

VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS ORDENES DE COMPRA GENERADAS EN EL
SECOP



ESTUDIANTE AURA MILENA VELANDIA VALCÁRCEL
3500962

ARTÍCULO REFLEXIVO COMO OPCIÓN DE GRADO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADOS FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C.
2015

VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS ORDENES DE COMPRA GENERADAS EN EL
SECOP



ESTUDIANTE AURA MILENA VELANDIA VALCÁRCEL
3500962

ARTÍCULO REFLEXIVO COMO OPCIÓN DE GRADO

DOCENTE DIEGO ESCOBAR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADOS FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C.
2015

VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS ÓRDENES DE COMPRA GENERADAS EN EL SECOP

Aura Milena Velandia Valcárcel¹

Resumen

En el marco de la globalización, del gobierno electrónico y del desarrollo del comercio electrónico, surge la necesidad de analizar las órdenes de compra que se generan mediante el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, por parte de las entidades pública con ocasión de los acuerdos marco de precios, para la adquisición de bienes y/o servicios, órdenes de compra que son consideradas actos administrativos, para así desarrollar el cuestionamiento que nace en torno a determinar su cumplimiento de los requisitos de validez y eficacia de todo acto administrativo, específicamente el de la firma del emisor.

Palabras Clave. Gobierno electrónico, actos administrativos electrónicos, Sistemas electrónicos de contratación, Firma electrónica, Contratación Estatal.

Abstract

In the context of globalization, e-government and e-commerce development , the need to analyze purchase orders generated by the Electronic Procurement System – SECOP by the public entities, on the occasion of the price framework agreements, for the purchase of things and / or services, purchase orders are considered as administrative acts in order to develop the questioning grew up around determining it compliance with the requirements of validity and effectiveness of administrative acts , specifically the signature of the issuer.

Key Words. E- Government, Electronic Administrative Acts, Electronic Government Procurement, E- signature, Government Procurement.

¹ Abogada Universidad Militar Nueva Granada, Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo, aumive15@hotmail.com.

Introducción

En el presente documento se aborda el estudio del acto administrativo electrónico emitido por las entidades compradoras para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, realizada mediante los acuerdos marco de precios y con ejecución del sistema electrónico de compras públicas, el cual surge con ocasión los conceptos que serán explorados en el documento, tales como: Gobierno Electrónico, Sistemas Electrónicos de Contratación Pública, Órdenes de Compra, Actos administrativos electrónicos, Firma electrónica y por último se realizará una reflexión del cumplimiento de los requisitos de la orden de compra como acto administrativo, específicamente la firma electrónica.

Se observarán los fines del gobierno electrónico y los sistemas electrónicos de contratación para proceder al análisis de los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos electrónicos, con la exploración, de textos de autores cuyos pronunciamientos se centran en el requerimiento de la firma electrónica en Actos Administrativos Electrónicos, lo cual se analizara en las órdenes de compra mencionadas, afrontando cuestionamientos tales como si es posible verificar la identidad del emisor , si dichas ordenes cumplen con los requisitos de validez de los actos administrativos y si la carencia de firma electrónica en las ordenes en estudio, conlleva la nulidad del acto administrativo.

Encontrando entonces, que del análisis previamente enunciado se genera la hipótesis de que las órdenes de compra emitidas mediante mencionado sistema por las entidades estatales y con ocasión de los acuerdos marco de precios no cuentan con mecanismos de verificación de la identidad del funcionario emisor, ni de la autenticidad del documento digital por cuanto con el procedimiento establecido no se requieren firmas electrónicas para generar dicha orden, solo basta con ingresar un usuario y una clave asignada por Colombia Compra

Eficiente al funcionario ordenador del gasto y al usuario comprador, afectando la validez y eficacia del acto administrativo.

Gobierno Electrónico.

El Estado y la administración pública, tal y como se conocen en la actualidad, son la consecuencia de las transformaciones generadas por la modernización de la sociedad, las cuales han creado nuevos requerimientos y estándares de administración, demarcadas por los avances de las Tecnologías de la Información y la Comunicación - TIC, lo que ha generado nuevos fenómenos en la administración pública, uno de los cuales es el conocido como E- Government, esto en los términos del doctrinante que se procedemos a citar, quien afirma que este fenómeno surge cuando:

El proceso de modernización del Estado supone el uso de las TIC por parte de la Administración, (...), y que tiene como objetivo aprovechar las herramientas tecnológicas para promover la consecución de varios de los principios inspiradores de nuestra Administración en pos de mejorar la calidad de vida de las personas. (Abarca. M. 2013. pág. 173-212)

El fenómeno del E- Government, está encaminado al cumplimiento de los fines Estatales bajo la utilización de los mecanismos que la globalización ha puesto a disposición de la sociedad, mecanismos tales como las Tecnologías de la Información y la Comunicación, las cuales en la administración pública, permiten desarrollar de forma efectiva la interacción con los administrados, facilitando el acceso a los diferentes servicios y actividades de todos los niveles y de todas las áreas que se encuentran en cabeza de la administración, al generar las herramientas suficientes, desarrollando el (Gil, G., Mariscal, A., & Ramírez, H. 2012. pág. 3) “*potencial de transformar sus relaciones con los ciudadanos, las empresas y otras áreas del mismo gobierno*”.

En vista de lo anterior se ha encontrado que en igual sentido a lo señalado por Gates, B. (1999. pág. 99), *“Lo tecnológico está reconfigurando lo económico, las empresas y los consumidores se transforman. Es algo más que comercio electrónico, o correo electrónico”*, es fomentar el desarrollo de una *“sociedad del conocimiento”*, que resulta ser una condición esencial para el cumplimiento de las metas sociales, económicas y políticas de los países, tal como lo expresan los representantes de los Estados miembros de la OEA en la Declaración de Santo Domingo (2006).

En cuanto a la evolución de la implementación y utilización de los medios electrónicos en la administración pública, encontramos que tiene su génesis en los fines de la década de 1980, cuando (Muñoz, D., Tarárez, A., Cid, M. & Farias, F. 2007. pág. 59) *“empezó a manejarse difusamente el término y conceptos de Administración Electrónica, tomando mayor auge a mediados de la década de los años 90 haciendo realidad la presencia de la Informática en las esferas administrativas a nivel público”*, época en la que las Tecnologías de la Información, generaron una fuerte transformación de las Administraciones públicas en general y especialmente en los países de la Unión Europea, convirtiendo la administración electrónica en tema central de diferentes organismos internacionales, como la OCDE y la ONU, quienes manifiestan de forma permanente el deber de los gobiernos por priorizar la incorporación de la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en sus administraciones (Galván, R. 2007).

Sin embargo, el progreso en la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, en aplicación a la administración, no solo en la administración pública sino también en la administración privada, se ha evidenciado en un alto porcentaje de los países del mundo y (Muñoz, D., Tarárez, A., Cid, M. & Farias, F. 2007. pág. 60) *“de manera particular en América Latina, cuentan con algún grado de uso de las TIC, en el manejo y prestación del servicio de lo que es la Administración Electrónica a sus diferentes usuarios., pues el fenómeno de la administración electrónica se ha encaminado por un especial interés del uso de las TIC en el desarrollo de las*

políticas de la administración pública, y de las instituciones gubernamentales para *“mejorar cualitativamente los servicios e información que se ofrecen a los ciudadanos; aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana.”* (Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas Organización de los Estados Americanos).

Encontramos entonces que la administración electrónica a diferencia de la creencia generalizada, no es el simple aprovechamiento de las herramientas tecnológicas, no se trata de forma exclusiva de la adquisición de hardware y software, ya que (Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas Organización de los Estados Americanos) *“en la construcción del E- Government se deben considerar diversos niveles y elementos”*, por lo que para el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en las diferentes actividades de la administración, se requieren reformas de todo tipo, institucionales, físicas, normativas, que sean capaces de adaptarse a la era tecnológica que se pretenda establecer en la administración, ya que dichas tecnologías son parte importante para que los gobiernos asuman las diferentes necesidades que deben satisfacer, por lo tanto (Liikanen, E., 2003). *“no hay que centrarse en las TIC, sino en la utilización de estas tecnologías junto con un cambio organizativo y con nuevos métodos para mejorar los servicios públicos, los procesos democráticos y las políticas públicas”*.

Respecto de los actores que participan en la administración electrónica encontramos personas naturales y jurídicas tales como: funcionarios estatales, ciudadanos para tramitación, pago y cobro de prestaciones, ciudadanos como proveedores de las administraciones, agencias estatales, entidades territoriales, empresas como proveedoras de la administración y en general todos los sujetos de derechos y obligaciones, beneficiados con la administración electrónica.

Para sintetizar la administración electrónica (Chillón, M., 2004. Pág. 11) *“pone en marcha el diseño de un nuevo tipo de sociedad, la Sociedad de la información, con indudables consecuencias en el plano científico, social, económico, político e institucional y también psicológico y antropológico”*, que implica innovación en las relaciones internas y externas del gobierno, ya que los medios electrónicos son el (Cerillo, A., 2008, pág. 15) *“catalizador del surgimiento de nuevos modelos de administración pública”*, pues permiten no solo el funcionamiento orgánico de los gobiernos sino que soportan la ejecución de las (Vidal, P., 2004. pág. 14) *“garantías necesarias para los gobernados en su interacción con la administración, estableciendo políticas administrativas definidas”*, que generaran consecuencias positivas para el cumplimiento de los fines de todo estado, haciendo posible, en los términos del profesor Ortega. L (1993. pág. 211 – 218) la *“celeridad en la tramitación, el de normalización y el de acceso y conocimiento por el ciudadano del estado de tramitación”*, evidenciando la gran importancia de la actualización de las administraciones estatales y de la implementación de tecnologías, acordes a los estándares mundiales, para efectivizar el cumplimiento de su misiones.

Todo lo anterior permite evidenciar que la implementación de los medios electrónicos en la administración pública, en Colombia, garantiza el cumplimiento del principio de celeridad, según el cual (Ley 1437. 2011. Art. 3. Numeral 13) *“las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”*

Sistemas Electrónicos de Contratación Pública.

Con la aparición y evolución del Gobierno electrónico, se ha hecho evidente la necesidad de que las administraciones desarrollen mecanismos en sus diferentes áreas, para lograr un mejor gobierno, lo anterior haciendo uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación – TIC, las cuales permiten rediseñar la metodología para la prestación de los servicios a cargo del Estado,

implementando políticas y proyectos encaminados al cumplimiento de los fines Estatales con observancia de los principios de la administración pública, en consecuencia, los Gobiernos han implementado plataformas electrónicas para el ejercicio de la actividad contractual, los cuales son denominados Sistemas Electrónicos de Contratación Pública, que se encuentran ubicados dentro del marco del comercio electrónico, el cual es considerado como (Lorenzetti, R. 2001. pág.52) *“Toda actividad que intercambie, por medios electrónicos, bienes físicos o bienes digitales”*, enmarcando dentro de este concepto todas las relaciones jurídicas desarrolladas por medios electrónicos tanto de sujetos de derecho público como de derecho privado.

La transparencia y la publicidad son principios fundamentales en la contratación pública, por lo que su desarrollo es buscado mediante la implementación de los sistemas de compras gubernamentales por medios electrónicos, encontrando así la razón por la cual, los primeros Sistemas aplicados por los gobiernos, tenían un carácter netamente de difusión de información, en los cuales, dependiendo de la normatividad de cada país, existía la obligación de publicar las oportunidades de contratación y los documentos contractuales, que no tuviesen un carácter de reserva legal, encontrando posteriormente una segunda fase desarrollo que contemplaba el registro de los proponentes y catálogos y clasificaciones de bienes y servicios a contratar, por último se encuentra la fase denominada como transaccional, en la cual los sistemas implementados permiten la interacción entre los participantes de la contratación pública logrando por estos medios hasta la suscripción de los contratos o de las órdenes de compra.

Los sistemas electrónicos de contratación pública han sido denominados de diversas formas, encontrando que en la literatura internacional son identificados como Electronic Government Procurement (e-GP), o como Plataformas De Compras Gubernamentales Electrónicas, pero sin observar sus diferentes denominaciones lo sistemas mencionados, buscan disponer herramientas para

realizar compras públicas de alta calidad, usando el potencial que el e-GP tiene para (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo & Banco de Desarrollo Asiático. 2014) *“fortalecer el control sobre la responsabilidad, la transparencia, la eficacia y la efectividad en el función de alto valor gubernamental”*, realizando con ellos el cumplimiento de los principios generales de la contratación estatal, sin embargo para el logro de los beneficios ut supra y para el cumplimiento de dichos principios, se requiere mucho más que la implementación de sistemas informáticos, pues implica (Rivolta, M & Bugoni, M. 2007. pág. 9) *“cambios en el modo de hacer las cosas, entrenamiento del personal administrativo y gerencial, cambios de actitudes, desarrollo de habilidades, regulación y legislación específica, políticas operacionales, reportes financieros”*, encontrando que en igual forma que el gobierno electrónico los cambios significativos en la administración y en este caso en la contratación pública, no se evidencian con la simple adquisición de hardware y software.

En consecuencia, cuando se realiza el desarrollo y la implementación apropiada de los sistemas electrónicos de contratación pública, se generan ventajas en la administración, tales como: -Garantía de la pluralidad de oferentes. -Mejor acceso para los usuarios de la información necesaria para el desarrollo de los procesos contractuales. -Integración y automatización de procesos. -Transparencia en la adquisición de bienes y servicios. -Control en la ejecución de los planes de compras. -Mejora en el rendimiento de los recursos., entre muchos otros.

Sistema electrónico de contratación pública, Colombia

En observancia de la necesidad por establecer un sistema de compras generalizado para las entidades públicas y de estar acorde con la tendencia mundial que propende por los sistemas de Gobierno Electrónico, desde el año 2003 el Gobierno Colombiano se ha preocupado por desarrollar dicho sistema; para lograr este objetivo se expidió el documento CONPES 3249 el cual fue aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en octubre de

2003, estableciendo parámetros en la política de compras públicas realizando recomendaciones tales como la creación de un sistema electrónico que facilitara el control y seguimiento en cada una de las etapas concernientes a los procesos de contratación adelantados por las entidades públicas, en consecuencia de lo anterior, en el mismo año, el gobierno desarrolló el SECOP, Sistema Electrónico de Contratación Pública, presentado como un mecanismo que centralizaba la actividad de la contratación estatal, la cual antes del surgimiento de ese sistema, se hacía pública mediante los portales web propios de cada entidad contratante.

Se puede describir en los términos de Laguado, G. (2004) que *“la contratación pública por medios electrónicos es el instrumento por medio del cual la administración estatal, utilizando en lo esencial medios electrónicos, busca satisfacer sus necesidades de contratación”*, búsqueda del estado Colombiano que se ha visto demarcada por los cambios de legislación no solo en materia administrativa, sino también en materia comercial, dentro de dichas normas encontramos entre otras, el Decreto 2170 de 2002, las Directivas Presidenciales 02 y 012, el Decreto 2150 de 1995, el Decreto 1094 de 1996, relacionados con la factura electrónica, el Decreto 1122 de 1999, el Decreto 266 de 2000, Decreto 734 de 2012, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1510 de 2013 y el más reciente Decreto 1082 de 2015.

En el lapso de desarrollo de la contratación en Colombia se evidencia un surgimiento con mayor impacto en el año 2002, una vez emitida la Directiva Presidencial de 2000, la cual establecía dentro de tres fases fundamentales la de la contratación estatal en línea, encaminada a que la totalidad de los procesos de contratación realizados por las entidades públicas debían realizar contratación por medios electrónicos, para lo cual el Gobierno se vio en la obligación de desarrollar el primer instructivo en la materia, del cual se evaluó su efectividad mediante el documento CONPES 3186 de 2002, el que además determinó las fases de desarrollo para la aplicación de la política general de contratación.

En el desarrollo del documento CONPES previamente mencionado se desarrollaron obligaciones para las entidades estatales, que actualmente se encuentran establecidas en la legislación vigente en la materia y que se generaron en pro del cumplimiento de los principios de la contratación estatal, entre ellos por ejemplo publicidad, transparencia, planeación, economía, entre otros.

En el período comprendido entre el año 2003 y el año 2005, con la expedición del Decreto 3816 de 2003, se dio el fortalecimiento del Portal Único de Contratación, herramienta de conectividad por internet y con el Decreto 2178 de 2006 se crea de forma aparentemente definitiva el Sistema Electrónico Para la Contratación Pública – SECOP.

Actualmente el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP, es un mecanismo que permite la eficacia, la transparencia, la reducción de costos transaccionales y el cumplimiento de los principios determinados para la contratación pública, en consonancia con los fines de la administración electrónica en términos de Piñar. M. (2011) pues *“la aplicación de nuevas tecnologías ayuda a incrementar la eficiencia de la administración, mejora la calidad de los servicios, puede mejorar los resultados en áreas estratégicas (...)”*, en igual sentido se ha pronunciado Quintero. N. (2011) quien afirma la necesidad para la administración de mecanismos que observen y cumplan los principios estatales al momento de (Quintero. N. 2011) *“la producción, publicación y notificación del acto administrativo por medios electrónicos”*, actividad que ejerce la administración al generar órdenes de compra para la adhesión a los acuerdos marcos de precio en el SECOP.

Acto administrativo electrónico y el sistema electrónico de contratación pública.

El proceso de adquisición de bienes o servicios mediante acuerdos marco de precios en el SECOP, se realiza de acuerdo al procedimiento establecido en la Guía para comprar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano G-CTVEC-02, según la cual el ordenador del gasto para generar la orden de compra solo requiere “*hacer clic en “Rechazar” para devolver la solicitud al comprador, o en “Aprobar” para enviar la Orden de Compra al proveedor*”,² de lo cual se entiende, que el ordenador del gasto emite un acto administrativo por medios tecnológicos del cual no se tiene la certeza de cumplimiento de la totalidad de los elementos esenciales de todo acto administrativo, los cuales han sido determinados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, al establecer de forma clara que los actos que expresan la declaración de la voluntad de la administración deben contener elementos esenciales tales como: la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos y la motivación.

Las órdenes de compra en estudio son emitidas bajo el procedimiento y en la plataforma establecida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, esto es el SECOP II, de acuerdo con la potestad a ella otorgada por el Decreto 1082 de 2015, el cual establece en su artículo 2.2.1.2.1.2.10 que “*Colombia Compra Eficiente debe diseñar y organizar el Proceso de Contratación para los Acuerdos Marco de Precios por licitación pública y celebrar los Acuerdos Marco de Precios*”, entendiendo las órdenes de compra como actos administrativos emitidos por medios electrónicos.

Las órdenes de compra son emitidas por el ordenador del gasto utilizando los medios electrónicos que ha puesto a disposición de las entidades estatales, la agencia Colombia Compra Eficiente, si bien dichas órdenes de compra se encuentran ajustadas tecnológicamente hablando a las tendencias mundiales

² Ver anexo 1. Ejemplo de aprobación de orden de compra.

demarcadas por la globalización, no se tiene certeza de que cumplan con lo mínimo necesario para su validez y eficacia, como acto administrativo que son, pues se debe tener claridad, que tal y como lo menciona Fonseca .T (2012), *“lo que se busca entonces no es cambiar el sustento escrito del acto, sino su disponibilidad física por electrónica”*, resultando necesario el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de validez y eficacia de todos los actos administrativos.

Para determinar la necesidad del cumplimiento de los requisitos mencionados, es necesario definir la orden de compra en los términos establecido por Colombia Compra Eficiente en la Guía para atender los acuerdos marco de precios, esto es remitiéndose al concepto de orden de compra establecido en cada uno de los acuerdos marco de precio como por ejemplo el CCE-070-1AMP-2013, según el cual una orden de compra *“Es la manifestación de la voluntad de la Entidad Compradora de vincularse al Acuerdo Marco de Precios, obligarse a sus términos y condiciones y es el soporte documental de la relación entre el Proveedor y la Entidad Compradora”*³., entendiendo la orden de compra como acto administrativo mediante el cual la entidad compradora manifiesta su voluntad de vincularse al acuerdo marco de precios suscrito entre los diferentes proveedores seleccionados por Colombia Compra Eficiente y ésta última.

Resulta pertinente aclarar que el acto administrativo electrónico denominado como orden de compra, es un mensaje de datos generado mediante un sistema de información, tomando por analogía lo establecido en la Ley 527 de 1999, mensaje al cual se le debe conceder pleno reconocimiento jurídico, esto es, que no es posible negar los efectos jurídicos, la validez o la fuerza vinculante de la información que contiene la manifestación de la voluntad de la entidad que genera el mensaje de datos, siempre y cuando se cumplan los elementos esenciales

³ Colombia Compra Eficiente. (2014). CCE-070-1AMP-2013.p.9. Acuerdo Marco de Precios para la compra del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT- a nivel nacional CCE-070-1AMP-2013, celebrado entre Colombia Compra Eficiente y (i) Seguros Generales Suramericana S.A.; (ii) La Previsora S.A.Compañía de Seguros; y (iii) la Compañía de Seguros Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda E.C.

determinados por el Consejo de Estado en la Sentencia radicado No. 5694 del 17 de febrero del 2000, y lo establecido en el artículo 57 de la Ley 1437 de 2011: **“Acto administrativo electrónico.** *Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley”.*

En igual sentido, encontramos en cuanto a la teoría del acto administrativo, que se pronuncia Dromi. R. (2008). precisando la existencia de los actos administrativos digitales como *“documento digital que constituye un modo de manifestar la voluntad administrativa cuando lleva inserta la firma electrónica”*, situación que se encuentra legislada en Argentina mediante la Ley 25.506 y sus decretos reglamentarios y modificatorios.

En terminos generales los actos administrativos que son emitidos mediante soportes digitales no se diferencian en cuanto a su regimen juridico de aquellos que son emitidos en soporte papel, y por lo tanto no pierden el carácter de actos administrativos ni pierden su legitimidad al variar los medios de emisión, pues este es simplemente la herramienta de la cual la administración hace uso para el cumplimiento eficaz de sus fines, encontrando mayor importancia en el contenido que en el medio de generación, Gordillo, A. (2011). cap.VII., sin embargo, esto no quiere decir que no se deban cumplir los requisitos minimos establecidos para su validez y eficacia, entendiendo en palabras de Santofimio, J. (1994) que *“Un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que este se adecua perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho”*, lo anterior indiferentemente de si el acto es emitido por medio digitales o en soporte papel, siendo estas el modo de *“exteriorización de la voluntad administrativa”* (Dromi, R., 1997. pág.65-67)

El acto administrativo en análisis debe contar en términos de Dromi con cinco elementos esenciales de los cuales *“depende la existencia del acto administrativo”* los cuales son la competencia, el objeto, la voluntad y la forma, (Dromi. R, 2008, pág. 55) dichos elementos deben encontrarse imprescindiblemente de forma conjunta

en los actos administrativos, no así los elementos esenciales tales como la condición, el modo y el término.

En igual sentido, el Consejo de Estado⁴ ha sentado doctrina de los elementos del Acto Administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia, esos elementos son los siguientes: Órgano competente, Voluntad administrativa, Contenido, Motivos, Finalidad y Forma.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 1437 de 2011: “**Acto administrativo electrónico.** Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley”.

Para efectos de lo aducido en el párrafo precedente, en referencia a asegurar la autenticidad del acto administrativo electrónico, se debe resaltar lo contemplado en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, resultando necesario un método que permita identificar al iniciador del mensaje de datos y así verificar que el acto cuenta con la aprobación correspondiente y que quien emite el acto es el competente para dicho fin, sin embargo la orden de compra, no cuenta con firma digital alguna, pues simplemente se genera al dar clic en la opción aprobar del sistema, por lo que resulta necesario (Cárdenas. R; 2009,pág. 9) “*evaluar y establecer la suficiencia de los mecanismos de seguridad jurídica empleados en Colombia para este tipo de procesos*”, para determinar si los mecanismos brindados por el portal cuentan con los atributos tanto de (Cárdenas. R; 2009,pág. 9) “*seguridad jurídica como técnica requeridos para garantizar principios fundamentales en las transacciones electrónicas como son Autenticidad, Integridad y No repudio*”.

Ahora bien, cierto es que por recomendación de la UNCITRAL, para el desarrollo del comercio electrónico se deben eliminar los obstáculos jurídicos, sin

⁴ Consejo de Estado. Sent. julio 4 de 1984.Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá.

embargo también se deben propiciar entornos seguros, y así dar cumplimiento a los fines estatales mediante la actividad administrativa.

En cuanto a la autenticación y a la identificación de los sujetos en las actuaciones electrónicas de la administración, conforme a lo mencionado por Martínez Gutiérrez R. (2011), quien afirma que *“en las relaciones que se entablan entre Administraciones y Administrados es esencial el conocimiento de la identidad de ambas partes”*, se considera la firma como el instrumento jurídico que permite acreditar la identidad y la manifestación de la voluntad de quien suscribe el acto, por ende en el caso de la administración electrónica o *“e-Administración”*, (Martínez. G; 2011, pág. 182) la firma electrónica, es el elemento que permite cumplir con las exigencias mencionadas por Delgado M. (2008), en cuanto a que los actos administrativos deben estar dotados de condiciones que permitan su identificación y autenticación, siendo lo primero la identidad del firmante y lo segundo del documento en sí, y que estos aspectos se cumplen cuando el acto cuenta con la firma electrónica, situación que difiere notablemente de la realidad material de las órdenes de compra que se analizan en el presente escrito, pues ellas no cuentan con firma electrónica alguna.

Para el uso de la plataforma desarrollada por Colombia Compra Eficiente se requiere la creación de dos usuarios: un comprador y un ordenador del gasto, creación de usuarios que se registra con el diligenciamiento de los formatos preestablecidos por la agencia, sin seguridad específica que garantice la competencia del sujeto que va a emitir los actos administrativos.

Se debe analizar entonces la capacidad del ordenador del gasto designado para emitir la orden de compra en cuanto a la contratación y su cuantía, pues esta no se describe ni se informa al momento de realizar la creación del usuario ordenador del gasto, situación que genera el incumplimiento de algunos de los elementos previamente mencionado.

Firma Electrónica.

La firma electrónica es considerada como un grupo de datos lógicamente adjuntados a un documento electrónico o archivo digital cuya finalidad es acreditar plenamente al autor y asegurar la integridad de la información así pues lo extrepa Certicámara (2015) al afirmar que *"La firma electrónica es un método que permite identificar a una persona en relación con un mensaje de datos"*.

Una de las clases de la Firma Electrónica, es la (Guillermo, D. 2011) *"Firma Digital"* creada a partir de la *"Public key infraestructura (PKI)"*, a la cual se le aplica un procedimiento criptográfico (grupo de métodos matemáticos) con la finalidad de que el signatario controle (conoce la clave) y proteja la información a transmitir, asegurando autenticidad e integridad del contenido del mensaje, en el caso de los actos administrativos electrónicos garantizando la autenticidad del funcionario emisor y con ello su competencia y capacidad para producir el acto administrativo sin que este se encuentre afectados por vicio alguno.

De acuerdo al procedimiento de la firma digital se requiere de las siguientes verificaciones:

- Requiere que el creador suscriba el documento por medio de la clave privada, para que no niegue su creación, solo él debe conocer la clave, aminorando el riesgo de la cancelación del mensaje enviado.
- El destinatario verifica la autenticidad de la firma a través de la aplicación de la clave pública asociada a la clave privada, lo cual permite descodificar el mensaje recibido.

- La herramienta empleada por el autor emplea un algoritmo 'hash' en el documento que se firmara, obteniendo un compendio de longitud fija y definido este documento.

-Cualquier cambio por mínimo que se le haga al mensaje provocará un compendio totalmente diferente, así las cosas no pertenecería con el que inicialmente suscribió el autor.

Con lo anterior, se dota a la firma digital de diferentes propiedades que permitieron concederle presunción de confiabilidad y

Que no hace necesario el acuerdo previo entre las partes para que se definan, pues se dan de manera automática. Para que se entienda válidamente emitida una firma digital en Colombia se requiere de la intervención de un tercero de confianza denominado 'entidad de certificación', que avala precisamente la identidad de quien aparece como titular de la firma digital (Ceticámara. 2015).

Finalmente en este procedimiento interviene un tercero, quien es el ente certificador, el cual presta sus servicios para avalar la identidad de los suscriptores y la forma como se crea la firma, según lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 le concede tres ejes con el fin de garantizar las condiciones de integridad, autenticidad y no repudio de la información, asegurando las transacciones electrónicas. Con el certificado digital autoriza al titular a firmar documentos electrónicamente, junto con la posibilidad de identificarse plenamente ante terceros, impidiendo la sustitución de identidad y proporcionando protección e integridad a la información transferida entre el receptor y emisor.

Derecho comparado

Resulta importante analizar la situación objeto del presente documento en otros países que cuentan con sistemas de contratación estatal electrónica, como por ejemplo España, en donde la Ley 11 de 2007 y la Ley 59 de 2003, establecen la aceptación de los documentos y actos administrativos emitidos de forma electrónica bajo la condición de garantizar la identificación de los participantes, esto mediante la firma electrónica, la cual permite el cumplimiento de los requisitos de validez de los documentos administrativos electrónicos, de igual forma requiere el sellado de tiempo, el cual puede estar incorporado en la firma electrónica y permite demostrar el momento exacto de la operación electrónica de suscripción del acto administrativo, la legislación Española ha establecido requisitos formales que condicionan la validez y eficacia de los actos administrativos electrónicos, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la seguridad jurídica de los ciudadanos partícipes en la contratación estatal electrónica.

Al respecto resulta oportuno presentar la situación relativa a la firma electrónica en México, en donde encontramos la Ley de Firma Electrónica Avanzada, Nueva Ley DOF 11-01-2012, la cual establece determinados lineamientos generales del uso de la firma electrónica tanto de los particulares como de los servidores públicos, en especial para los actos administrativos, requiriendo el cumplimiento de seis principios rectores en cuanto al uso de la firma electrónica se refiere, entre ellos la equivalencia funcional, autenticidad, integridad, neutralidad tecnológica, no repudio y confidencialidad, así pues se establece como requisito de los actos administrativos electrónicos la firma digital, encontrando además que el incumplimiento a los mandatos de la mencionada Ley acarreará las sanciones establecidas en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Es así, como también la República de Uruguay implemento la firma electrónica para la suscripción y emisión de los documentos generados por los órganos del

estado, esto mediante la Ley No. 18.600 en la cual se reconoce la validez y eficacia jurídica de los documentos electrónicos y se regula la firma electrónica en los mismos, determina que en general, todos los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica o firma electrónica avanzada.

Como último ejemplo, presentamos el caso de la República de Argentina, en donde mediante la Ley 25.506 de 2011, Ley de la firma digital, con la cual se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, no solo en actos de carácter privado, sino que también la establece de forma obligatoria para todo el Estado Nacional, sus jurisdicciones y entidades, razón por la cual y comprendiendo el legislador la dificultad de la implementación de dicha Ley en todos los aspectos administrativos y de seguridad requeridos, concede un plazo máximo de cinco (5) años contados a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley, para la aplicación de la tecnología de firma digital a la totalidad de las leyes, decretos, decisiones administrativas, resoluciones y sentencias emanados de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8º de la Ley 24.156, esto es las entidades públicas, encontrando entonces que para el año 2016, las entidades administrativas de la República Argentina si desean emitir actos por medios electrónicos plenamente válidos y eficaces deben encontrarse con el cumplimiento cabal de la normatividad referida.

Reflexión del cumplimiento de los requisitos de la orden de compra como acto administrativo, específicamente la firma electrónica - Conclusiones

Teniendo en cuenta entonces, que los actos administrativos cuentan con plena validez cuando se encuentra perfectamente enmarcados en los postulados y exigencias del ordenamiento jurídico y del derecho aplicable a la materia, y que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, un elemento esencial de los actos

administrativos, es la de ser emitidos por el órgano competente, y que para verificar el cumplimiento de dicho requisito se requieren los medios necesarios que aseguren la autenticidad del acto y la identificación del emisor, especialmente en los documentos de tipo electrónico, concluyendo entonces que es esencial la utilización de firmas electrónicas que permitan autenticar al usuario generador del acto.

En cuanto a los casos internacionales observados, encontramos que todos se encuentran bajo legislaciones que requieren la utilización de firma electrónica para la emisión de cualquier tipo de documento generado por las entidades Estatales, y también se observa que aunque no todos los países han implementado estas legislaciones en su totalidad se encuentran en un proceso de transición con límites temporales de aplicación y en algunos casos con sanciones específicas por la no aplicación de la normatividad referente a las firmas electrónicas.

Del desarrollo del presente documento se evidencia, entonces, que si bien las órdenes de compra generadas por una entidad estatal con ocasión de la adquisición de bienes y/o servicios de características técnicas uniformes, mediante un acuerdo marco de precios, en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP, cumplen con los requisitos procedimentales y de contenido establecidos por la autoridad en la materia, esto es Colombia Compra Eficiente, en las mencionadas órdenes de compra, no es posible verificar plenamente el cumplimiento de los requisitos esenciales de todo acto administrativo, tales como la identidad del emisor, la cual permite asegurar la autenticidad del documento y la competencia del emisor.

Resulta evidente que no se cumplen los requisitos de eficacia y validez de los actos administrativos, en las órdenes de compra emitidas en el SECOP, y se presenta en consecuencia un riesgo, ante la posible declaración de nulidad de los

actos administrativos que no se encuentran emitidos de conformidad con los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia.

Para finalizar, cabe resaltar, que la legislación Colombiana debe evolucionar en procura del cumplimiento de dichos requisitos, y en concordancia con los sistemas electrónicos que se establecen para el desarrollo de las funciones y prestación de servicios por parte de la administración pública, pues cuando se la evolución de los procedimientos se encuentra enfocada al mundo de globalización y comercio electrónico mundial, tal y como lo han hecho los países mencionado en el cuerpo de texto, es fundamental adaptar el marco normativo para efectivizar la actividad de la administración.

Referencias bibliográficas

1. Abarca, M. (2013). ¿Preparados Para El E-Government? Consideraciones En Torno Al Procedimiento Administrativo Electrónico. ARS BONI ET AEQUI. Año 9 N° 2. Chile. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/12/6-Abarca.pdf>.
2. Cárdenas, R. (2009). El futuro de la contratación estatal por medios electrónicos. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia, Universidad del Rosario.
3. Cerillo, A. (2008). E-Administración. Editorial UOC. Primera edición. Barcelona, España.
4. Certicámaras. (2015). La Firma Electrónica y la firma Digital: mitos y realidades. Colombia Digital. Disponible en: <http://colombiadigital.net/opinion/columnistas/certicamara/item/8078-la-firmaelectronica-y-la-firma-digital-mitos-y-realidades.html>.
5. Chillon, M. (2004). Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo: República Dominicana.
6. Colombia Compra Eficiente. (2014). Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios S G-EAMP-01. Bogotá D.C.
7. Colombia Compra Eficiente. (2015). Guía para comprar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano. G-CTVEC-02. Bogotá D.C.
8. Consejo de Estado en la Sentencia radicado No. 5694 del 17 de febrero del 2000.
9. Declaración de Santo Domingo (2006), Asamblea General de la OEA. República Dominicana. Disponible en: http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_egov.asp.

10. Delprato, G. (2011). Criptografía e Infraestructura de Clave Pública (PKI). Disponible en: <https://windowserver.wordpress.com/2011/02/26/criptografa-e-infraestructura-de-clave-pblica-pki/> (consultado 9 de octubre de 2015).
11. Dromi, R. (1997). Derecho Administrativo. Séptima edición. Buenos Aires: Argentina. Ediciones Ciudad Argentina
12. Dromi, R. (2008). Acto administrativo. Cuarta edición. Buenos Aires. Ciudad Argentina.
13. Fonseca T. (2012). Problemas de eficacia en Actos Administrativos expedidos por medios electrónicos. Revista In Vestigium Ire. Vol. 5. Tunja.
14. Galván, R. (2007) La Administración Electrónica en España. Fundación telefónica. Editorial Ariel S.A. Primera edición. España.
15. Gates, B. (1999) Los Negocios En La Era Digital. Plaza & Janés Editores. Primera edición. Barcelona, España.
16. Gil, G., Mariscal, A., Ramírez, H. (2012).Gobierno Electrónico en México, Coordinación General De Gobierno Digital, Secretaría Ejecutiva De La Gubernatura. México.
17. Gordillo, A. (2011). Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 3, El acto administrativo. Décima edición, Buenos Aires. F.D.A.
18. Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas. Secretaría de Asuntos políticos. Departamento Para la Gestión Pública Efectiva. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_egov.asp (consultado 11 de octubre de 2015)

19. Laguado G. (2004). Actos administrativos por medios electrónicos. Bogotá D.C. Revista Universitas No. 108. Pontificia Universidad Javeriana.
20. Liikanen, E. (2003). La administración electrónica para los servicios públicos europeos del futuro. Lección inaugural del curso académico. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona. Disponible en: <http://www.uoc.edu/inaugural03/esp/article/>
21. Martínez G.,R. (2011). p.182. Identificación y autenticación: DNI electrónico y firma electrónica. Administración electrónica y ciudadanos. Thomson Reuters, Aranzandi. Primera edición. Pamplona, España.
22. Muñoz, D., Tarárez, A., Cid, M. & Farias, F. (2007) Administración Electrónica. (E-Government): Evolución Histórica y Tendencias. Departamento de Informática, Universidad de Oviedo. República Dominicana. Disponible en: <https://technologyjournallac.files.wordpress.com/2012/02/51-72.pdf>.
23. Ortega, L. (1993). Nuevas tecnologías y procedimiento administrativo. Revista jurídica de Castilla-La Mancha, n° 18. Pág. 211 – 218. España.
24. Piñar M. (2011). Administración electrónica y ciudadanos. Thomson Reuters. Primera edición. Pamplona, España.
25. Quintero. N. G. (2011). p .3 y 4. Documento Gecti nro. 12 Procedimiento administrativo electrónico: aportes de la ley 1437 de 2011. Universidad de los Andes Facultad de Derecho – GECTI, Revista N.o 5, Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7786. Bogotá.
26. Santofimio, J. (1994). Acto Administrativo, Procedencia, Eficacia y Validez. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá.
27. Vidal, P. (2004). Derecho Administrativo. Legis. Primera edición. Bogotá.

ANEXO No.1

EJEMPLO ACEPTACIÓN O RECHAZO ORDEN DE COMPRA

Recordatorio

Recibidos · x

approvals@colombiacompra-test.coupa.com
para mí



Solicitud de aprobación de compras para entidad com... - Solicitud 363

Hola entidad:

Solo un recordatorio: La solicitud 363 de entidad comprador1 está lista para su aprobación.

Enviado Por entidad comprador1

Total 450,00 COP

Articulos	Nombre del bien o servicio	1 Unidad @ 450,00	450,00 COP
	Proveedor Proveedor3AMP		

Se ve bien. ¿Desea aprobarlo?

Haga clic en el botón de aprobación o solo responda a este mensaje con la palabra Aprobar.

Hay algún error. ¿Hace falta que lo rechace?

No se preocupe. Solo haga clic en el botón de rechazar o responda a este mensaje con la palabra Rechazar.

¿Necesita más información?

Haga clic en Ver solicitud e irá al sitio en línea donde puede ver todo.

[Ver solicitud](#)

Rechazar

Aprobar