entidades, con ambientes estructurados y no estructurados, para manejar automáticamente una serie de eventos recurrentes o no recurrentes.” LAGUADO, ROBERTO, “Sistemas de *e-government procurement*”, *Revista Jurídica del Perú*, n° 40, noviembre de 2002, pág. 185.

18 Enterprise Resource Planning.

nicos, todas las etapas de la contratación pública, es necesario cursar y agotar dos etapas. La primera de ellas, se traduce en la etapa informativa. La segunda, en la etapa de gestión pública contractual.

Así pues, la primera etapa corresponde al desarrollo del sistema con los instrumentos y herramientas legales actuales. Esto implica limitarse a informar, y no a llevar a cabo gestión contractual. De esta forma, la etapa informativa deberá desarrollarse de manera que se pueda llevar a cabo lo siguiente:

- a. Publicaciones electrónicas masivas.
- b. Acceso en línea a documentos del proceso de contratación.
- c. Gerencia integral en línea.
- d. Simplificación de documentos.
- e. Creación de formatos únicos de captura para simplificar la gestión administrativa de los funcionarios.
- f. Ajuste a la información del Portal Único de Contratación¹⁹.

La segunda etapa corresponde a la gestión pública contractual. Esto es, superar las barreras interpretativas —pero sobre todo culturales— y para permitir que el proceso de contratación y todos sus soportes documentales puedan estar plasmados en mensajes de datos. El reto no es simple. Supone variar la forma de contratar incorporando el uso de instrumentos distintos a los tradicionalmente utilizados. Supone reorganizar las cargas de trabajo y para el sector privado, igualmente, pensar en generar canales y nuevas salidas para interactuar electrónicamente con las entidades contratistas.

Las implicaciones, son muy profundas:

- a. Supone reformas legales al esquema a procedimiento administrativo contractual.
- b. Supone dotar de equivalencia funcional a la actuación administrativa derivada de su regulación expresa y no de la integración normativa con estatutos que regulan materias diversas.
- c. Supone la simplificación y estandarización de los documentos que son la base de convocatorias.

¹⁹ Véase 1.3.2.

- d. Supone la digitalización de los formatos y requerimientos exigidos a los proponentes (anexos electrónicos).
- e. Supone mecanismos electrónicos de evaluación y adjudicación.

A diferencia del documento CONPES 3186 de 2002, el 3249 de 2003 sí está siendo aplicado como mapa de ruta y documento guía para el desarrollo de la estrategia de *e-government procurement*. Esta situación se evidencia con la adopción de varias medidas de política pública encaminadas a generar el avance necesario en la materia.

Se destaca sin duda alguna el papel protagónico que están desempeñando varias entidades estatales, bajo la coordinación de la Agenda de Conectividad²⁰. Ellas son: el Departamento Nacional de Planeación, la Vicepresidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ellas han conformado un sólido grupo de trabajo que sesiona semanalmente para adoptar las decisiones y generar los insumos necesarios para que día a día la política esbozada en el CONPES 3249 se construya y se le de cumplimiento a las dos fases allí señaladas.

Ahora, si bien hemos afirmado que el documento CONPES 3249 de 2003 sí se está cumpliendo, y si decimos que ya se está terminando de cumplir la primera etapa gracias a la receptividad que tuvieron el decreto 2170 de 2002 y el Instructivo de políticas y estándares a que nos referimos previamente, debemos anotar que sobre la marcha ha acaecido una reforma institucional muy importante, que afecta el curso de este proceso, pero que sin duda no puede más que coadyuvar y fortalecer la dirección política estatal en la materia. Nos referimos a la reciente creación de una comisión intersectorial de política de información, sobre la cual haremos la referencia necesaria.

1.3. Tercera etapa (desde diciembre de 2003 a la actualidad)

La tercera etapa en el desarrollo de la política de contratación pública electrónica, lo que se compadece con los desarrollos actuales, está marcada por una reforma al marco institucional en materia de proyectos de tecnología a nivel estatal y por el fortalecimiento de una herramienta que desde el 2003 acompaña el proceso de

²⁰ Según el CONPES 3249, la entidad responsable por el desarrollo y coordinación de la estrategia de contratación pública electrónica es la Agenda de Conectividad, quien tendrá a cargo el diseño técnico y el montaje del sistema. Para ello utilizará recursos del Fondo de Comunicaciones del Ministerio de Comunicaciones y del Crédito BID para renovación de la administración pública.

desarrollo de *e-procurement* pero que tuvo que ser modificada para cumplir objetivos reales y rescatar la credibilidad del gobierno en materia de publicidad y transparencia en los contratos públicos.

Esta etapa culmina con el inicio de los trabajos de la Agenda de Conectividad para desarrollar el diseño detallado del sistema, en cumplimiento de la etapa 2° del CONPES 3249 de 2003.

1.3.1. Decreto 3816 de 31 de diciembre de 2003 – COINFO

La expedición de este decreto y sus efectos están íntimamente relacionados con la expedición del documento CONPES 3249 a que ya nos referimos atrás, sobre todo, en materia de atribución de responsabilidades institucionales en materia de uso de medios electrónicos en la administración pública.

De tiempo atrás, y como causa para que los dos CONPES citados recomendaran el establecimiento de un responsable institucional en materia de contratación electrónica, se tiene que no había una dirección o una fuente de toma de decisiones en materia de uso de recursos tecnológicos para la administración. En este sentido, fue necesario crear ideológicamente, una instancia rectora que asumiera tal dirección conceptual.

Recientemente se le atribuyeron esas funciones al Consejo Nacional de Política Económica y Social, según las recomendaciones del documento CONPES 3249, pero al estar pendiente todavía una reforma legal que hiciera efectiva la atribución de competencias, el gobierno decidió adelantarse y dio lugar a una medida general en materia de política de información y gestión tecnológica a lo largo del Estado y no sólo en relación a los procesos contractuales electrónicos. De esta forma expidió el decreto 3816 de diciembre 31 de 2003 creando con él a la Comisión Intersectorial de Políticas y Gestión de la Información —COINFO—.

Esta comisión intersectorial tiene como objetivo principal optimizar la inversión en tecnologías de información y de comunicaciones de la administración pública. Dentro de este objetivo se contempla adoptar decisiones generales en materia de inversión en proyectos de tecnología, que en veces son transversales con respecto a que forman parte de los diferentes sectores del gobierno y en consecuencia los afectan y en otras ocasiones, corresponden a decisiones que sólo competen a ciertos sectores aislados.

De conformidad con el artículo 6° del decreto en mención, las funciones relacionadas con la contratación pública, son las siguientes:

- a. “Optimizar a través de TIC calidad, la eficiencia y la agilidad en las relaciones de la administración pública con el ciudadano, *con sus proveedores*, y de las entidades de la administración pública entre sí.
- b. Optimizar la *inversión* en TIC de la administración pública.
- c. Facilitar el *seguimiento y evaluación de la gestión pública*, mediante la producción, el manejo y el intercambio de información y uso TIC de la administración pública”, (bastardilla fuera de texto original).

El cabal cumplimiento de estas funciones asegurarán que la política de contratación pública electrónica avance significativamente en pro de las relaciones con los partícipes de la misma, optimizando y haciendo eficiente el gasto público en cuanto a la infraestructura tecnológica requerida y permitiendo agotar las etapas informativa y de gestión de contratación electrónica.

Las entidades partes de esta comisión son las siguientes²¹:

1. Vicepresidencia de la República.
2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
3. Ministerio de Comunicaciones.
4. Departamento Nacional de Planeación.
5. Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
6. Departamento Administrativo de la Función Pública.
7. Presidencia de la República.
8. Agenda de Conectividad.

Al lado de la Comisión Intersectorial el decreto 3816 de 2003 creó el comité técnico (artículo 6°). Este comité estará conformado por un delegado de cada uno de los ministerios y departamentos administrativos que integran la Comisión Intersectorial, por el director de Agenda de Conectividad y por quien determine la Comisión Intersectorial conforme al reglamento. Será presidido por quien designe la Comisión Intersectorial. Los delegados deben ser funcionarios del nivel directivo

²¹ Artículo 3° decreto 3816 de 2003.

o asesor con conocimientos sobre la gestión de la información, las políticas generales de desarrollo y de la inversión pública. El comité técnico se reunirá por convocatoria que realice el presidente del mismo, conforme al reglamento. Se podrán crear subcomités que apoyen el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la Comisión Intersectorial, conforme al reglamento que se establezca.

Así pues, las decisiones que en materia de contratación pública electrónica se deban adoptar están siendo tomadas por este comité, con base en los trabajos que lleva a cabo un subcomité informal conformado por funcionarios asesores del Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, la Agenda de Conectividad y la Vicepresidencia de la República. Sus trabajos, se presentan al comité quien consecuentemente los expone ante la Comisión Intersectorial para que apruebe finalmente la decisión de política en materia de contratación electrónica.

A esta comisión asisten las mismas partes que asisten al organismo rector señalado por el CONPES 3249 de 2003, lo que indica que en la práctica, aunque no haya sucedido ninguna reforma legal que modifique el marco institucional de la contratación pública, al menos, en materia de desarrollo de *e-procurement*, tal modificación tuvo lugar con la creación de la comisión intersectorial de políticas y de gestión de la información, lo que nos debe tranquilizar un poco, puesto que esto significa que en la práctica la COINFO ejercerá las funciones y responsabilidades institucionales alguna vez establecidas por el documento CONPES 3249 en materia de sistemas electrónicos de contratación.

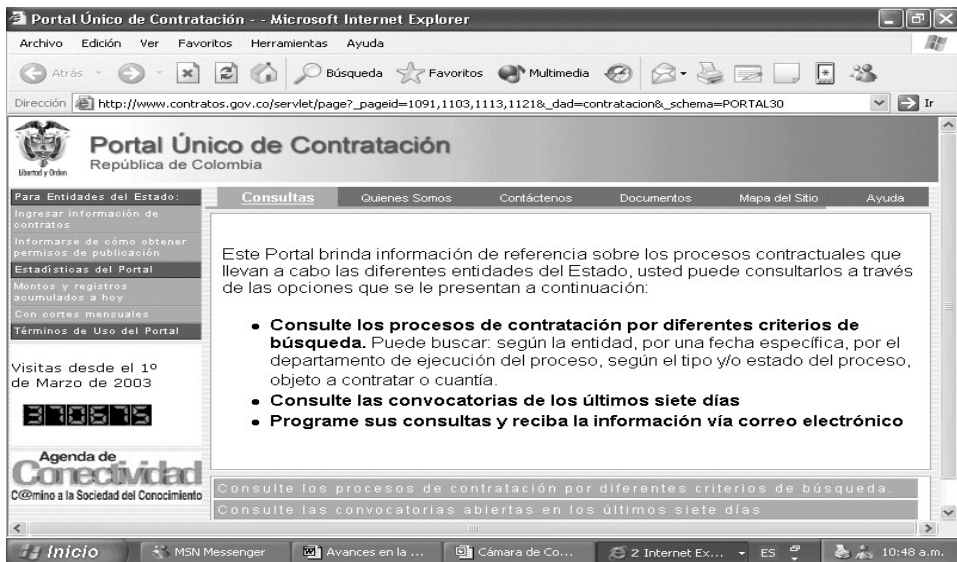
1.3.2. Fortalecimiento del Portal Único de Contratación

Desde abril de 2003 se creó como consecuencia de un propósito impulsado por la Vicepresidencia de la República, el Portal Único de Contratación. Es una herramienta que se basa en la Internet, a través de la cual las entidades públicas carentes de infraestructura de conectividad propia, y también cualquier otra entidad que aunque cuente con dicha infraestructura quiera comprometerse con una política de mayor transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública, publican información sobre sus procesos de contratación pública con base en unos formatos y unos requerimientos diseñados por el propio sistema. Así pues, la herramienta funciona como solución para las entidades pobres sin sistema propio y como multiplicador de la transparencia en el caso de las entidades que ya contaban con sus propias páginas *Web* y venían cumpliendo los requerimientos del decreto 2170 de 2002 y de la Directiva Presidencial 02 de 2000.

El desarrollo del Portal Único de Contratación responde a un discurso político de gobierno que pretende afianzar la lucha frontal contra la corrupción y que espera generar los más altos índices de transparencia posible, pero, de forma alguna cuenta con respaldo legal o imperativa, es decir: el Portal Único de Contratación no cuenta con soporte legal.

Esta circunstancia fue la causa para que este ingenioso instrumento no pudiera cumplir los objetivos inicialmente previstos y fuera necesario una intervención activa por parte de la Agenda de Conectividad y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como de parte de la Vicepresidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación, en menores proporciones.

De esta forma, el portal fue objeto de varios ajustes, tecnológicos y conceptuales, que hoy en día hacen de él una herramienta más dinámica y útil, pero sobre todo, más confiable (véase figura).

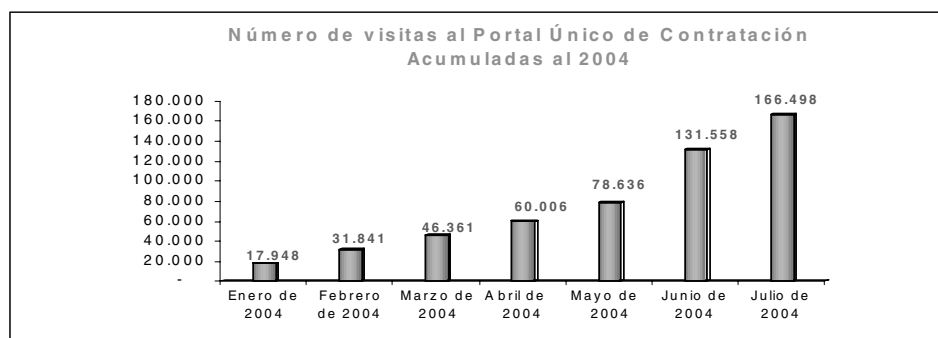


El número de visitas que ha tenido el portal desde su creación, supera los trescientos cincuenta mil *hits*, y cada vez es mayor el número de navegantes que los consultan. Véase el cuadro estadístico con corte a 30 de julio de 2004²²:

22. http://www.contratos.gov.co/pls/contratacion/docs/FOLDER/CONTRATAACIONENLINEA/ESTADISTICAS/7%BA_INFORME_JULIO_2004.DOC. Consultado el 15 de agosto de 2004 a las 10:55 a.m.

VISITAS			
Promedio mensual de visitas en el 2003	16.700		
Visitas sólo del 2004	Número de visitas mes	Acumulado 2004	Acumulado desde 1° de marzo de 2003
Enero de 2004	17.948	17.948	201.648
Febrero de 2004	13.893	31.841	215.541
Marzo de 2004	14.520	46.361	230.061
Abril de 2004	13.645	60.006	243.706
Mayo de 2004	18.630	78.636	262.336
Junio de 2004	52.922	131.558	315.258
Julio de 2004	34.940	166.498	350.198
Promedio mensual de visitas en el 2004	23.785		

Los cambios y mejoras del portal gráficamente se reflejan de la siguiente manera²³:



Para el mes de junio de 2004, se publicaban en el Portal Único de Contratación 516 procesos licitatorios, 916 procesos de contratación directa y más de 140 entidades reportaban información sobre sus procesos mostrando una mejoría en la herramienta y una más amplia participación por parte de los usuarios.

23 *Ibidem*.

1.3.3. Diseño del sistema por parte de la agenda de conectividad

Para terminar, hoy en día, el paso a seguir es empezar a sentar las bases para cumplir con la segunda etapa definida por el documento CONPES 3249 de 2003 y así darle espacio a la gestión contractual electrónica, de forma que se genere un sistema único integrado que reúna las funcionalidades de los demás subsistemas existentes en Colombia y que los procesos de contratación fluyan tras un intercambio de mensajes de datos reduciendo el uso del papel hasta su más mínima expresión. Este paso no se dará en un corto tiempo y varios ajustes a lo largo de todo el sistema contractual tendrán que darse.

Esto supondrá la contratación de consultorías especializadas que entreguen los modelos detallados y los términos de referencia necesarias para dar el paso hacia la construcción del sistema, así como algunas reformas legales que permitan superar algunos obstáculos que —si bien pueden ser sólo interpretativos— han dificultado grandemente la expansión y masificación del uso de medios electrónicos en la actividad contractual. Sobre ellos, nos detendremos a continuación.

2. FALENCIAS DEL SISTEMA VIGENTE Y MODIFICACIONES LEGALES NECESARIAS

2.1. Cuestiones preliminares

Para abordar jurídicamente el fenómeno de la contratación pública electrónica, antes de analizar aquellos obstáculos que hoy en dificultan el desarrollo de la política gubernamental en la materia, es necesario tener en cuenta dos consideraciones preliminares:

1. *La contratación pública electrónica como expresión del comercio electrónico y la telemática.* La contratación pública electrónica es expresión del comercio electrónico, de modo que un análisis jurídico de esta materia implicará necesariamente examinar las bases legales y teóricas del EC (*e-commerce*) en que descansa, para aplicarlas explícitamente a la contratación del Estado por medios telemáticos. La contratación en general resiste un análisis jurídico determinado, pero cuando esta actividad se realiza por medio de la tecnología y la telemática (Internet, entre muchas) el análisis jurídico debe variar y tener en cuenta diferentes aspectos que todavía no se han incluido en la regulación de la contratación tradicional.

2. *La contratación pública electrónica como expresión de la Función Administrativa.* La contratación pública es expresión de la función administrativa y está enmarcada dentro de la normatividad y principios propios bajo los cuales actúan la administración y los particulares contratantes. De esta forma, no se puede analizar la contratación pública electrónica y perder de vista el marco conceptual y jurídico dentro de cual se desarrolla, esto es, la normas de derecho público. Si bien a la actividad contractual del Estado se le ha tratado de imprimir un carácter mixto en virtud del cual las normas de derecho privado informan el contenido de los contratos, debe recordarse que el procedimiento de formación del mismo está regulado por normas de derecho público.

Estas dos consideraciones sirven de base para identificar el marco jurídico estructural de la contratación pública por medios electrónicos. Son, sin duda, los dos marcos conceptuales que aportan los elementos jurídicos básicos que describen el funcionamiento de un sistema electrónico de contratación pública.

Para hablar de contratación pública electrónica, necesariamente tenemos que analizar el marco legal actual sobre contratos estatales, esto es, la Ley 80 de 1993²⁴. Esta ley, lastimosamente, no contiene ninguna disposición especial sobre el uso de medios electrónicos para la contratación estatal. Sólo a partir de las iniciativas de modificación²⁵ que se han presentado en los últimos cuatro años se ha tratado de incluir el tema, lo cual nos impone la necesidad de precisar si hoy en día, esa alusión expresa es necesaria para dar lugar a la celebración de contratos estatales por medios electrónicos.

Por otro lado, la Ley 527 de 1999 regula el uso de mensajes de datos y su ámbito de aplicación es general, salvadas las excepciones expresamente previstas en el artículo 1²⁶. Sin embargo, no es claro que esta ley se pueda aplicar para ciertas

24 Tenemos que obviar, necesariamente, los más de 35 regímenes especiales sobre contratación estatal que, sin duda alguna han hecho de la Ley 80 de 1993, una excepción más y, contrario a como se quiso, le han quitado todo carácter de ley general con el que contó en su nacimiento. (Documento CONPES 3186 de 2002 “Hacia una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal”).

25 Proyectos de ley 085 de 2000 Senado, 018 de 2002 Cámara, 261 de 2002 Cámara, 06 y 07 de 2003 Cámara y, recientemente el 34 de 2004 Cámara.

26 “Artículo 1. Ámbito de aplicación. La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos:

a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales;

b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo”.

expresiones o actuaciones de la administración pública ya que si bien ella pretende tener un espectro amplio no podemos olvidar que sigue siendo una norma inspirada por el derecho mercantil internacional, cuyos principios no siempre coinciden con los que informan las actuaciones de la administración pública²⁷.

2.2. Las dos posiciones interpretativas

De conformidad con lo anteriormente expuesto, podemos identificar dos posiciones:

Primera: como la Ley 527 de 1999 regula actos de comercio (electrónicos), ella hace parte de la ley mercantil y en consecuencia el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 la incluiría dentro del régimen de contratos públicos, pero, sólo para lo que tiene que ver con *los contratos que celebren las entidades*²⁸, ya que como anotan los artículos 23 y 77 del mismo estatuto, en las actuaciones administrativas y precontractuales el derecho privado no es aplicable y, por el contrario, es el régimen de derecho público el que viene a complementar las disposiciones restantes del Estatuto General de Contratación²⁹. Según esta posición, en las etapas precontractuales, poscontractuales y las actuaciones administrativas no podría aplicarse la Ley 527 de 1999, ya que ella pertenece a la normativa comercial, la cual está destinada a llenar exclusivamente vacíos respecto de los contratos estatales.

Segunda: el régimen de contratación pública es especial con respecto al régimen general de los contratos, regulado en las normas civiles y comerciales. En tal sentido, los aspectos no regulados expresamente por la Ley 80 de 1993 en materia de contratos, tienen que interpretarse según el régimen general de contratos. Dentro de tal régimen se encuentra la ley 527 de 1999 y en tal sentido esa norma podría aplicarse en punto de contratación pública. Además, la Ley 527 de 1999 es entera-

27 LAGUADO, ROBERTO, "Actos administrativos por medios electrónicos", *Revista de Derecho Informático ALFA-REDI*, julio de 2003, en <http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=62>, navegada el 16 de octubre de 2003.

28 Inciso primero artículo 13 Ley 80 de 1993.

29 En efecto, "Si se observa con rigor en la Ley 80 de 1993 se encontrará que un buen número de sus normas y principios tiene aplicación cabal en la fase precontractual o de formación de la voluntad del Estado, que se identifica con los procesos de selección, y muy escasas referencias a la parte que incluye la ejecución del contrato propiamente dicha. Para ésta existe una remisión genérica al derecho privado, mientras que para la primera se recurre al derecho público. En efecto, mientras el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 hace el llamado al derecho privado como normatividad aplicable a los contratos estatales, los artículos 23 y 77 invocan el derecho público, no para los contratos, sino para las actuaciones contractuales y administrativas de las entidades, entendidas éstas como las previas a la celebración del contrato". DÁVILA, LUIS GUILLERMO, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª edición, Legis, 2003, págs. 346-347.

mente aplicable a la contratación pública, ya que su artículo 1° no excluyó esta actividad de su ámbito de aplicación, adicionalmente, el principio de equivalencia funcional es perfectamente extensivo al campo de las actuaciones administrativas no obstante su rigorismo y ritualidad y finalmente³⁰, en las actuaciones administrativas también es admisible el uso de mensajes de datos³¹.

A partir de las dos posiciones expuestas pretendo poner sobre la mesa la falta de claridad que existe sobre la validez del uso de medios electrónicos en la contratación pública colombiana. Dejamos al lector la posibilidad de analizarlas y de escoger una de ellas. Por nuestra parte pasamos a exponer nuestra visión crítica y prospectiva sobre el tema.

3. CONCLUSIONES: EL DEBER SER NORMATIVO E INTERPRETATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA COLOMBIANA

- a. A partir de las diversas precisiones ya expuestas, queremos ahora proponer aquellas ideas y formas de interpretación que ayudarían a sortear esas dificultades. En primer lugar, advertimos la necesidad de clarificar la interpretación sobre el ámbito de aplicación de la Ley 527 de 1999, valioso y útil instrumento que como muchas normas tardan en adecuarse y en hacer parte del día a día de sus destinatarios. Con ello, podríamos acabar con las dudas respecto de las inconsistencias y falta de comunicación con el sistema normativo de derecho público. Esto implica, en últimas, definir a ciencia cierta que la Ley 527 de 1999 no sólo es aplicable a la contratación estatal sino que también lo es para todas las actuaciones administrativas.
- b. En segundo lugar, la anterior interpretación permitiría generar en soporte electrónico todo tipo de documento del proceso contractual público, gozando de equivalencias funcionales con el papel.

Me permito traer a colación las palabras de un ilustre profesor de comercio electrónico que ve en la Ley 527 de 1999 un instrumento legal suficientemente claro y expreso para que las actuaciones administrativas —y no sólo las contractuales— puedan llevarse a cabo por medios electrónicos. Su valiosa posición debe hacerse extensiva y replicarse jurídica pero también culturalmente en pro de un

30 Artículo 5 de la Ley 527 de 1999.

31 Artículo 10 de la Ley 527 de 1999.

significativo cambio en la forma de hacer las cosas en materia de contratación pública electrónica:

“El nombre de la Ley 527 no debe confundirnos. Si bien se llama la ley de comercio electrónico tiene vocación a aplicarse de manera transversal a todas las ramas de derecho, incluyendo el derecho administrativo, y no sólo a la rama comercial. Justamente, el artículo primero señala que la ley se aplicará a todo tipo de información en forma de mensajes de datos con dos excepciones bien precisas: una, las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y dos, las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo. La ley es lo suficientemente clara y no hay necesidad de hacer algún otro análisis teleológico para tratar de justificar que no se aplica a las actuaciones de la administración. El derecho administrativo no es una rama aislada del ordenamiento. Las normas que aplican por ejemplo en el tema de firmas están en el Código de Comercio y la Ley 527, no hay que buscarlas en el Código Contencioso Administrativo porque no están. Ahora bien, el alcance de la Ley 527 está limitado a lo que ella misma establece. Si la ley determina que un documento requiere una determinada solemnidad, pues debe cumplirse con esa solemnidad. La 527 no dice que un documento electrónico no deba cumplir con las solemnidades que la ley exige. Por ejemplo, actualmente una norma establece expresamente que las escrituras públicas deben estar en papel sellado, un documento electrónico no puede estar en papel sellado, pero la ley no dice que las copias de la escritura pública deben estar en papel, luego esta copia podría ser un mensaje de datos. Pero si la ley no establece claramente una exigencia de este estilo nada impide para que haya libertad de formas. Cuando apareció la maquina de escribir seguramente hubo quien se opusiera a que los funcionarios públicos escribieran en ella alegando que esto podría hacer perder la certeza de la “originalidad” y que como la ley no se los había permitido no podían hacerlo. Hoy creo que todos estamos de acuerdo que no debe haber una ley que expresamente habilite a los funcionarios públicos para emplear máquinas de escribir. Los usos y la manera como tradicionalmente se hacen las cosas no son fuente de derecho”³².

En otras latitudes las leyes de contratación pública incluyen normas específicas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación. Es el caso del Perú que en la sexta disposición complementaria de su ley de contrataciones expresa que,

“Las entidades, adicionalmente a los métodos documentarios tradicionales, podrán utilizar medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento de los distintos actos que se disponen en la presente Ley y su Reglamento. (...)”

En todos los casos se deberán utilizar las tecnologías necesarias que garanticen la identificación de los participantes y la confidencialidad de las propuestas. (...) El Regla-

32 ÁLVARO RAMÍREZ BONILLA, director B&R Soluciones Legales.

mento establece las condiciones necesarias para la utilización de los medios electrónicos de comunicación^{33 34}.

Sin embargo, como anota el reglamento correspondiente, todavía hay actuaciones administrativas —como la notificación— que deben realizarse por métodos tradicionales. Así pues, se ha generado un solo ordenamiento sobre contratos administrativos donde está expresamente prevista la posibilidad del EGP. Por el contrario, Colombia cuenta con dos ordenamientos distintos y tal vez inconciliables.

Argentina también constituye un excelente ejemplo, pues dispuso un título completo sobre contrataciones en formato electrónico, en el decreto 436 de 2000 —Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del estado nacional— sobre contratación electrónica. En efecto, las normas contenidas en el capítulo II del título X sobre compras informatizadas, establecen que *las Compras informatizadas*³⁵ se caracterizarán por la confección y entrega del pliego de bases y condiciones particulares y el pliego único de bases y condiciones generales y la presentación de ofertas *en medios de almacenamiento magnético estándar*, dando lugar estas últimas, después de la apertura, a la constitución de una base de precios. Igualmente establece en su artículo 1230 que en el lugar, día y hora indicados en la convocatoria deberán ser entregados el *medio de almacenamiento magnético que contenga la oferta y la garantía de mantenimiento de ésta, en un sobre cerrado*. Las previsiones legales, impulsan de esta forma la digitalización del expediente electrónico. Colombia no ha llegado a este punto y todavía es común que todas las ofertas presentadas a los procesos estén constituidas por cientos de folios en papel.

33 Texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, decreto supremo 012—2001—PCM.

34 Por su parte, el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Perú, *decreto supremo* 013—2001—PCM., dispone en su artículo pertinente, “Artículo 23. Medios electrónicos de comunicación. La entidad podrá utilizar medios electrónicos de comunicación para la realización de los actos relativos a la convocatoria, venta y entrega de bases, presentación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones y notificación del otorgamiento de la buena pro, tales como su página *Web*, el correo electrónico u otros de naturaleza análoga. (...) La utilización de los medios electrónicos de comunicación es opcional siempre que permitan confirmar su recepción y no exime de la obligación de notificar la realización de los actos señalados en el primer párrafo por los medios documentarios tradicionales de comunicación. (...) Sin embargo, cuando exista autorización expresa de los interesados, la notificación efectuada por estos medios tendrá plena eficacia sin necesidad de recurrir a los sistemas tradicionales de comunicación. (...) Cuando sean los particulares quienes deseen utilizar los medios electrónicos de comunicación en forma exclusiva, deberán comunicar tal hecho a la entidad en el documento que, utilizando dichos medios, remitan a ésta, siempre que la entidad decida la utilización de estos medios”.

35 Artículo 118.

De forma similar, el capítulo II del decreto 1023 de 2001 de la Argentina regula la contratación pública electrónica de la siguiente manera³⁶.

“CAPÍTULO II. CONTRATACIONES PÚBLICAS ELECTRÓNICAS

Artículo 21. CONTRATACIONES EN FORMATO DIGITAL. Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5° del presente.

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente. Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8° de la Ley n° 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los artículos 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa.

Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

Artículo 22. REGULACIÓN. La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital”.

- c. Vimos que varios países hacen de la contratación pública electrónica un tema de tratamiento legal autónomo, que está incluido expresamente en sus normas de contratación pública. Hoy en día Colombia cuenta con dos herramientas normativas aisladas la una del otra, con las cuales se está tratando de implementar

36 Si además se tiene en cuenta que con la reciente expedición del decreto 2628 de 2002 se terminó de crear la infraestructura de firma digital para la Argentina, hay que concluir que estos artículos cobran mayor importancia.

la contratación pública electrónica: el decreto 2170 de 2002 y la Ley 527 de 1999.

En la Ley 527 de 1999 se regula la aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos, comunicación de los mensajes de datos, comercio electrónico en materia de transporte de mercancías, firmas digitales, certificados digitales, entidades de certificación y suscriptores de firmas digitales. El principal objetivo de la Ley de comercio electrónico es adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comercio electrónico, de manera que se pueda dar pleno valor jurídico a los mensajes electrónicos de datos que hagan uso de esta tecnología. Por otro lado, el decreto 2170 de 2002, señala las reglas para incluir información de etapas y procesos contractuales en la Internet, reitera el principio de equivalencia funcional en materia de contratación pública (a nivel de información), señala reglas de interacción electrónica entre entidad y contratista y, finalmente, señala las reglas para sentar las bases de un sistema de información en contratación pública.

- d. No es útil para el desarrollo de una política pública en materia de contratación electrónica partir de la base de una insuficiencia legal y de instrumentos jurídicos que permitan llevar a cabo actuaciones contractuales en formato digital con plena validez jurídica y probatoria. En otro trabajo analicé el caso de la producción del acto administrativo por medios electrónicos para concluir que aunque este instrumento volitivo de la administración puede estar soportado en formato digital, difícilmente podría surtir sus efectos jurídicos ya que el ordenamiento jurídico no permite utilizar formas electrónica para integrarlo con el mundo real, exteriorizando su mandato. En pocas palabras, el acto puede erigirse en formato digital, pero no podrá ser eficaz jurídica ni probatoriamente porque nuestro ordenamiento no permite que el mismo sea notificado o publicado por un mecanismo distinto a los tradicionalmente señalados en el Código Contencioso Administrativo³⁷.

Por esta razón y circunstancia, que no se puede superar sin modificar nuestro Código Contencioso Administrativo, es necesario buscar una reforma al marco legal de la contratación pública, que expresamente permita que toda la actuación administrativa contractual, y sobre todo la precontractual, pueda llevarse a cabo por medios electrónicos. Esto implica no sólo permitir que el acto mismo conste y se produzca a través de formatos digitales sino que su notificación y publicación también pueda llevarse a cabo por estos medios.

37 Véase en extenso LAGUADO, ROBERTO, "Actos administrativos por medios electrónicos", *Revista de Derecho Informático ALFA—REDI*, julio de 2003, en <http://www.alfa—redi.org/revista/revista.asp?idRevista=62>, navegada el 16 de octubre de 2003.

- e. Para superar estos obstáculos interpretativos, que sólo impiden que se masifique el uso de los medios electrónicos, será necesario dotar de claridad y e instrumentos normativos contundentes que generen confianza en el funcionario público, los ordenadores de gasto y los proveedores usuarios de la contratación electrónica.
- f. Se puede concluir que no existen vacíos interpretativos ni legales, pero el caso es que la confianza por parte de los funcionarios públicos no está ahí presente, y por lo mismo, se limitan a cumplir los mandatos de información establecidos en el decreto 2170 de 2002 sin avanzar a la gestión pública electrónica. Lo cierto es que se necesita que el funcionario público tenga tranquilidad de que no vulnera el respeto al principio de legalidad de la función administrativa cuando decide producir un acto y notificarlo electrónicamente.

Por esta razón se están impulsando dos iniciativas legislativas. La primera de ellas pretende dotar a todo procedimiento y actuación administrativa electrónica de equivalencia funcional y se concreta en la propuesta del siguiente artículo del proyecto de ley antitrámites:

“Artículo 7°. *Medios tecnológicos.* Sin perjuicio de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, para atender los *trámites y procedimientos de su competencia*, los organismos y entidades de la Administración Pública deben emplear *cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan*, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa.

La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, podrá tener lugar por medios electrónicos. Para el *trámite, notificación y publicación* de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas” (bastardilla fuera del texto original)

El artículo no sólo indica que la actuación puede llevarse a cabo electrónicamente sino que también podrá notificarse y publicarse por medio de estos instrumentos.

La segunda iniciativa está contemplada en el Proyecto de reforma a la Ley 80 de 1993, en el cual de forma concreta y limitado al procedimiento administrativo contractual, se trató de dotar de todos los instrumentos jurídicos para que este

proceso pueda llevarse a cabo por medios telemáticos. Así pues, el artículo propuesto en la Reforma³⁸ reza lo siguiente:

“Artículo 31. *De la utilización de medios electrónicos.* El artículo 79 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

De conformidad con lo dispuesto en la ley 527 de 1999, la actividad contractual, los contratos, la sustanciación de las actuaciones y la expedición de los actos administrativos podrá tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas”.

Ya para terminar, espero haber expuesto claramente el interés y los esfuerzos que los dos gobiernos, el pasado y el actual, han desplegado para avanzar en el desarrollo de la contratación pública por medios electrónicos, reflejando su compromiso constante y filosófico en la lucha contra la corrupción en la contratación pública, tratando de que la ejecución del gasto público sea cada vez más transparente y eficiente.

Los procesos de construcción de sistemas de contratación pública electrónica no son de corto plazo. Por el contrario, requieren de un largo compromiso por parte de los gobiernos y los funcionarios responsables de diseñar el esquema. No se puede pretender alcanzar las metas que obtienen los países desarrollados porque su velocidad de reacción es distinta, mayor en la generalidad de los casos, pero ante todo, apoyados por procesos institucionales un tanto más sólidos que los nuestros. Debemos seguir el ejemplo pero también aprender de nuestros propios errores.

En cuatro años de labores las entidades a cargo de impulsar la construcción y la estrategia de contratación electrónica ya cuentan con un *know-how* importante y con ejemplos de países cercanos que les permiten ver más claramente hacia dónde debe orientarse la política y en qué sentido deben adoptarse las decisiones.

El trabajo del gobierno siempre ha sido serio. Las responsabilidades han sido distribuidas tratando de guardar el mejor equilibrio y respeto a las actividades misionales.

No podemos dejar de lado los grandes *inputs* que la banca multilateral ha brindado desde el año 2002. Tanto el Banco Mundial como el Interamericano de Desarrollo han apoyado muy de cerca el proceso al interior del país, brindando asistencia técnica, recursos económicos significativos y ayudando a idear una política de con-

38 Proyecto de Ley 034 de 2004. Comisión Primera Cámara de Representantes.

tratación pública electrónica cada vez más acorde con los desarrollos conceptuales y técnicos modernos y las experiencias internacionales.

Las perspectivas apuntan a que en un poco menos de dos años Colombia pueda incursionar en el listado de los países con sistemas electrónicos de contratación. Resta seguir acompañando el proceso y esperar que el esfuerzo de cuatro años hacia atrás rinda sus frutos en beneficio de todos los operadores de la contratación con dineros públicos.

Quiero finalmente, mostrar mi muy sentido aprecio y respeto por todos aquellos funcionarios públicos y consultores colombianos que han invertido sus mejores momentos de lucidez en pensar cómo modernizar la contratación pública de forma que su digitalización y operatividad con la Internet sea posible algún día.

BIBLIOGRAFÍA

DÁVILA, LUIS GUILLERMO, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Legis, 2ª edición, 2003.

Decreto 2170 de 2002.

Decreto 3816 de 2003.

Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 3186 de 2002*, “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”.

Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 3249 de 2003* “Política de contratación pública para un estado gerencial”.

Directiva presidencial 02 de 2000.

Instructivo de políticas y estándares sobre publicación de información sobre contratación pública en Internet.

LAGUADO, ROBERTO, “Sistemas de e-government procurement”, *Revista Jurídica del Perú*, n° 40, noviembre de 2002.

LAGUADO, ROBERTO, “Actos administrativos por medios electrónicos”, *Revista de Derecho Informático ALFA-REDI*, julio de 2003, en <http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=62>, navegada el 16 de octubre de 2003.

Proyecto de Ley 034 de 2004, Comisión Primera Cámara de Representantes.

Páginas Web:

<http://www.directiva02.gov.co/principal.asp?flag1=Evalfasetres>