



El Régimen Jurídico de la
Contratación Pública Electrónica y
los Acuerdos Marco de Precios

El Régimen Jurídico de la Contratación Pública Electrónica y los Acuerdos Marco de Precios.

Alcalde Mayor de Bogotá
Enrique Peñalosa Londoño

Secretaria Jurídica Distrital
Dalila Astrid Hernández Corzo

Subsecretaria Jurídica Distrital
Gloria Edith Martínez Sierra

Directora Distrital de Política e Informática Jurídica
Alexandra Navarro Erazo

Autor
Daniel Castaño Parra

Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 093 de 2019

ISBN : 978 958 56735 9 5

Septiembre de 2019



INTRODUCCIÓN Y EL OBJETO DEL ESTUDIO JURÍDICO REQUERIDO

De acuerdo con lo estipulado en el objeto del Contrato No. 093 de 2019, el estudio de impacto jurídico analizará el régimen jurídico aplicable a la contratación de servicios digitales por las entidades públicas distritales por medio de los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y suscritos por Colombia Compra Eficiente. Para ello, el estudio analizará, entre otros, la selección abreviada para la contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización relacionados con tecnología por medio de los Acuerdos Marco de Precios por parte del Distrito Capital y si resulta jurídicamente viable que el Distrito Capital suscriba sus propios acuerdos marco de precios para la contratación de servicios digitales y/o otros bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización.

Respecto de dicha pregunta, considero que el Distrito Capital tiene competencia para diseñar, estructurar y suscribir sus propios Acuerdos Marco de Precios pero ello será válido únicamente hasta el momento en que el Gobierno Nacional establezca las condiciones de acuerdo con las cuales los Acuerdos Marco de Precios serán obligatorios para el Distrito Capital de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019. Ahora bien, estimo que, en ausencia de Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente respecto de ciertos bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el Distrito Capital podrá diseñar, estructurar y suscribir sus propios Acuerdos Marco de Precios.

De igual forma, el estudio abordará el régimen jurídico aplicable al comercio electrónico del sector público, a la aplicación de tecnologías de la información y las comunicaciones a la contratación estatal, a las plataformas digitales dispuestas por Colombia Compra Eficiente para la contratación pública digital y a las vicisitudes por el indebido funcionamiento de dichas plataformas. El principal hallazgo es que, a mi juicio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma vigente posterior al Decreto 734 de 2012 que regule jurídicamente los siguientes temas esenciales sobre los requisitos y parámetros técnicos para el funcionamiento y operación del SECOP: usuarios, perfiles, contraseñas, términos y condiciones de uso del SECOP II y la responsabilidad administrativa derivada de las fallas técnicas del SECOP II. Frente a este hallazgo el presente estudio jurídico sugiere unos parámetros para resolver las deficiencias régimen jurídico del SECOP II.

Para ello el presente estudio se dividirá en dos partes para cada uno de sus ejes temáticos.

PARTE I:

El Régimen Jurídico De Los Acuerdos Marco De Precios Para Para La Adquisición O Suministro De Bienes Y Servicios De Características Técnicas Uniformes Y De Común Utilización

Esta parte primera del estudio jurídico tiene por objeto resolver la siguiente pregunta: ¿El Distrito Capital tiene competencia para estructurar y celebrar sus propios Acuerdo Marco de Precios para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización de acuerdo con la legislación vigente? A efectos de resolver el interrogante planteado, resulta menester realizar algunas precisiones sobre los Acuerdo Marco de Precios, su regulación legal, naturaleza jurídica y distribución de competencias para su celebración de conformidad con la legislación vigente en la materia.

I. Acuerdo Marco de Precios para la Adquisición o Suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización: Concepto y Régimen Legal

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 presenta la existencia de la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la contratación directa como modalidades de selección en el proceso de contratación estatal. Para los efectos de resolver el interrogante planteado, me enfocaré en la selección abreviada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización mediante la celebración de Acuerdos Marco de Precio:

“2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual [...] Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) **La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades**, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos [...].”

De lo anterior se desprende que las entidades públicas pueden contratar la adquisición o suministro de servicios digitales de características técnicas uniformes y de común utilización bajo la modalidad de selección abreviada mediante ordenes de compra realizadas con fundamento en Acuerdos Marco de Precios celebrados por Colombia Compra Eficiente.

Para ello, el legislador instituyó el Acuerdo Marco de Precios como un instrumento comercial novedoso en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La existencia de estos instrumentos comerciales garantiza la correcta provisión y transparencia de bienes y servicios, para lo cual el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define bienes y servicios de características técnicas uniformes en los siguientes términos:

“Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007”.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define con mayor claridad lo que debe entenderse por Acuerdo Marco de Precios:

“Acuerdo Marco de Precios: Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este”

A su vez, el citado Decreto 1082 desarrolla lo indicado por el literal a del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 sobre los instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco, puesto que define el catálogo y su clasificación en los siguientes términos:

“Catálogo para Acuerdos Marco de Precios: Ficha que contiene: (a) la lista de bienes y/o servicios; (b) las condiciones de su contratación que están amparadas por un Acuerdo Marco de Precios; y (c) la lista de los contratistas que son parte del Acuerdo Marco de Precios.

Clasificador de Bienes y Servicios: Sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC”.

Visto de esta forma, el Acuerdo Marco de Precios es un instrumento jurídico que hace parte de la selección abreviada de la contratación estatal mediante el cual se prefijan varias de las cláusulas llamadas a gobernar futuros negocios jurídicos. Con base en la legislación vigente, el Consejo de Estado definió el Acuerdo Marco de Precios en los siguientes términos:

“5.2.- Así, conforme a las definiciones legales¹ se tiene que un acuerdo marco de precios es un contrato, suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente y unos proveedores de bienes y/o servicios, en cuya virtud se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado.

5.3.- Se trata, en esencia, de un contrato marco o normativo que se desarrolla en dos etapas o momentos. Una primera, donde un organismo centralizado de compras públicas celebra, con ciertos proveedores seleccionados, un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo. Perfeccionada esta primera etapa, adviene el segundo momento del procedimiento, que consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus las necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre el organismo centralizado y los proveedores”².

En este sentido, el Consejo de Estado identificó las principales características de los Acuerdos Marco de Precios a la luz de la legislación vigente. Dijo el Consejo de Estado:

“En lo que respecta al caso colombiano, es preciso destacar algunas de las siguientes características de los Acuerdos Marco de Precios: i) son un contrato, en tanto negocio jurídico que constituye, regula o extingue relaciones jurídico

¹ Ley 1150 de 2007. Artículo 2º. Parágrafo 5o. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2o del literal a) del numeral 2o del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.3.1 Definiciones (...) Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

patrimoniales³, ii) son promovidos y suscritos por la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente⁴, iii) tales acuerdos recaen sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes⁵⁻⁶, iv) por Ministerio de la Ley son de obligatoria observancia para las Entidades públicas del poder ejecutivo del orden nacional⁷⁻⁸, aun cuando tales Entidades no suscribieron el Acuerdo, v) las demás entidades estatal, órganos autónomos, entidades territoriales, poderes legislativo y judicial podrán adherirse a los Acuerdos Marco⁹, vi) el Acuerdo Marco de Precios da lugar a la suscripción de un contrato estatal el cual es de cuantía indeterminada por cuanto se desconoce el monto y precio total de bienes y/o servicios que serán transados por las Entidades públicas y los proveedores

³ Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

⁴ Decreto Ley 4170 de 2011. Artículo 3. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente ejercerá las siguientes funciones: (...) 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.

⁵ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones (...) Bienes y servicios de características técnicas uniformes. Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

⁶ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.8 Identificación de bienes y servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios. Colombia compra Eficiente, o quien haga sus veces, periódicamente debe efectuar procesos de contratación para suscribir Acuerdos Marco de Precios, teniendo en cuenta los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes contenidos en los Planes Anuales de Adquisiciones de las Entidades Estatales y la información disponible del sistema de compras y contratación pública.

Las entidades estatales pueden solicitar a Colombia Compra Eficiente un Acuerdo Marco de Precios para un bien o servicio determinado. Colombia Compra Eficiente debe estudiar la solicitud, revisar su pertinente y definir la oportunidad para iniciar el proceso de Contratación para el Acuerdo Marco de Precios solicitado.

⁷ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7 Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes de los Acuerdos Marco de Precios vigentes.

⁸ "6.10.6. Lo anterior significa que, en lo que respecta a los órganos autónomos, como es el caso de la CNSC, los acuerdos marcos desarrollados por el Gobierno Nacional no le resultan obligatorios, de manera que las mismas entidades pueden diseñar sus propios acuerdos marcos a los cuales sujetar los procesos de contratación y, en concreto, de fijación de precios, sin perjuicio de que puedan sujetarse o adherirse a los acuerdos marco realizados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-." Corte Constitucional. Sentencia C-518 de 2016.

⁹ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Procedencia del Acuerdo Marco de Precios (...) Las Entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios, pero están facultados para hacerlo.

en vigencia del Convenio¹⁰, vii) no implica compromiso de gasto por parte de Colombia Compra Eficiente, pues mediante la suscripción del Acuerdo Marco de Precios esa entidad no se está comprometiendo a adquirir bienes o servicios para sí; viii) luego de suscrito las Entidades públicas obligadas en virtud del Acuerdo Marco concretan la operación secundaria por medio de una orden de compra en el ámbito de la selección abreviada de que trata el numeral segundo del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y ix) da lugar a la creación de un catálogo virtual de productos y servicios a los cuales pueden acceder las Entidades públicas para concretar la operación secundaria de la contratación con arreglo a un acuerdo marco de precios¹¹¹².

De esta manera, el Consejo de Estado explicó que los Acuerdos Marco de Precios persiguen la materialización de los principios de la contratación estatal, particularmente el principio de celeridad. Dijo el Consejo de Estado:

“El legislador pretende infundir celeridad a la contratación estatal, lo que se explica en razón a que luego de que Colombia Compra Eficiente suscriba un Acuerdo Marco de Precios le bastará a cada Entidad Pública i) conforme al principio de planeación, identificar la necesidad y la forma o medio que requiere para su satisfacción, ii) acceder al catálogo virtual de productos y/o servicios respecto de los cuales Colombia Compra Eficiente ya tiene suscritos Acuerdos Marco de Precios, iii) ejecutar la operación secundaria consistente en seleccionar entre los varios proveedores que hacen parte del Acuerdo Marco y concretar una orden de compra. Todo ello ocurre dentro de la modalidad de selección abreviada de que trata el numeral segundo del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. De esta manera, se simplifica el lapso que va entre la necesidad que se pretende solventar y la entrega o prestación del bien o servicio requerido, redundando ello en un mejor desempeño de las

¹⁰ Nota: El artículo 2.2.1.2.1.2.10 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el proceso de contratación de los Acuerdos Marco será de por licitación pública. Sin embargo, ese precepto actualmente se encuentra suspendido provisionalmente por auto de 18 de abril de 2017, Exp. 56165.

¹¹ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.9. Utilización del Acuerdo Marco de Precios. Colombia Compra Eficiente debe publicar el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios, y la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios vigente con el cual la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad identificada. Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la Entidad Estatal de que trata el inciso 1 del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

funciones de la Administración Pública. Esto, se repite, atendiendo al propósito perseguido por el legislador”¹³.

Así las cosas, el Acuerdo Marco de Precios es un negocio jurídico complejo cuya formación se desenvuelve en dos niveles distintos con la intervención de varias entidades públicas. Hay dos tipos de transacciones en el Acuerdo Marco de Precios:

- A. Operación principal: en la cual se identifican los bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, además de estudiar el mercado nacional e internacional correspondiente.
- B. Operación secundaria: corresponde a las entidades públicas, quienes identifican una necesidad, verifican si existe un Acuerdo Maco de Precios en el catálogo y la satisfacen según lo establecido en el Acuerdo.

Conviene ahora precisar la competencia de Colombia Compra Eficiente para la estructuración de la operación primaria que corresponde a la suscripción del Acuerdo Marco de Precios.

II. Competencia de Colombia Compra Eficiente para la Estructuración y Celebración de los Acuerdo Marco de Precios

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es la entidad pública competente para “diseñar, organizar y celebrar los Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 7º del artículo 3º del Decreto Ley 4170 de 2011. Dicho numeral 7º del artículo 3º dispone que:

“La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

Así pues, el Gobierno Nacional dispuso que Colombia Compra Eficiente sería la entidad encargada de estructurar los términos y condiciones del Acuerdo Marco de Precios. Dicha competencia se desarrolló en el Decreto 1510 de 2013, compilado más adelante por el artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015:

“Colombia Compra Eficiente debe publicar el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios, y la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios vigente con el cual la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad identificada.

Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la Entidad Estatal de que trata el inciso 1° del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales no deben exigir las garantías de que trata la Sección 3 del presente capítulo, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto, en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios, a menos que el Acuerdo Marco de Precios respectivo disponga lo contrario”.

El Consejo de Estado revisó la legalidad de dicho artículo en una sentencia que resulta esencial para comprender a cabalidad la naturaleza del Acuerdo Marco de Precios y las competencias de Colombia Compra Eficiente respecto de la estructuración de la llamada operación primaria. Puntualmente, el Consejo de Estado explicó la naturaleza de la competencia de Colombia Compra eficiente para la estructuración de la operación primaria:

“El alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal [...] Advertido el fundamento jurídico de la competencia de Colombia Compra Eficiente y revisado el alcance de los términos “diseñar, organizar y celebrar” esta Sala no encuentra que la disposición reglamentaria “en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios” del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 pugne con el universo jurídico superior invocado por el ciudadano actor.

[...] dígase que ese poder de regulación normativa en cabeza de CCE se ejerce secundum legem como también subordinado a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, de suerte que no rivaliza con ésta o

aquella, sino que constituye, en puridad, expresión de ejercicio de autoridad administrativa bajo habilitación legal expresa sujeta, entre otras cuestiones, a la concreción de aquellos principios y valores que subyacen a la función administrativa, de una parte, y los propios de la Constitución Económica, de otro tanto, como recién ha sido reiterado por esta Sección en asunto de similar naturaleza al aquí tratado. Con otras palabras, la Sala tiene averiguado que el poder de regulación otorgado a Colombia Compra Eficiente no es ejercicio de potestad reglamentaria constitucional, en los términos expuestos”¹⁴.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la competencia normativa de Colombia Compra Eficiente para estructurar los términos y condiciones de los Acuerdos Marco de Precios no es autónoma, sino que se encuentra sometida a la ley y a los decretos reglamentarios proferidos por el Gobierno Nacional.

Dicho ello con otras palabras, el poder de regulación normativa de Colombia Compra Eficiente sobre el Acuerdo Marco de Precios se ejerce *secundum legem*, ello es, supeditado a la ley y la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional. Por medio de este instrumento se fijan condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de entidades estatales, lo que incrementa el poder de negociación del Estado. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que:

“es claro que los acuerdos marco de precios (como el regulado en la Ley 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias) suponen una agrupación de una bolsa cerrada de proveedores para suministrar bienes y servicios a las entidades del Estados, lo que implica, por consiguiente, un cierre temporal de un segmento del mercado público para los competidores que no devinieron adjudicatarios dentro del acuerdo marco de precios [...] De esta manera, la pretensión del legislador con la introducción de los Acuerdos Marco de Precios no ha sido otra que la de potenciar los principios de celeridad y economía en el ejercicio de la función pública”¹⁵.

En otras palabras, la fijación de un conjunto de condiciones uniformes se da para identificar necesidades comunes de las entidades públicas y reducir la carga

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

administrativa innecesaria. El realizar la adquisición de bienes o servicios con un solo comprador, permite lograr mejores precios y resultados, lo que centraliza el poder de negociación y compra de las entidades públicas.

III. Obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios Diseñados, Estructurados y Suscritos por Colombia Compra Eficiente de acuerdo con el Artículo 41 de la Ley 1955 de 2019

La obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y celebrados por Colombia Compra Eficiente debe ser analizada a partir de la redacción original del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y su posterior reforma hecha por el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019 mediante la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.

En un primer momento, el texto original del Parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 disponía que:

“El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará **obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, **las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior**” (énfasis nuestro).

La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del citado Parágrafo 5º mediante la sentencia C – 518 de 2016. En dicha sentencia, la Corte Constitucional señaló que:

“El Parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, además de reiterar la función que están llamados a cumplir los acuerdos marco de precios, como herramientas que permiten fijar las condiciones de oferta de la adquisición o suministro de bienes y servicios, establece también las reglas de vinculación de las entidades públicas a los mismos acuerdos marco. Con ese propósito, señala que para la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el acuerdo marco tiene carácter vinculante, en las condiciones establecidas en los reglamentos. Del mismo modo, prevé que, para en el caso de los *“Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las*

Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior”.

[...] Lo anterior significa que, en lo que respecta a los órganos autónomos, como es el caso de la CNSC, los acuerdos marcos desarrollados por el Gobierno Nacional no le resultan obligatorios, de manera que las mismas entidades pueden diseñar sus propios acuerdos marcos a los cuales sujetar los procesos de contratación y, en concreto, de fijación de precios, sin perjuicio de que puedan sujetarse o adherirse a los acuerdos marco realizados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente”¹⁶.

De acuerdo con la legislación anterior y la sentencia citada, los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y suscritos por Colombia Compra Eficiente eran obligatorios para las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A ello habría que agregar que los manuales sobre la celebración de Acuerdos Marco de Precios elaborados por Colombia Compra Eficiente también son obligatorios. Así lo expresó la Mesa de Servicio de Colombia Compra Eficiente en respuesta al Derecho de Petición No. 4201912000004328¹⁷.

Como ya lo mencioné, el Parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 fue modificado expresamente por el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. El citado artículo dispone:

“PARÁGRAFO 5o. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2 del literal a) del numeral 2 del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 518 de 2016.

¹⁷ Respuesta de la Mesa de Servicio de Colombia Compra Eficiente al Derecho de Petición presentado bajo el Radicado No. 4201912000004328, 15 de agosto de 2019.

acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.

En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor, se constituirá un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

*El Gobierno nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. **El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios, se hará obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.***

Los Organismos Autónomos, las Ramas Legislativa y Judicial y las entidades territoriales en ausencia de un acuerdo marco de precios diseñado por la entidad que señale el Gobierno nacional, podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios”.

Del texto transcrito se advierte que la principal modificación introducida por el citado artículo 41 de la Ley 1955 radica en la obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y celebrados por Colombia Compra Eficiente. Puntalmente, bajo la nueva legislación, dichos Acuerdos Marco de Precios serán obligatorios para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los organismos autónomos, las ramas legislativa, judicial y las entidades territoriales. Sin embargo, la obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente dependerá de dos condiciones, a saber;

- A.** La expedición de un reglamento por parte del Gobierno Nacional donde se establezcan las condiciones bajo las cuales los Acuerdos Marco de Precios celebrados por Colombia Compra Eficiente serán obligatorios.
- B.** La existencia de un Acuerdo Marco de Precios diseñado, estructurado y suscrito por Colombia Compra Eficiente.

Así las cosas, la estructuración de dicho decreto reglamentario por parte del Gobierno Nacional será esencial para fijar las condiciones en las que los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y suscritos por Colombia Compra Eficiente.

IV. Parámetros para la Expedición del Decreto Reglamentario sobre la Obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente y la Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio

Como quiera que dicho decreto reglamentario versará sobre el diseño, estructuración, celebración y obligatoriedad de Acuerdos Marco de Precios celebrados por Colombia Compra Eficiente, considero pertinente realizar un par de precisiones sobre la naturaleza e importancia jurídica de dicho decreto reglamentario y los Acuerdos Marco de Precios que de este deriven.

En primer lugar, conviene recordar que, por definición, los Acuerdos Marco de Precios entrañan una restricción a la libertad de competencia. Por esta razón, considero que el decreto reglamentario en el que el Gobierno Nacional establezca las condiciones para su obligatoriedad deberá ser debidamente socializado con todas las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Estatal y luego deberá ser sometido a la revisión y concepto previo de la Superintendencia de Industria Comercio.

En efecto, la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, estableció la denominada “Abogacía de la Competencia”, entendida como aquella necesidad de intervenir en las iniciativas normativas que puedan producir distorsiones en los mercados. El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, indica:

“ARTÍCULO 7°. Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

La intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio en los proyectos de regulación estatal fue desarrollada por el Decreto 2897 de 2010 que reglamentó el artículo expuesto. En este se define la obligatoriedad de las entidades públicas de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto

administrativo que se propongan expedir con fines de regulación. El artículo 2 expresa:

“Artículo 2°. Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación. Para los fines a que se refiere el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional.

Parágrafo. No estarán sujetos al presente decreto los organismos y entidades a que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998”.

En razón de lo expuesto, las entidades deberán informar sobre los proyectos de acto administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. El artículo 3 desarrolla cuáles son los actos que afecta esta medida:

“Artículo 3°. Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las autoridades indicadas en el artículo 2° del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

- 1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o*
- 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados”.*

Sin embargo, hay excepciones. El artículo 4 del mismo Decreto 2897 de 2010 indica:

“Artículo 4°. Excepciones al deber de informar. No se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación cuando la autoridad que se propone expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de:

a) Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o

b) Garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario.

2. Cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos.

3. Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas.

4. Cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto.

5. Cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo. En cualquiera de los anteriores eventos la autoridad de regulación deberá dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto”.

En otras palabras, la Ley 1340 de 2009 estableció la “Abogacía de la Competencia” como una medida para proteger la libre competencia. El Decreto 2897 de 2010 delimitó la competencia de intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio en los proyectos de regulación, en donde se estableció que las autoridades deben informar a la SIC sobre los proyectos de acto administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.

Se entiende afectada la libre competencia cuando tiene por objeto limitar competidores, imponer conductas a empresas o consumidores, modificar condiciones previamente impuestas, limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir incentivos para competir, limitar la libre elección o restringir la información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados. Se exceptúan los actos administrativos producto de causas extrañas, cuando busque ampliar plazos o aclarar, se trate de un acto de carácter particular, resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma o cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo.

Para cumplir con lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 44649 de 2010 que adopta el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios. Si la respuesta al conjunto de preguntas contenidas en el cuestionario es negativa, la autoridad regulatoria debe llevar el proyecto de acto a la Superintendencia de Industria y Comercio para su valoración. El artículo 2 de la resolución expresa:

“Artículo 2°. En caso de que la respuesta al conjunto de preguntas contenidas en el cuestionario resulte negativa, la autoridad regulatoria que considere conveniente que la Superintendencia de Industria y Comercio, realice una valoración sobre la libre competencia, podrá informar el proyecto de acto administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2897 de 2010”.

A fin de facilitar la comprensión sobre la correcta ejecución de “Abogacía de la Competencia”, la SIC expidió la Guía Práctica para la Abogacía de la Competencia y Documento guía para la elaboración de los estudios técnico-económicos para el trámite de abogacía¹⁸.

Dentro de este marco legislativo y reglamentario, el Consejo de Estado se pronunció sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la omisión de solicitud de concepto a la Superintendencia de Industria y Comercio para la expedición de actos administrativos generales que versen sobre temas de competencia y regulación económica. Puntualmente, el Consejo de Estado señaló que la pretermisión de la solicitud de concepto a la SIC por parte de la autoridad administrativa competente acarrea la nulidad de dicho acto administrativo por falta de motivación¹⁹.

¹⁸ Disponible en línea a través de <http://www.sic.gov.co/abogacia-de-la-competencia/documentos-de-analisis-temas-de-competencia>

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2013, Radicado No. 11001030600020130000500 (2138), C. P. William Zambrano.

V. Parametros para la Estructuración de los Acuerdos Marco de Precios Obligatorios por parte de Colombia Compra Eficiente

De otra parte, considero que los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente tienen el potencial de generar un eventual impacto económico considerable teniendo en cuenta su naturaleza obligatoria para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sobre los efectos de los Acuerdos Marco de Precios y los pilares esenciales de la Constitución Económica, el Consejo de Estado ha señalado que:

“5.18.- Siendo una consecuencia de los Acuerdos Marco de Precios concentrar la demanda de las entidades públicas en ciertos proveedores, dado el empoderamiento del Estado como un potencial gran comprador, es claro que a Colombia Compra Eficiente, en la estructuración y planeación de los Acuerdos Marco le corresponde el deber de garantizar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas la mayor participación de potenciales oferentes, adoptando, por ejemplo, criterios de calificación no susceptibles de manipulación por ciertos grupos de participantes, creando condiciones reales para que grandes, medianos y pequeños proveedores tengan cabida, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado, como es la creación, de hecho, de monopolios u oligopolios. Con otras palabras, es predicable en este escenario la vigencia y aplicación directa de los mandatos que emanan del artículo 333 y los que dan sentido a la llamada Constitución Económica”²⁰.

Es por ello por lo que el Consejo de Estado ha señalado que sobre Colombia Compra Eficiente gravita la obligación perentoria e inobjetable de diseñar, estructurar y suscribir los Acuerdos Marco de Precios con plena observancia de los principios que rigen la contratación estatal, en particular, los principios de transparencia y planeación. Ha dicho el Consejo de Estado:

“De hecho, y para concluir este apartado, los riesgos de restringir la libre competencia y atentar contra las finalidades de la contratación estatal han sido puestos de presente por la CNUDMI en sus informes respecto de la operatividad de los Acuerdos Marco en la Ley Modelo de Contratación Pública. Todo ello lleva a reiterar, entonces, la necesaria planeación y ponderación por parte de Colombia Compra Eficiente al momento de la elaboración de los estudios previos del mercado, la estructuración de los

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

pliegos de condiciones, las exigencias planteadas a quienes desean tomar parte en los Acuerdos Marco y los criterios de calificación”²¹.

Con fundamento en estas consideraciones, sugiero que el Distrito Capital debe tomar acciones concretas para participar activamente en la socialización del decreto reglamentario que establecerá las condiciones para la obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente. De igual forma, se sugiere que el Distrito Capital tome todas las medidas y acciones necesarias para participar activamente en los Acuerdos Marco de Precios que deberá aplicar de manera obligatoria de acuerdo con las condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

VI. Conclusiones

Con fundamento en lo expuesto, me permito presentar las siguientes conclusiones y recomendaciones frente al diseño, estructuración y suscripción de Acuerdos Marco de Precios:

1. El Acuerdo Marco de Precios es un contrato suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente y proveedores de productos y/o servicios, para fijar lineamientos sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Una vez suscrito el Acuerdo, Colombia Compra Eficiente lo pondrá a disposición en el catálogo virtual de productos y/o servicios, desde el cual se podrán ejecutar operaciones y concretar órdenes de compra. Si bien esta clase de proceso requiere concentrar la oferta en ciertos proveedores, debe garantizarse la planeación contractual del Estado y fomentarse criterios de calificación transparentes que fomenten la libre competencia.
2. La entidad competente para diseñar, estructurar y suscribir Acuerdos Marco de Precios es Colombia Compra Eficiente.
3. La obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y celebrados por Colombia Compra Eficiente debe ser analizada a partir de la redacción original del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y su posterior reforma hecha por el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019 mediante la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, sentencia de 16 de agosto de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166), C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

4. La principal modificación introducida por el citado artículo 41 de la Ley 1955 de 2019 al Parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 radica en la obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y celebrados por Colombia Compra Eficiente. Puntalmente, bajo la nueva legislación, dichos Acuerdos Marco de Precios serán obligatorios para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los organismos autónomos, las ramas legislativa, judicial y las entidades territoriales.
5. Lo anterior significa que los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente serán obligatorios para el Distrito Capital de acuerdo con las condiciones que establezca el Gobierno Nacional en el decreto reglamentario que expida para tal efecto.
6. La obligatoriedad de dichos Acuerdos Marco de Precios dependerá de dos condiciones, a saber;
 - a. La expedición de un reglamento por parte del Gobierno Nacional donde se establezcan las condiciones bajo las cuales los Acuerdos Marco de Precios celebrados por Colombia Compra Eficiente serán obligatorios.
 - b. La existencia de un Acuerdo Marco de Precios diseñado, estructurado y suscrito por Colombia Compra Eficiente.
7. Así las cosas, la estructuración de dicho decreto reglamentario por parte del Gobierno Nacional será esencial para fijar las condiciones en las que los Acuerdos Marco de Precios diseñados, estructurados y suscritos por Colombia Compra Eficiente.
8. Los Acuerdos Marco de Precios entrañan una restricción a la libertad de competencia. Por esta razón, considero que el decreto reglamentario en el que el Gobierno Nacional establezca las condiciones para su obligatoriedad deberá ser debidamente socializado con todas las entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación Estatal y luego deberá ser sometido a la revisión y concepto previo de la Superintendencia de Industria Comercio.
9. Considero que los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente tienen el potencial de generar un eventual impacto económico considerable teniendo en cuenta su naturaleza obligatoria para

todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

- 10.** Con fundamento en estas consideraciones, sugiero que el Distrito Capital debe tomar acciones concretas para participar activamente en la socialización del decreto reglamentario que establecerá las condiciones para la obligatoriedad de los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente. De igual forma, se sugiere que el Distrito Capital tome todas las medidas y acciones necesarias para participar activamente en los Acuerdos Marco de Precios que deberá aplicar de manera obligatoria de acuerdo con las condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

- 11.** Frente a la pregunta planteada por la Secretaría Jurídica Distrital: ¿El Distrito Capital tiene competencia para estructurar y celebrar sus propios Acuerdo Marco de Precios para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización de acuerdo con la legislación vigente? Considero que el Distrito Capital tiene competencia para diseñar, estructurar y suscribir sus propios Acuerdos Marco de Precios pero ello será válido únicamente hasta el momento en que el Gobierno Nacional establezca las condiciones de acuerdo con las cuales los Acuerdos Marco de Precios serán obligatorios para el Distrito Capital de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019.

- 12.** Considero que una vez el Gobierno Nacional expida tal decreto reglamentario y fije las mencionadas condiciones, el Distrito Capital deberá cumplir obligatoriamente los Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente. Ahora bien, estimo que, en ausencia de Acuerdos Marco de Precios suscritos por Colombia Compra Eficiente respecto de ciertos bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el Distrito Capital podrá diseñar, estructurar y suscribir sus propios Acuerdos Marco de Precios.

PARTE II:

El Régimen Jurídico De La Contratación Pública Electrónica Y del SECOP

La Parte Segunda del presente estudio jurídico analizará el régimen jurídico aplicable a la contratación pública electrónica y al SECOP, en particular al SECOP II.

I. CONCEPTO DE GOVTECH, LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA Y LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL SECOP

A. El Concepto De Govtech y su Relevancia para la Contratación Pública Electrónica.

El Gobierno Digital se ha convertido en una de las iniciativas más importantes y destacadas en el desarrollo de políticas públicas en los últimos años. En efecto, los poderes legislativo y ejecutivo han aunado esfuerzos para alcanzar un desarrollo normativo e institucional que promueva la eficiencia, la economía, la transparencia y celeridad en la administración pública. Dentro de este contexto, la aparición de internet y su rápida masificación ha sido un factor determinante para acercar el Estado a los ciudadanos mediante la redefinición de las formas en que los individuos ejercen sus derechos e interactúan con el Estado.

En sus inicios, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional diseñaron un marco normativo y regulatorio que promoviera la conectividad y la apropiación tecnológica a fin de acercar al ciudadano a la gestión pública. Para ello, las políticas públicas de antaño se construyeron con miras a robustecer la infraestructura y fomentar la innovación. De esta manera, el otrora llamado “gobierno electrónico” o *e-government* apareció en la escena normativa nacional para hacer referencia al uso de internet en “la participación política, las mejores prácticas, el control, la transparencia, la gestión de servicios al ciudadano *on line* (en línea), la integración institucional, la comunicación directa entre los administradores públicos y los ciudadanos”²². Sin embargo, la transformación del estado del arte se expandió de tal forma que la red de redes dejó de ser un todo para convertirse en uno de tantos elementos que conforman el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones.

En el marco internacional, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha desarrollado estudios sobre *e-government* habida cuenta que el Gobierno Digital hace parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 en donde la innovación tecnológica es trascendental para mejorar la calidad de los datos. La ONU manifiesta que los gobiernos locales son catalizadores del cambio, por lo que

²² LEGUIZAMÓN, M. El e-government en Colombia, ¿cerca o lejos? En: PERES, M., comp. Gobierno Digital: tendencias y desafíos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 57.

el desarrollo de servicios electrónicos abre el camino para que la población participe en la toma de decisiones, razón por la que la organización estudia la materia a nivel global mediante el seguimiento al crecimiento y tendencias por país²³.

Dentro de este contexto, se empezó a desarrollar el componente institucional para alcanzar el *Government Technology* (GovTech) del Estado colombiano, que se ha venido delimitando con el nombre de Gobierno en Línea, más recientemente, Gobierno Digital, y desarrolla una serie de servicios ciudadanos que aseguran una mejor ejecución de la función pública.

Para los efectos del presente estudio, conviene precisar que el término “*Government Technology*” o GovTech hace referencia a “(...) un enfoque de gobierno a la digitalización que promueve un gobierno simple, accesible y eficiente. Su objetivo es promover el uso de la tecnología para transformar el sector público, mejorar la prestación de servicios a los ciudadanos y las empresas, aumentar la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas”²⁴. Así pues, se trata de implementar las tecnologías convergentes al servicio del ciudadano para que sirvan de instrumento en la consolidación de los principios constitucionales de economía, celeridad, eficacia, participación, igualdad y transparencia.

La idea de un Gobierno Digital podría contribuir a la materialización de la interoperabilidad entre entidades públicas (*government as platform*), facilitar los procesos de contratación estatal, masificar la participación ciudadana y fomentar la transparencia²⁵. Dichos planes se hacen realidad únicamente por medio de la implementación de iniciativas concretas tales como gobernanza digital, prestación de servicios públicos, analítica de *big data*, inteligencia artificial para la toma de decisiones, modernización de sistemas de compras públicas, entre otros²⁶.

Dentro de las proyecciones de GovTech en Colombia, el país ha avanzado en la modernización del Sistema de Contratación Estatal mediante el diseño e implementación del SECOP I y II, los cuales tienen como propósito la transformación digital de la contratación estatal para promover la eficiencia y transparencia.

²³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2018 E-Government Survey. Nueva York: UN, 2018. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2018>

²⁴ WORLD BANK. *GovTech: Putting people first* [sitio web]. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/govtech-putting-people-first>

²⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *GovTech: Cuando emprendedores y gobiernos se unen para mejorar la vida a los ciudadanos* [sitio web]. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/administracion-publica/es/govtech-cuando-emprendedores-y-gobiernos-se-unen-para-mejorar-la-vida-a-los-ciudadanos/>

²⁶ WORLD BANK. Op. Cit.

B. Antecedentes Y Marco Normativo de la Contratación Pública Electrónica

La determinación del régimen jurídico de la contratación pública digital reviste una gran complejidad debido a que su regulación reposa en una miríada de leyes y decretos reglamentarios que han sido proferidos a lo largo del tiempo para regular una multiplicidad de temas distintos a la luz de tecnologías cambiantes. Entre dichos temas figuran, entre otros, el intercambio de mensajes de datos, el Gobierno Digital, la privacidad y un sinnúmero de estrategias de descongestión y optimización del ejercicio de la función administrativa para materializar los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

Por ello, resulta necesario realizar un inventario legal para dilucidar con absoluta claridad el régimen jurídico de la contratación pública digital, la legalidad de las actuaciones adelantadas por diversos medios digitales, el régimen de responsabilidad aplicable a las fallas del sistema y sus eventuales afectaciones a los particulares y las competencias de las distintas autoridades administrativas respecto del desarrollo, administración y operación del SECOP I y II.

La contratación pública electrónica no se concibió en el vacío, sino que ha sido el resultado de una multiplicidad de leyes y decretos por medio de los que se ha desarrollado e implementado las políticas públicas de Gobierno en Línea y posteriormente de Gobierno Digital. Esto significa que el régimen jurídico de la contratación pública digital no reposa únicamente en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, habida cuenta que dicho artículo remite expresamente a la Ley 527 de 1999, y con ello, a los Decretos por medio de los cuales se ha reglamentado los aspectos jurídicos y técnicos del intercambio de datos en nuestro país.

Por esta razón, resulta menester poner en contexto la contratación pública digital a efectos de dilucidar con absoluta claridad sus cimientos jurídicos y con base en ello responder las preguntas centrales objeto del presente estudio jurídico.

Los desarrollos normativos en materia de Gobierno Digital (antes, Gobierno en Línea), permitieron un mayor desarrollo de la administración pública digital en Colombia, abriendo camino a materias más específicas de la función pública como la contratación estatal. Así las cosas, se han desarrollado ciertos aspectos específicos en materia de apropiación de tecnología del sector público, destinada a facilitar la contratación y compras públicas.

C. La Ley 80 de 1993 y el Principio de Publicidad

Lo primero que se debe precisar es que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 no contiene una referencia expresa sobre el desarrollo y gestión de actividades precontractuales y contractuales por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones. La ausencia de dicha referencia expresa al uso de las TIC en la gestión de la contratación pública se podría explicar por dos razones. De una parte, se podría decir que tal vez en 1993 no se podía apreciar con mucha claridad la manera en qué las TIC podrían contribuir a la contratación pública digital dada la tecnología existente en dicho momento. De otra parte, se podría argumentar que dicha ausencia de la referencia expresa es consecuente con la técnica legislativa escogida por el legislador de 1993 que optó por construir una ley de principios rectores que gobernarán la contratación estatal en todos sus aspectos, dando lugar con ello a lo que el Profesor JUAN CARLOS EXPÓSITO denomina la “zona común” de la contratación estatal.

Ahora bien, la ausencia de una referencia expresa a la implementación de las TIC para estructurar un sistema de contratación pública digital no significa que la Ley 80 de 1993 no haya sentado sus primeros cimientos legales. En efecto, entre los múltiples principios que articula la Ley 80 está el principio de publicidad previsto en el artículo 23, el cual es esencial para promover la transparencia, la planeación, la responsabilidad y la selección objetiva en nuestro Estado Social de Derecho. Sobre la naturaleza y extensión de este principio el Consejo de Estado ha señalado que:

“En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables. En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política). Este principio - deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la

administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros). Por lo tanto, los principios del debido proceso -defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa”²⁷.

Ha sido entonces la necesidad de promover, optimizar y materializar el principio de transparencia que rige la contratación estatal en todos sus aspectos lo que ha dado lugar al diseño, desarrollo, implementación, administración y operación de varios sistemas de información mediante el uso de las TIC.

D. Publicidad, Medios Electrónicos y Contratación Estatal

En esta línea, La Ley 598 de 2000 marcó un hito para la aplicación de TIC a la gestión de la contratación pública debido a que articuló diferentes estrategias para ello. En primer lugar, esta ley creó el Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios – CUBS y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), con el fin de vigilar la “gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos”²⁸. Se debe recordar que esta ley fue derogada expresamente por el artículo 222 del Decreto Ley 019 de 2012, pero estos registros públicos articulados en forma de sistemas de información pueden ser considerados como un antecedente remoto del SECOP I y II.

Por su parte, el Decreto 2170 de 2002 ratificó la importancia del principio de publicidad en los procesos precontractuales de la contratación estatal, para lo cual estableció que las entidades estatales tenían la obligación de publicar los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público en el Portal Único de Contratación²⁹. Este Decreto también

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 3. Ley 598 de 2000. (18 de junio de 2000). Bogotá D.C., 2000.

²⁹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 1. Decreto 2170 de 2000. (30 de septiembre de 2002). Bogotá D.C., 2002.

estableció un capítulo dedicado a la contratación por medios electrónicos, que aplicaba a las entidades estatales que disponían de una página web con adecuada capacidad, teniendo que publicar la información relevante respecto de los procesos de contratación, sin ningún tipo de restricción técnica. Al ser la comunicación un factor fundamental, se tenía que crear para cada proceso de contratación una dirección de correo electrónico y un formulario electrónico para consultas y aclaraciones³⁰.

El citado Decreto disponía que la entidad pública que contara con la infraestructura tecnológica y de conectividad necesaria para asegurar la inalterabilidad de la información podía celebrar ciertas audiencias por medios electrónicos, acorde con las reglas previstas en la Ley 527 de 1999, pero en los casos en los que cualquier interesado manifestara oportunamente la imposibilidad de acceso por carecer de los elementos tecnológicos necesarios, debía desistirse y realizar la audiencia presencialmente³¹. A su vez, el Decreto regulaba la salvaguarda y equivalencia funcional de documentos electrónicos en el entendido que la información remitida a través de mensaje de datos, enviada con el apoyo de herramientas tecnológicas y con garantía de integridad del contenido, hacía parte del archivo electrónico de la entidad y de los elementos del expediente del proceso de contratación³².

En el mismo sentido, el citado Decreto señalaba que las entidades públicas podían hacer uso de un sistema de conformación dinámica estructurada mediante audiencia pública que podía ser realizada de manera presencial o por medios electrónicos³³. Sin embargo, esta parte del Decreto fue objeto de estudio por el Consejo de Estado quien anuló la aplicación de dicha audiencia bajo el argumento que el Presidente de la República reglamentó aspectos que eran de atribución exclusiva del legislador. Dijo el Consejo de Estado:

[Que] el sistema de la conformación dinámica de la oferta [del artículo 5 del Decreto] no es un mecanismo previsto en la Ley 80 de 1993 para la licitación o concurso públicos, en cuyo artículo 30 se estableció un proceso de selección que no da margen a la conformación de las ofertas a través del mecanismo de que trata la norma acusada. Este trámite constituye un elemento extraño y una nueva etapa al proceso que el Legislador, a quien compete expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración

³⁰ Ibíd. Artículo 21.

³¹ Ibíd. Artículo 22.

³² Ibís. Artículo 24 y 25.

³³ Ibíd. Artículo 5.

Pública, en conformidad con el inciso final del art. 150 de la C.P., elaboró para el efecto³⁴.

En igual sentido, el Decreto 3512 de 2003 reguló la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE, creado por la Ley 598 de 2000. Este Decreto definió el SICE como:

Una herramienta de información, ordenación y control que incorpora las cifras relevantes del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real, con los precios de referencia incorporados en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de acuerdo con los parámetros de codificación del Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos públicos³⁵.

El SICE, articulado en la forma de sistema de información, buscaba reducir los costos de la contratación pública, consolidar un nuevo marco de referencia para fortalecer la legalidad del proceso de contratación en el manejo de recursos públicos, garantizar principios constitucionales y legales, permitir el acceso a la consulta libre por Internet de la información de los procesos de selección de contratistas e impulsar y promover un cambio institucional³⁶. En relación con la organización del sector, el Decreto 3620 de 2004 creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, destinada a proponer la adopción de políticas públicas en la gestión contractual de las entidades públicas y a adoptar medidas orientadas a fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública³⁷. Este Decreto fue derogado por el art. 20 del Decreto 4170 de 2011.

Dentro de este contexto legislativo y reglamentario, el Decreto 2178 de 2006 creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP como un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales y con el objetivo de dar uniformidad a la información sobre la contratación pública. La plataforma buscaba articular los servicios electrónicos ofrecidos por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y los sistemas de información relacionados con la contratación pública³⁸. No se debe perder de vista que el

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 31.447, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁵ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 3. Decreto 3512 de 2003. (11 de diciembre de 2003). Bogotá D.C., 2003.

³⁶ *Ibíd.* Artículo 4.

³⁷ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 3620 de 2004. (9 de noviembre de 2004). Bogotá D.C., 2004.

³⁸ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 1. Decreto 2178 de 2006. (29 de junio de 2006). Bogotá D.C., 2006.

Decreto 2178 de 2006 fue derogado por el artículo 25 del Decreto Nacional 3485 de 2011.

E. El Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP Y su Rango Legal

La Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se reformó la Ley 80 de 1993, recogió la experiencia reglamentaria vigente para ese entonces y elevó a rango legal el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.”

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (...)”³⁹.

Conviene realizar algunas precisiones sobre este artículo en consideración a su importancia para el desarrollo, administración y operación del SECOP. El citado artículo 3º dispone que el Gobierno Nacional señalará los mecanismos tecnológicos por medio de los cuales las entidades públicas cumplirán con las obligaciones de publicidad. Así mismo, el artículo en mención dispone que el Gobierno Nacional “desarrollará” el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP de acuerdo con los siguientes parámetros o criterios:

*“Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, **el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop**, el cual:*

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

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 3. Ley 1150 de 2007. 17 de julio de 2007. Bogotá D.C., 2007.

- b) *Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;*
- c) *Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;*
- d) *Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.*

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso la administración del Secop supondrá la creación de una nueva entidad.

El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República” (énfasis nuestro).

De acuerdo con lo anterior, el SECOP deberá “disponer” las “funcionalidades tecnológicas” para realizar los procesos de selección de contratistas señalados en el artículo 2º de la Ley 1150, servir de “punto de ingreso” y generar reportes sobre la contratación pública, contará con la información oficial de la contratación realizada con “dineros públicos” e “integrará” todos los sistemas que involucren la “gestión contractual pública”. Finalmente, la ley señala expresamente que el SECOP será “administrado” por el “organismo” que designe el Gobierno Nacional.

La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de los artículos 3, 6 y 21 (parciales) y los artículos 16 y 30 de la Ley 1150 de 2007. En la sentencia C – 259 de 2008, la Corte sostuvo que el Gobierno Nacional podría establecer los mecanismos e instrumentos para cumplir con las obligaciones de publicidad del proceso contractual, puesto que existe legitimidad constitucional del legislador para definir el cumplimiento de las funciones estatales, en especial desde la perspectiva

de la eficacia de los principios de la función administrativa, por tal razón, los asuntos regulados hacen parte de la cláusula general de competencia del legislador⁴⁰.

Para la Corte Constitucional, “las previsiones sobre acceso y uso de mensajes de datos no son exclusivas del ámbito comercial privado, sino que también son aplicables en otros escenarios, propios de la administración pública”⁴¹, el ámbito normativo en materia de tecnologías de la información no es propio de los aspectos mercantiles, sino que se aplica una equivalencia funcional a toda clase de trámites que son físicos y es posible realizarlos de forma electrónica. En lo tocante a la aplicación de estos postulados a la contratación estatal, la Corte Constitucional señaló que:

“[Un] sistema automatizado de información sobre la contratación estatal debe, para mostrarse ajustado a los postulados constitucionales, contar con instancias tecnológicas que aseguren, entre otros objetivos, (i) la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y (iii) el conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica”⁴².

Para la Corte Constitucional es indudable que el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones en la contratación estatal plantea una mejor efectividad en el cumplimiento de los principios constitucionales, siempre y cuando el sistema de información que se diseñe e implemente para tal efecto cumpla a cabalidad los requisitos establecidos en la ley y la Constitución Política de 1991. Así las cosas, es viable concluir que el Gobierno Nacional tiene la obligación perentoria e inobjetable de reglamentar, desarrollar y administrar un sistema de información que cumpla de lleno con la ley y los criterios expresamente señalados en la citada sentencia C – 259 de 2008.

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 3º de la Ley 1150, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3485 de 2011 por el cual se reglamentó el SECOP y se derogó la anterior reglamentación contenida en el Decreto 2178 de

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2008. (11 de marzo de 2008). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

2006. El citado Decreto 3485 definió el SECOP como “un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permite la interacción de las entidades contratantes, los proponentes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, materializando particularmente los principios de transparencia y publicidad”⁴³. Dentro de este contexto, el Decreto en mención introdujo en su artículo 2º dos fases para el desarrollo e implementación del SECOP, a saber:

“De las fases del sistema electrónico para la contratación pública. El SECOP tiene dos fases de implementación, la Informativa y la Transaccional. Dentro de cada fase, podrán existir otras etapas de desarrollo e implementación.

La fase Informativa, continuará operando y desarrollándose atendiendo las normas de publicidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su reglamento, en las condiciones técnicas establecidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el organismo administrador del SECOP que designe el Gobierno Nacional.

En la fase Transaccional, conforme lo establezcan los términos y condiciones de uso del SECOP, las entidades públicas, proponentes, contratistas y ciudadanos dispondrán de reglas particulares para la sustanciación y notificación por medios electrónicos de sus actuaciones; en la expedición de todos los actos, documentos y contratos derivados de la actividad precontractual y contractual de la administración pública; así como también, se desarrollarán disposiciones que garanticen la publicidad, la recepción de las ofertas electrónicamente y otros aspectos relacionados con la contratación con cargo a recursos públicos. Esta fase será implementada de forma gradual y progresiva, en las condiciones técnicas establecidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el organismo administrador del SECOP que designe el Gobierno Nacional”.

El Decreto estableció las reglas de transición de las funciones y contratos vigentes relativas al desarrollo y administración del SECOP, hasta ese entonces a cargo del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Departamento de Planeación Nacional, a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente⁴⁴.

⁴³ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 1. Decreto 3485 de 2011. (22 de septiembre de 2011). Bogotá D.C., 2011.

⁴⁴ *Ibíd.* Artículo 16.

F. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y el SECOP

En esta línea, el Decreto Ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (En adelante “CCE”) como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. De acuerdo con el artículo 2º del citado Decreto Ley, el objeto de CCE es el siguiente:

“La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado”.

De acuerdo con el principio de legalidad, el artículo 3º del Decreto Ley enumera de manera detallada cada una de las competencias que CCE tendrá a su cargo. Puntualmente me enfocaré en las competencias relativas al SECOP debido a que tienen la mayor relevancia para responder las preguntas objeto del presente estudio jurídico. Dicho artículo 3º dispone:

“8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo

(...)

10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual.

11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública”.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto Ley en comento señala que le corresponderá al Consejo Directivo de CCE:

“3. Aprobar la política general de administración del Sistema Electrónico para la Contratación Pública y la contratación de nuevos sistemas tecnológicos o desarrollos de los mismos que sean requeridos y su correspondiente evaluación que facilite la interacción de los partícipes, la selección objetiva, la transparencia y la eficacia”.

Las funciones específicas sobre el desarrollo, implementación, gestión y administración del SECOP recaen puntualmente sobre la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de la entidad. El artículo 13 del Decreto Ley indica que será de su competencia:

“1. Realizar estudios, diagnósticos, análisis estadísticos y en general recaudar y evaluar la información sobre los aspectos tecnológicos de las compras y contratación pública, y promover la articulación de los distintos aspectos legales y reglamentarios en coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2. Diseñar y proponer las bases técnicas para la contratación electrónica del sector público.

3. Gestionar e implementar los instrumentos tecnológicos que se requieren para los mecanismos de adquisición y de agregación de demanda, incluidos los acuerdos marco de precios y las subastas, entre otros.

4. Absolver consultas de carácter general sobre asuntos de competencia de la dependencia.

5. Desarrollar e implementar los instrumentos tecnológicos que faciliten a los oferentes una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales, en coordinación con las demás dependencias de la Agencia.

6. Gestionar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), o el que haga sus veces.

7. Realizar las actividades para la integración del SECOP, o del sistema que haga sus veces, con el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas de gestión contractual pública.

8. Proponer mecanismos para articular el SECOP con los sistemas electrónicos públicos que contengan información relacionada con el objeto de la Agencia.

9. Realizar las capacitaciones en materia de contratación pública electrónica con el apoyo de las demás dependencias y entidades pertinentes.

10. Proponer estrategias que permitan optimizar el aprovechamiento de la tecnología, la información y las comunicaciones en la Agencia.

11. Implementar y mantener los sistemas de información institucionales, la página web y desarrollar las políticas de gobierno en línea de la Agencia.

12. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de las recomendaciones en el ámbito de su competencia.

13. Las demás funciones que se le asignen”.

Luego, en el 2012, el Gobierno Nacional ejerció nuevamente la potestad reglamentaria conferida por el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 para desarrollar el régimen normativo de la contratación pública digital y su articulación mediante el SECOP I y II. Para ello, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 734 de 2012 por medio del cual estableció un régimen reglamentario general para regular el desarrollo, implementación, gestión y administración de la manera en que la contratación pública digital se gestionaría y articularía por medio del SECOP I y II. Acá me enfocaré particularmente en las disposiciones relativas al régimen normativo de la contratación pública digital.

A estos efectos conviene precisar que el Título VII del citado Decreto 732 se denominaba “De la Contratación Estatal Pública Electrónica”. El artículo 7.2.1 señalaba de manera expresa que estas normas tenían por objeto reglamentar la:

“sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual provenientes de las modalidades de selección de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, en lo referente al trámite, notificación y publicación de tales actos por medio del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop Transaccional, etapa 1. Para la implementación de las etapas de la fase transaccional del Secop, se

realizarán pilotos de prueba bajo los parámetros que establezca la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente”.

A renglón seguido, el artículo 7.2.2. del citado Decreto 732 señalaba de manera expresa que el Título VII aplicaba únicamente a las entidades públicas que manifestaran su intención de incorporarse voluntariamente al piloto, para lo cual Colombia Compra Eficiente tenía la competencia de “coordinar” el procedimiento para la “vinculación y capacitación” de los interesados en participar como proponentes. De lo anterior se desprende que para el Gobierno Nacional era claro que la implementación del SECOP en sus dos fases estaba condicionada a la disponibilidad tecnológica, estabilidad del sistema y debida capacitación de los participantes, proceso este de adopción gradual para el cual los resultados de los pilotos revestían la mayor importancia.

Por su parte, el Capítulo III del Título VII del Decreto 734 bajo análisis regula el trámite, notificación y publicación de los actos derivados de la actividad precontractual y contractual de la administración pública cuya sustanciación se realiza por medios electrónicos. El artículo 7.3.1. disponía expresamente que:

“La sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual adelantados por medios electrónicos, tendrán plenos efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria siempre que las mismas cumplan con los requisitos de validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos, de conformidad con lo señalado en el Capítulo II, Parte I de la Ley 527 de 1999 y en los Términos y Condiciones de Uso del Sistema a que se refiere el Capítulo IV del presente Título”.

De igual forma, el artículo 7.3.2 del citado Decreto 734 sentaba reglas expresas para la suscripción de documentos electrónicos, para lo cual señalaba:

“Para la suscripción de documentos por medios electrónicos, el representante legal de la entidad contratante y/o el representante legal o apoderado del proponente podrán firmar los documentos que se sustancien o expidan en desarrollo de un proceso contractual, haciendo uso de las herramientas dispuestas en el Secop, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en los Términos y Condiciones de Uso del sistema.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia, Compra Eficiente, establecerá los mecanismos de seguridad que garanticen la autenticidad e

integridad de los documentos y datos, así como la adecuada disponibilidad de la información contractual generada y transmitida a través del Sistema.

De acuerdo con lo anterior, el Secop dispondrá de los mecanismos tecnológicos que apoyen el principio de equivalencia funcional de los documentos firmados digitalmente dentro del proceso contractual adelantado a través suyo y con el fin de dar garantías jurídicas y probatorias de conformidad con la Ley 527 de 1999”.

Siendo consecuente con ello, el artículo 7.3.4. del Decreto en mención dotaba de plena validez el intercambio de mensajes de datos al interior SECOP. Dicho artículo señalaba:

“Los mensajes de datos transmitidos en los procesos contractuales por medios electrónicos se entenderán recibidos por el Secop y en consecuencia generarán efectos a partir del momento en que dichos mensajes ingresen al Sistema de conformidad con lo establecido en los términos y condiciones de uso del mismo”.

Luego, el Capítulo IV del Título VII del Decreto 734 regulaba el régimen de los usuarios del SECOP con base en criterios legales, técnicos y de disponibilidad tecnológica. Dicho artículo disponía:

“Los usuarios del Secop deberán contar con las competencias e infraestructura tecnológica suficiente para hacer uso del Sistema de acuerdo con el rol que desempeñe en el mismo, conforme lo establecido en los Términos y Condiciones de Uso y en los manuales de Usuario del Sistema.

Los roles a que se refiere el inciso anterior se determinarán a partir de los distintos perfiles de usuarios y comprenderán materias relacionadas con el uso del sistema, aplicación de la normativa, mecanismos de aseguramiento jurídico y técnicos requeridos, atención de incidentes de seguridad, entre otros. Las entidades verificarán que cada uno de los usuarios designados para interactuar con el Secop, estén en capacidad de operar el Sistema, para lo cual apoyarán las jornadas de capacitación que se establezcan, de acuerdo con los cronogramas señalados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.

Para el ejercicio de los perfiles funcionales en el Secop, los usuarios deberán observar las reglas que para tal efecto establezcan los Términos y Condiciones de Uso del sistema, de acuerdo con sus competencias”.

En las disposiciones reglamentarias del SECOP se advierte una constante remisión expresa a los “Términos y Condiciones de Uso del Sistema (TCU)”. El Capítulo V del Título VII del Decreto 734 regulaba los TCU de manera integral. Puntualmente, el artículo 7.5.1. disponía que:

“Los Términos y las Condiciones de Uso del Sistema (TCU) son el conjunto de instituciones, reglas, procedimientos, responsabilidades y definiciones que regulan el acceso y uso del Secop. Para alcanzar los fines descritos en el presente decreto, **los Términos y Condiciones de Uso del Sistema serán puestos en conocimiento de los usuarios públicos y privados por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.**

Los usuarios del sistema deberán aceptar los Términos y Condiciones de Uso para poder acceder al Secop. Estos Términos y Condiciones de Uso se actualizarán en la medida que las necesidades, dinámica y desarrollo del sistema lo exijan, sin que se requiera previo aviso o autorización por parte de los usuarios para que tengan validez y sean aplicables, los cuales se publicarán a través del sistema. Se entiende, por el solo hecho de acceder, registrarse y/o usar el Secop, que el usuario conoce los Términos y Condiciones de Uso y sus actualizaciones a las cuales queda obligado” (énfasis nuestro).

En lo tocante a las fallas técnicas del SECOP, el Capítulo VII del Título VII del Decreto 734 de 2012 sentaba unas reglas claras del procedimiento a seguir por parte de Colombia Compra Eficiente y de las entidades contratantes. El artículo 7.7.2. señalaba que:

“Cuando en el curso de un proceso contractual llevado a través de Secop, se presenten fallas técnicas imputables al sistema, que impidan realizar la ejecución de una acción dentro del proceso contractual, la entidad solicitará de oficio o a solicitud de cualquier interesado el restablecimiento de la acción afectada por la falla. En caso de requerirse la entidad podrá solicitar al operador del sistema que realice los ajustes pertinentes al mismo. La solicitud para el restablecimiento de la falla por parte del interesado o proponente deberá hacerse al operador del sistema a más tardar al día hábil siguiente a la ocurrencia de la falla.

En el evento de una falla técnica, la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, a través del operador del sistema,

publicará en el Secop, un certificado de indisponibilidad en el cual se especificará la hora y fecha exacta de su ocurrencia y su duración. Este certificado será publicado una vez restablecido el sistema. El plazo general de la permanencia de la publicación de dicho certificado se extenderá hasta por dos (2) años.

Si las fallas técnicas se presentan cuando el sistema se encuentre interoperando con otros sistemas de información del Estado, y dichas fallas tienen su origen en estos últimos, será responsabilidad de la entidad a cargo, emitir el correspondiente certificado.

En los eventos en los cuales estas fallas técnicas afecten el desarrollo del proceso contractual, la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, a través del operador del sistema, podrá con sujeción a la ley, adelantar las acciones pertinentes en el sistema a efectos de restablecer los cronogramas afectados, de conformidad con lo establecido en los Términos y Condiciones de Uso del sistema, y los principios de transparencia, publicidad e igualdad, con sujeción al acto administrativo que expida la respectiva entidad pública para tal efecto.

Parágrafo 1°. *Las fallas del canal de comunicación a través de internet y de la infraestructura tecnológica del usuario del sistema, será de responsabilidad exclusiva de este, así como las consecuencias de las decisiones que este adopte con ocasión de las mismas.*

Parágrafo 2°. *Cuando la solución de la falla presentada no fuere posible a través del mecanismo previsto en el presente artículo y esta impida continuar el proceso contractual a través del Secop transaccional Fase I, el proceso se continuará a través del Secop Informativo, cuando así lo apruebe el Comité Operativo”.*

Cabe recordar que el procedimiento a seguir en caso de presentarse fallas dentro del sistema, ya que es una de las situaciones recurrentes en su uso. De los certificados de indisponibilidad del SECOP I y II se pueden identificar respectivamente 93 y 90 fallas generales en los últimos 4 años. Mientras que de las fallas particulares se pueden identificar 588 de acuerdo con la respuesta al Derecho de Petición No. 4201912000004328:

“El número total de interrupciones que ha presentado la plataforma durante los últimos 12 meses puede ser consultada a través del certificado de

indisponibilidad publicado en la página web de Colombia Compra Eficiente [...]

Teniendo en cuenta que las fallas particulares son las que se presentan para una cuenta de Entidad, Proveedor o usuario en particular que impiden la culminación de una etapa o acto del Proceso de contratación en específico, y son certificadas por Colombia Compra Eficiente con la respuesta que da la Mesa de Servicio a los tickets creados por los usuarios, están no son publicadas en la página web de Colombia Compra Eficiente.

Revisando nuestra base de datos, encontramos que en la Mesa de Servicio de Colombia Compra Eficiente ha certificado en el transcurso del año 2019 un total de 588 fallas particulares a los usuarios del SECOP II”⁴⁵.

De lo anterior se desprende, con absoluta claridad, que el Decreto 734 de 2012 regulaba la contratación pública digital en todos sus aspectos de acuerdo con el mandato que para tal efecto le otorgó el legislador por medio del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007. Esto reviste la mayor importancia debido a que la ley 1150 de 2007 fue enfática en que el Gobierno Nacional desarrollaría el SECOP, para lo cual resulta menester la reglamentación del régimen jurídico sobre el cual se opera el sistema de información.

II. RECOMENDACIONES PARA LA INTEGRACIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Para resolver la pregunta objeto del presente estudio, se agruparán estos temas en los siguientes ejes temáticos.

A. Principio de Publicidad, Información Pública y la Obligatoriedad del SECOP

La obligatoriedad de publicar la información precontractual y contractual de las entidades públicas que contraten con recursos públicos encuentra su asidero jurídico-positivo en el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015 compilado en el Decreto 1081 de 2015. A estos efectos conviene recordar que el principio de publicidad y los medios para su materialización fueron ampliamente desarrollados en la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se

⁴⁵ Respuesta de la Mesa de Servicio de Colombia Compra Eficiente al Derecho de Petición presentado bajo el Radicado No. 4201912000004328, 15 de agosto de 2019.

adoptó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional. El artículo 2º de la citada ley define la información pública en los siguientes términos:

“Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”.

El derecho de acceso universal a la información pública implicó el diseño de una estructura institucional que permitiera divulgar proactivamente dicha información mediante la articulación de los principios de accesibilidad y buena fe. Así las cosas, la ley dispone que “los sujetos obligados deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten”⁴⁶.

En cuanto a la información derivada del régimen de contratación estatal, las entidades publicarán en medio electrónico sus contrataciones en curso o el que haga sus veces, a fin de facilitar el acceso a la información correspondiente al proceso contractual⁴⁷.

El Decreto 103 de 2015 reglamentó parcialmente la Ley 1712, el cual estableció que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el organismo encargado de expedir los lineamientos que deben atender los sujetos obligados para cumplir con la publicación y divulgación de la información pública. Así mismo, los sujetos obligados a divulgar información pública deben cumplir publicar la información de su gestión contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP). Puntualmente, el artículo 7º del Decreto 103 de 2015 compilado en el artículo 2.1.1.2.1.7. del Decreto 1081 de 2015, dispone:

“Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el

⁴⁶ Idíd, artículo 7.

⁴⁷ Idíd, artículo 10.

artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)".

De la norma transcrita se desprende con absoluta claridad el fundamento jurídico de la obligatoriedad del SECOP II.

B. Validez, Fuerza Obligatoria y Valor Probatorio de los Mensajes de Datos en el SECOP II

En términos generales, el régimen normativo de los mensajes de datos y su intercambio reposa en la Ley 527 de 1999. Para los efectos de la contratación pública electrónica se debe tener en consideración que el legislador incluyó en el artículo 3º de la ley 1150 de 2007 una remisión expresa a la Ley 527 de 1999, lo cual resulta de toda relevancia para la interpretación e integración normativa del régimen normativo de la contratación pública electrónica en lo que se refiere al intercambio de mensajes de datos entre las diferentes partes que intervienen en la formación y ejecución de los contratos de la administración pública.

Por ello considero que, por remisión expresa del legislador, los temas que se relacionan a continuación se encuentran regulados en todos sus aspectos por la Ley 527 de 1999:

1. La validez, fuerza obligatoria y valor probatorio de los actos administrativos, documentos, contratos y actos derivados de la actividad precontractual y contractual adelantada por medios electrónicos en el SECOP II.
2. La suscripción de documentos electrónicos y los mecanismos del SECOP II que señalen los mecanismos que preserven el principio de equivalencia funcional.
3. La validez de los mensajes de datos al interior del SECOP II.
4. La responsabilidad de la información relacionada con los procesos de contratación, sus actos, documentos y contratos tramitados por medio del SECOP II.

El advenimiento de nuevas tecnologías y la transformación del estado del arte acarreó profundos cambios regulatorios que se materializaron en la Ley 527 de 1999, la cual reguló el acceso y uso mensajes de datos, sentando así las bases del principio de legalidad en cuanto al uso de mecanismos electrónicos en la administración pública. Ello devino en la implementación de políticas tendientes a reducir los tramites y fomentar la transparencia de la información como quiera que “el ejercicio de funciones públicas administrativas conduce en su esencia a los elementos materiales de la revolución tecnológica”⁴⁸.

La Corte Constitucional ha señalado que la innovación y la tecnología han experimentado un desarrollo vertiginoso en las últimas décadas, frente al cual el Estado no puede quedar rezagado en su proceso de transformación digital. Para ello, la Corte ha destacado la introducción al ordenamiento jurídico del principio de equivalencia funcional, en virtud del cual existe una equivalencia entre los trámites soportados en medios físicos de reproducción y aquellos que utilizan soportes electrónicos, siempre que se cumplan los criterios o parámetros de autenticidad e integridad. En otros términos, aquellas actuaciones que se desarrollen en forma de mensaje de datos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original a la luz de las leyes vigentes.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló en sentencia C – 662 de 2000 que:

“La Ley 527 de 1999 es, pues, el resultado de una ardua labor de estudio de temas de derecho mercantil internacional en el seno de una Comisión Redactora de la que formaron parte tanto el sector privado como el público bajo cuyo liderazgo se gestó -a iniciativa del Ministerio de Justicia y con la participación de los Ministerios de Comercio Exterior, Transporte y Desarrollo. (...) Así, pues, gracias a la Ley 527 de 1999 Colombia se pone a tono con las modernas tendencias del derecho internacional privado, una de cuyas principales manifestaciones ha sido la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos, pues, ciertamente la falta de un régimen específico que avale y regule el intercambio electrónico de informaciones⁴⁹ y otros medios conexos de comunicación de datos, origina incertidumbre y dudas sobre la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional. De ahí que la Ley facilite el uso del EDI y de medios conexos de comunicación de datos y

⁴⁸ SANTOFIMIO, Jaime. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 157.

⁴⁹ Llamado por sus siglas en inglés "EDI".

*concede igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático*⁵⁰.

Así mismo la, Corte Constitucional respaldó la plena eficacia jurídica del mensaje de datos siempre que se cumplan ciertas condiciones. Para la Corte, el carácter digital del mensaje de datos permite evidenciar la existencia de voluntad de las partes, mientras se almacena y garantiza la inalterabilidad en el tiempo, lo que facilita la revisión y posterior auditoría. Si bien en algunos casos la información no es legible por sus características técnicas, los datos computarizados son susceptibles de leerse e interpretarse. Incluso, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de satisfacer los sistemas de protección de la información a través del uso de criptografía y firmas digitales que garanticen la originalidad del mensaje⁵¹.

Conviene precisar que esta interpretación constitucional se ha mantenido vigente y predomina en nuestros días para los casos que involucran el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, habida cuenta que la Ley 527 de 1999 reguló los aspectos esenciales para el uso general de los mensajes de datos y su intercambio. A este respecto la Corte Constitucional señaló que:

*“El legislador delimitó aquello que debe entenderse por mensajes de datos y de manera principal fijó las condiciones de los denominados equivalente funcionales (sic), es decir, de los requisitos técnicos, bajo los cuales un documento electrónico cumple la misma finalidad atribuida a un soporte en papel y, por consiguiente, se tiene como su homólogo para efectos jurídicos”*⁵².

En este sentido, los mensajes de datos tienen capacidad demostrativa y plena eficacia jurídica para efectos administrativos y judiciales, pero siempre que se cumplan ciertos parámetros técnicos. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sostenido enfáticamente que “el legislador ordena apreciar el mensaje de datos a la luz de sus particularidades, es decir, de sus propiedades técnicas”⁵³, de manera que no basta con el marco jurídico, sino que los elementos de carácter técnico adquieren particular importancia.

C. Contratación Pública Electrónica y el Principio de Publicidad

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 662 de 2000.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-831/01 (8 de agosto de 2001). Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-604/16 (2 de noviembre de 2016). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³ *Ibíd.*

En sus inicios, el SECOP II fue concebido como una herramienta tecnológica para promover y robustecer los principios de publicidad y transparencia en todas las actuaciones precontractuales y contractuales del Estado. Como ya se mencionó, la Ley 80 de 1993 no hizo referencia expresa al uso de mecanismos tecnológicos para la gestión de las actuaciones precontractuales y contractuales de las entidades públicas.

A pesar de ello, entre los múltiples principios que articula la Ley 80 está el principio de publicidad previsto en el artículo 23, el cual es esencial para promover la transparencia, la planeación, la responsabilidad y la selección objetiva en nuestro Estado Social de Derecho. Por su parte, el artículo 10º de la Ley 1712 de 2014 señala que:

“En el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9º literal e), tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.

PARÁGRAFO. Los sujetos obligados deberán actualizar la información a la que se refiere el artículo 9º, mínimo cada mes”.

Dentro de este contexto normativo la Corte Constitucional ha sostenido, en jurisprudencia constante, que el principio de publicidad figura entre los principales fundamentos jurídicos que permite el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones y procedimientos adelantados por entidades públicas habida cuenta que materializa el principio democrático participativo⁵⁴. De acuerdo con la Corte Constitucional, dicho principio permite que los ciudadanos conozcan y participen activamente en las actuaciones administrativas con facilidad y tenga la oportunidad de impugnarlas por los mismos medios.

En consideración a la especial relevancia constitucional de los citados principios, la Corte ha indicado que un sistema automatizado de información que se utilice en contratación estatal debe garantizar la imparcialidad, transparencia y publicación de

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-259/08 (11 de marzo de 2008). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

la información, así como facilitar la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual. Todo ello sin olvidar la importancia de divulgar el conocimiento oportuno de la información relevante, en defensa del principio de seguridad jurídica⁵⁵.

Del precedente constitucional citado se desprende que la política pública sobre el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP requiere el cumplimiento de las finalidades constitucionales y del marco normativo contenido en las leyes proferidas por el legislador y los reglamentos adoptados por el Gobierno Nacional. En efecto, el Gobierno Nacional tiene la potestad de determinar ciertos contenidos concretos de los mecanismos e instrumentos del SECOP, debido al carácter cambiante y dinámico que tiene la tecnología⁵⁶.

La Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en el principio de publicidad, su estrecha relación con los principios democráticos sobre los cuales reposa nuestro Estado Social de Derecho y la manera en que la tecnología puede contribuir significativamente a la materialización de dichos principios para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados.

En este sentido, la Corte ha destacado que dicho principio de publicidad se despliega mediante el conocimiento de las actuaciones de las entidades públicas. La Constitución Política, en su artículo 209, define que la publicidad es principio rector de las actuaciones administrativas, lo que obliga a la administración a poner en conocimiento los actos administrativos y permitir que estos sean impugnados a través de los correspondientes recursos y acciones. La excepción a esta regla, son aquellos actos sometidos a reserva legal⁵⁷.

De acuerdo con el precedente constitucional, el legislador no puede desconocer el creciente incremento de los medios electrónicos ni perder de vista el alcance de los mecanismos existentes para acceder a las plataformas digitales de las administraciones pública, al tiempo que en el diseño de dichos sistemas no puede perder de vista otros principios como la seguridad jurídica. Así las cosas, el SECOP II es un medio idóneo para optimizar el principio de publicidad en materia de contratación pública habida cuenta que podría reducir ciertos costos y ampliar la circulación de la información relativa a la contratación con recursos públicos. En este sentido, La Corte Constitucional ha sostenido que:

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-957/99 (1 de diciembre de 1999). Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

“El legislador delegado puede optar entre diversas formas de materialización del principio de publicidad. Uno de tales medios es el uso de páginas electrónicas y la contratación estatal, como actividad de la Administración, no escapa a esta elección legislativa [...] Prescindir de publicaciones escritas, no es sinónimo de desconocimiento del deber de publicidad, pues en la situación en estudio, la información se sigue suministrando por medios electrónicos”⁵⁸.

Así las cosas, la Corte considera que el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP es un mecanismo concebido por el legislador para desarrollar el principio de publicidad en el marco de la contratación administrativa, lo cual es apropiado para garantizar el ejercicio del derecho a la información sobre las actividades contractuales del cual son titulares los ciudadanos. La publicación de los contratos constituye un requisito necesario por el principio de publicidad, pero la normatividad no restringe los medios mediante los cuales debe hacerse dicha publicación, incluso, se ha incentivado el uso de mecanismos alternativos que sirvan al servicio y acceso de la ciudadanía, en el entendido de que:

“El principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública (sic), contenido en el artículo 209 de la Constitución, admite su realización en cualquier medio de difusión y consulta que disponga el Legislador ordinario o extraordinario, en cuanto garantice fidelidad, imparcialidad, transparencia, cobertura y oportunidad respecto del contenido publicado.

[...] Para la Corte, la publicación de los contratos estatales en el SECOP cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa. En efecto, permite la presentación de la totalidad del contenido aludido, en un medio al que puede tener acceso al público en general, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones de la administración y de los particulares en los procesos de contratación estatal y facilitando su participación en las decisiones que les afectan”⁵⁹.

Así las cosas, el principio de publicidad en la contratación pública tiene como finalidad alcanzar una comunicación masiva que facilite el acceso a la información pública estatal, frente a lo cual el legislador tiene competencia para crear sistemas, catálogos y registros que promuevan la transparencia y faciliten la vigilancia de la

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-016/13 (23 de enero de 2013). Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-711/12 (12 de septiembre de 2012). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

contratación con recursos públicos⁶⁰. La Ley 1712 de 2014 estableció en los artículos 15 y 16 una serie de requisitos formales, procedimentales y archivísticos requeridos para el debido cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia. De igual forma, el artículo 17 de la citada ley 1712 estableció los requisitos que deben cumplir los sistemas de información para garantizar la debida publicación, difusión y acceso a la información pública:

“Para asegurar que los sistemas de información electrónica sean efectivamente una herramienta para promover el acceso a la información pública, los sujetos obligados deben asegurar que estos:

a) Se encuentren alineados con los distintos procedimientos y articulados con los lineamientos establecidos en el Programa de Gestión Documental de la entidad;

b) Gestionen la misma información que se encuentre en los sistemas administrativos del sujeto obligado;

c) En el caso de la información de interés público, deberá existir una ventanilla en la cual se pueda acceder a la información en formatos y lenguajes comprensibles para los ciudadanos;

d) Se encuentren alineados con la estrategia de gobierno en línea o de la que haga sus veces”.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 1712, el Acuerdo 003 de 2015 del Archivo General de la Nación estableció los lineamientos generales para las entidades del Estado sobre la gestión de documentos electrónicos generados como resultado del uso de medios electrónicos. Se trató de una de las primeras normativas en delimitar el concepto de medio electrónico como mecanismo tecnológico que permite producir, almacenar o transmitir mensajes de datos que, a su vez, facilita la implementación expediente electrónico entendido como un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo. Dentro del procedimiento administrativo electrónico, el elemento de autenticidad cobra una importancia fundamental, puesto que es el aspecto técnico que permite identificar al autor del mensaje de datos, requiriéndose verificar su integridad y seguridad de la información, conformando validez en tiempo, forma y distribución⁶¹.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-384/03 (13 de mayo de 2003). Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶¹ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Artículo 3. Acuerdo 003 de 2015. (17 de febrero de 2015). Bogotá D.C., 2015.

En la gestión pública de la información en línea, el Acuerdo 003 en mención señala que “las autoridades deberán adoptar las políticas, medidas y estándares necesarios para asegurar la conservación a largo plazo de los documentos electrónicos y expedientes electrónicos de archivo, independientemente del sistema informático que los generó, tramitó o en el cual se conservan, para facilitar su consulta en el tiempo”⁶².

A nivel del Gobierno Distrital, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió la Circular 43 de 2015 por medio de la cual reguló el Derecho de Acceso y Transparencia en la Información Pública Distrital de conformidad con la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 103 de 2015. La Circular señala que es deber de cada una de las entidades y órganos distritales realizar una revisión detallada de las normas relativas al acceso de la información pública a efectos de “implementar el programa y coordinar los procedimientos tecnológicos y jurídicos acordes con la defensa del derecho fundamental de acceso a la información, la prevención del daño antijurídico y la respuesta efectiva ante la actividad desarrollada por los órganos de control”⁶³.

La Ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 introdujo estándares, modelos y lineamientos de tecnologías de la información y las comunicaciones para los servicios al ciudadano, a cargo del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en coordinación con las entidades responsables de cada uno de los trámites y servicios; la idea de alcanzar estos fines, se concatena con la estrategia de Gobierno en Línea y la interoperabilidad de datos⁶⁴.

Conforme al Plan de Desarrollo 2014 - 2018, el acceso a las TIC y el despliegue de infraestructura se enfocó en “garantizar el ejercicio y goce efectivo de los derechos constitucionales a la comunicación, la vida en situaciones de emergencia, la educación, la salud, la seguridad personal, y, el acceso a la información, al conocimiento, la ciencia y a la cultura, así como el de contribuir a la masificación del gobierno en línea”⁶⁵. El mejoramiento de los servicios TIC se convierte entonces, en un programa de prioridad a fin de optimizar el acceso y servicio a la tecnología⁶⁶.

⁶² *Ibíd*, artículo 16.

⁶³ ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. Circular 43 de 2015. (20 de marzo 03 de 2015). Bogotá D.C., 2015.

⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Artículo 45. Ley 1753 de 2015. (9 de junio de 2015). Bogotá D.C., 2015.

⁶⁵ *Ibíd*. Artículo 193.

⁶⁶ *Ibíd*. Artículo 194.

La Resolución 3564 de 2015, por la cual se regularon ciertos aspectos relacionados con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, definió lineamientos respecto de los estándares para publicación y divulgación de la información en medios electrónicos. Deberá considerarse a la población en situación de discapacidad y contarse con mecanismos que faciliten la recepción de solicitudes de acceso a información pública. Se establecieron condiciones de seguridad en medios electrónicos, razón por la cual, “los sujetos obligados deberán observar los lineamientos definidos a nivel de seguridad y privacidad de la información, establecidos a través del Marco de Referencia de Arquitectura Empresarial, en coordinación con la estrategia de Gobierno en Línea”⁶⁷.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha indicado que debe atenderse a la Ley 1346 de 2009, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en el entendido de que gozan de una protección constitucional reforzada, que implica promover condiciones para lograr igualdad real y efectiva. Las circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición física o mental, no debe ser razón para excluirlos socialmente, sino que las garantías constitucionales buscan un mayor nivel posible de autonomía del individuo⁶⁸. Así las cosas, la Corte Constitucional ha sostenido que la administración pública debe asegurar el acceso de las personas con discapacidad a la información y las comunicaciones, incluyendo los sistemas y tecnologías al servicio o uso público⁶⁹.

Todas las legislaciones plateadas, buscan el diseño de una estrategia de crecimiento del Estado al servicio de los ciudadanos, mediante el uso de la tecnología en la administración pública, sin embargo, muchas veces el crecimiento en este tema no ha cumplido con las expectativas del legislado, de ahí que el preámbulo del Decreto 415 de 2016, haya indicado:

“[Que] los análisis efectuados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinan que actualmente las tecnologías de la información no generan el valor suficiente al desarrollo misional y estratégico de los diferentes sectores del Estado, y la desarticulación en su gestión reduce la efectividad en la atención al

⁶⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIONES. Artículo 7. Resolución 3564 de 2015. (31 de diciembre de 2015). Bogotá D.C., 2015.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-062/18. (26 de febrero de 2018). Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-119/19. (18 de marzo de 2019). Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

ciudadano, ya que se utilizan prioritariamente como soporte y no como habilitador para el desarrollo de las estrategias institucionales y sectoriales”⁷⁰.

Recientemente la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 introdujo nuevos lineamientos para la política pública de Gobierno Digital. Para tal efecto, el artículo 148 de la citada ley 1955 dispone que:

“Artículo 148. Gobierno Digital como Política de Gestión y Desempeño Institucional. Modifíquese el artículo 230 de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 230. Gobierno Digital como Política de Gestión y Desempeño Institucional. Todas las entidades de la administración pública deberán adelantar las acciones que señale el Gobierno nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la implementación de la política de Gobierno Digital.

Esta política liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contemplará como acciones prioritarias el cumplimiento de los lineamientos y estándares para la Integración de trámites al Portal Único del Estado Colombiano, la publicación y el aprovechamiento de datos públicos, la adopción del modelo de territorios y ciudades inteligentes, la optimización de compras públicas de tecnologías de la información, la oferta y uso de software público, el aprovechamiento de tecnologías emergentes en el sector público, incremento de la confianza y la seguridad digital y el fomento a la participación y la democracia por medios digitales.

El Gobierno implementará mecanismos que permitan un monitoreo permanente sobre el uso, calidad, nivel de satisfacción e impacto de estas acciones”.

También debe tenerse en cuenta la Directiva Presidencial 02 de 2019, la cual instituyó el Portal Único del Estado Colombiano como único punto de acceso digital del Estado, para tender los trámites, servicios, información pública y ejercicios de participación, colaboración y control social. Se estableció que este será el acceso a todos los portales actuales de las entidades públicas.

⁷⁰ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Preámbulo. Decreto 415 de 2016. (7 de marzo de 2016). Bogotá D.C., 2016.

En este orden de ideas se puede concluir que la publicidad, notificación y difusión de información sobre las actuaciones precontractuales y contractuales de la administración pública por medios electrónicos como el SECOP se encuentra plenamente regulada por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014, la Ley 1955 de 2019 y sus respectivos decretos reglamentarios. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos normativos contiene las normas relativas al funcionamiento del SECOP y a su administración por parte de Colombia Compra Eficiente.

D. El derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas que se adelanten por medios electrónicos con ocasión de la actividad precontractual y contractual de la Administración Pública

El derogado Parágrafo del artículo 7.3.3. del Decreto 734 de 2012 regulaba la notificación e impugnación en sede administrativa de actos administrativos particulares de naturaleza precontractual o contractual que se adoptaren por medios electrónicos en el SECOP II. Esto merece varias precisiones. Si bien dicho artículo fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 como ya se detalló algunas líneas atrás, ello no significa que este tema haya perdido su sustento y regulación legal. Se debe tener en consideración que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone que:

“En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo”.

PARÁGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”.

Lo anterior significa que el legislador incluyó en el citado artículo 77 una remisión expresa al entonces Código Contencioso Administrativo contenido Decreto 01 de

1984. Este Decreto fue expresamente derogado y sustituido por la Ley 1437 de 2011 por medio de la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA. Dentro de este contexto normativo, se debe tener en cuenta que el Capítulo IV del Título III de la Parte Primera del CPACA la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

Dicho todo lo anterior con otras palabras, resulta claro que el régimen legal de la notificación e impugnación en sede administrativa de los actos administrativos particulares de naturaleza precontractual o contractual que se adopten por medios electrónicos en el SECOP reposa en expresamente en el Capítulo IV del Título III de la Parte Primera del CPACA por remisión expresa de la Ley 80 de 1993.

La Corte Constitucional ha desarrollado una prolija línea jurisprudencial en materia de actuaciones y procedimientos administrativos digitales. Uno de los pilares centrales de la jurisprudencia constitucional estriba en el reconocimiento de la amplia potestad legislativa radicada en cabeza del Congreso de la República para regular los mecanismos tecnológicos para acceder a la administración pública, gestionar los asuntos públicos y prestar servicios a los ciudadanos.

En este sentido, la Corte Constitucional se ha referido al amplio margen de configuración que tiene el legislador para regular el uso de la tecnología en procedimientos administrativos, gestión de asuntos públicos y prestación de servicios digitales habida cuenta que la tecnología puede contribuir a optimización y robustecimiento de los principios que orientan el ejercicio de la función administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 209 Constitucional. Sin embargo, la Corte ha advertido que la incorporación de sistemas automatizados de información no debe hacerse a la ligera, sino que exige un marco normativo que responda eficazmente a los fenómenos dinámicos de la globalización y que garantice el pleno cumplimiento de la Constitución y la ley⁷¹.

En efecto, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia del derecho fundamental al debido proceso en la gestión digital de actuaciones o procedimientos administrativos. En este sentido, ha señalado que se debe garantizar a cabalidad la oportunidad para oponerse a los actos administrativos producidos por medios digitales mediante herramientas que permitan la debida notificación de dichos actos a los sujetos pasivos del acto⁷².

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-259/08 (11 de marzo de 2008). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-016/13 (23 de enero de 2013). Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Lo anterior implica que la arquitectura digital de la actuación o procedimiento administrativa debe contar con las instancias adecuadas para impugnar la decisión en sede administrativa, todo lo cual será posterior objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de los distintos medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011. En este orden de ideas, resulta plausible el desarrollo e implementación de nuevas tecnologías para optimizar régimen de contratación pública y el principio de publicidad, siempre que se garantice el ejercicio del derecho al debido proceso⁷³.

E. La Privacidad y Protección de los Datos Personales en el SECOP II

En lo relativo a la protección de la información y el derecho fundamental al habeas data en el SECOP, el derogado Decreto 734 de 2012 señalaba en su artículo 7.7.1 que:

“La Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, establecerá mecanismos para garantizar el respeto al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, a la información privada, a su buen nombre y en general al derecho constitucional del hábeas data en el Secop”.

De otra parte, el Literal F del Numeral 8º de los Términos y Condiciones de Uso del SECOP II indica:

“(h) Colombia Compra Eficiente solo hará uso de los datos personales para aquellas finalidades para las que se encuentre autorizada debidamente en los términos de la Ley 1581 de 2012 y la Política de Protección de Datos Personales de Colombia Compra Eficiente disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/transparencia/politica-de-tratamiento-de-datos-personales>”.

El Régimen General de Tratamiento de Datos Personales se encuentra regulado en la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el Decreto 1377 de 2013 y el Capítulo 25 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo 1074 de 2015. Dentro de este contexto normativo, la Secretaría Jurídica Distrital expidió la Directiva 002 de 2018 con lineamientos generales sobre el Tratamiento de datos personales, a fin de garantizar los derechos, libertades y garantías constitucionales de los Titulares.

⁷³ Ibid.

De igual forma, resulta de obligatorio acatamiento por Colombia Compra Eficiente lo contenido en el Decreto 1413 de 2017, el cual reglamenta parcialmente el Capítulo IV del Título III de la Primera Parte de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015, sobre los lineamientos que se deben cumplir para la prestación de servicios ciudadanos digitales. Sobre su ámbito de aplicación, el artículo 2.2.17.1.1. del citado Decreto señala que:

*“El presente título reglamenta parcialmente el Capítulo IV del Título III de la Primera Parte de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015; estableciendo los lineamientos que se deben cumplir para la prestación de servicios ciudadanos digitales, **y para permitir a los usuarios el acceso a la administración pública a través de medios electrónicos**” (énfasis nuestro).*

El artículo 2.2.17.1.15 establece claros principios para el Gobierno en Línea, entre los cuales figura el principio de privacidad por diseño y por defecto:

“Desde antes que se recolecte información y durante todo el ciclo de vida de la misma, se deben adoptar medidas preventivas de diversa naturaleza (tecnológica, organizacional, humana, procedimental) para evitar vulneraciones al derecho a la privacidad o a la confidencialidad de la información, así como fallas de seguridad o indebidos tratamientos de datos personales. La privacidad y la seguridad deben hacer parte del diseño, arquitectura y configuración predeterminada del proceso de gestión de información y de las infraestructuras que lo soportan”⁷⁴.

El derecho fundamental al *habeas data* fue regulado por medio de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la cual fue posteriormente reglamentada mediante el Decreto. A este respecto, conviene recordar que la noción de *dato personal*, como fundamento de la protección a través del denominado derecho de autodeterminación informática o *habeas data*, ha ocupado atención especial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus inicios, y de forma particular en los años recientes⁷⁵.

Una primera aproximación al concepto de *habeas data* se encuentra contenida en la sentencia T-008 de 1993, considerando la Corte en aquella oportunidad que aquél “no es otra cosa que el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos

⁷⁴ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1413 de 2017. (25 de agosto de 2017). Bogotá D.C., 2017.

⁷⁵ Daniel Castaño, “Nudge + Código: Una Arquitectura Digital para el Precedente Judicial”, en *XX Jornadas de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

y en archivos de entidades públicas y privadas”⁷⁶. Bajo esta definición se construiría un sólido, aunque cambiante, precedente al interior del máximo tribunal constitucional, el cual se condensa -entre otras- en la sentencia C-748 de 2011, en la cual la Corte estudió la exequibilidad de la *Ley Estatutaria de Habeas Data y Datos Personales*.

Ciertamente, el tratamiento jurisprudencial que ha recibido en la Corte Constitucional el derecho *habeas data* ha sido cambiante con el transcurrir de los años. En un primer momento la jurisprudencia del alto tribunal constitucional consideró que el *habeas data* se encontraba relacionado íntimamente con “*la eficacia al derecho a la intimidad*”⁷⁷, decantándose más adelante por considerarlo como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, para a la postre reconocerlo como un “*derecho autónomo derivado del artículo 15 Superior*”⁷⁸ y estableciendo sus características principales⁷⁹.

III. CONCLUSIONES

Con fundamento en los motivos y argumentos expuestos en el presente estudio jurídico se presentan las siguientes conclusiones:

1. Dentro de las proyecciones de GovTech en Colombia, el país ha avanzado en la modernización del Sistema de Contratación Estatal mediante el diseño e implementación del SECOP I y II, los cuales tienen como propósito la transformación digital de la contratación estatal para promover la eficiencia y transparencia.
2. La determinación del régimen jurídico de la contratación pública digital reviste una gran complejidad debido a que su regulación reposa en una miríada de leyes y decretos reglamentarios que han sido proferidos a lo largo del tiempo

⁷⁶ La noción de *habeas data*, a la luz de la primigenia jurisprudencia constitucional, puede ser consultada en las sentencias T-022 de 1993, T-114 de 1993, SU-082 de 1995, T-097 de 1995, T-462 de 1997, T-131 de 1998, T-303 de 1998, T-307 de 1999, T-857 de 1999, T-527 de 2000, T-856 de 2000, T-1427 de 2000, entre otras.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1992.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencias SU-082 de 1995 y T-527 de 2000. Sobre el particular se indicó en la sentencia T-167 de 2015 que “[e]l reconocimiento del derecho fundamental autónomo al *habeas data*, busca la protección de los datos personales en un universo globalizado en el que el poder informático es creciente. Esta protección responde a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la *intimidad*, el buen nombre, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Sin embargo, el que exista una estrecha relación con tales derechos, no significa que no sea un derecho diferente, en tanto conlleva una serie de garantías diferenciables, cuya protección es directamente reclamable por medio de la acción de tutela, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que rige la procedencia de la acción”.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.

para regular una multiplicidad de temas distintos a la luz de tecnologías cambiantes. Entre dichos temas figuran, entre otros, el intercambio de mensajes de datos, el Gobierno Digital, la privacidad y un sinnúmero de estrategias de descongestión y optimización del ejercicio de la función administrativa para materializar los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

3. El Decreto 2178 de 2006 creó el SECOP como sistema de información público.
4. La Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se reformó la Ley 80 de 1993, recogió la experiencia reglamentaria vigente para ese entonces contenida en el Decreto 2178 de 2006 y elevó a rango legal el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP.
5. El artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 dispone que el Gobierno Nacional señalará los mecanismos tecnológicos por medio de los cuales las entidades públicas cumplirán con las obligaciones de publicidad. Así mismo, el artículo en mención dispone que el Gobierno Nacional “desarrollará” el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP de acuerdo con los parámetros que allí se señalan.
6. En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 3º de la Ley 1150, el Gobierno Nacional profirió del Decreto 3485 de 2011 por el cual se reglamentó el SECOP y se derogó la anterior reglamentación contenida en el Decreto 2178 de 2006. El citado Decreto 3485 definió el SECOP como “un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permite la interacción de las entidades contratantes, los proponentes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, materializando particularmente los principios de transparencia y publicidad”.
7. En esta línea, el Decreto Ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (En adelante “CCE”) como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. CCE es la entidad pública encargada de desarrollar y administrar el SECOP.
8. Luego, en el 2012, el Gobierno Nacional ejerció nuevamente la potestad reglamentaria conferida por el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 para desarrollar el régimen normativo de la contratación pública digital y su

articulación mediante el SECOP I y II. Para ello, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 734 de 2012 por medio del cual estableció un régimen reglamentario general para regular el desarrollo, implementación, gestión y administración de la manera en que la contratación pública digital se gestionaría y articularía por medio del SECOP I y II. A estos efectos conviene precisar que el Título VII del citado Decreto 732 se denominaba “De la Contratación Estatal Pública Electrónica”.

9. El Decreto 734 de 2012 fue expresamente derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013.