

**Deficiencias del antiformalismo en la materialidad del E-procurement para el SECOP II:
caso de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional**

Jenny Andrea Gómez

Trabajo de grado

Para optar por el título de Magister en Derecho Contractual Público y Privado

Dirigido por:

Iván Darío Tarazona Manrique

Magister en Droit Public Fondamental

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Universidad Santo Tomás

Bogotá D.C.

2021

Tabla de contenido

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
I. EVOLUCIÓN IUSTEÓRICA EN EL MARCO DEL <i>E-PROCUREMENT</i>	7
II. TEORÍA ANTIFORMALISTA DEL <i>E-PROCUREMENT</i> EN RELACIÓN CON EL CONTEXTO DE DISAN ARC	15
III. DETERMINAR CRITERIOS DE SUFICIENCIA EN LA MATERIALIZACIÓN DEL E- PROCUREMENT EN SECOP II.....	17
IV. HERRAMIENTA PARA VALORAR Y GRAFICAR EL E-PROCUREMENT	21
1. SISTEMATIZACIÓN DE LAS DIFICULTADES OPERATIVAS DEL E-PROCUREMENT.....	21
2. CATEGORIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN <i>E-PROCUREMENT</i> SEGÚN MODALIDAD CONTRACTUAL	26
3. HERRAMIENTA QUE VALORA Y GRAFICA EL <i>E-PROCUREMENT</i>	28
CONCLUSIONES.....	31
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

Introducción

En Colombia, a partir del enmarque liberal, social y democrático que posibilitó la Constitución Política de 1991, el derecho viró de una interpretación formal, a un enfoque antiformalista que supondría rebasar los vacíos en materia normativa, vislumbrarse diversas fuentes del derecho y tomando en cuenta las realidades del contexto frente a situaciones reguladas y no reguladas del orden jurídico.

Para la década en que se concibió la nueva Constitución Política del país, emergía también el germen de la cuarta revolución industrial demarcada por las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y la necesidad de adoptar reglas legislativas de carácter internacional. En este marco Colombia adoptó el modelo normativo para el comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a través de la Ley 527 de 1999, la cual recoge los principios de equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, neutralidad tecnológica, buena fe y libertad contractual que no existían en el Derecho privado de Colombia y que buscan equiparar lo analógico y lo digital sobre comercio electrónico y por alcance a la contratación estatal.

El contrato estatal por medios virtuales posee una orientación jurídica emanada de organismos internacionales a cargo de regular el comercio mundial, tales como “el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la OMC, la OECD, la banca multilateral” (Ramírez, 2002, p. 79), debiendo los países ajustar la normatividad jurídica en torno a las tendencias mundiales señaladas por estos organismos para un mundo globalizado que intercambia bienes y servicios.

Entre los países de Latinoamérica y el Caribe, Colombia fue el primero en regular la contratación electrónica (Torres, 2010), a través del Decreto 4170 del 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, entidad del orden nacional, descentralizada, con autonomía administrativa, la cual cuenta con patrimonio propio, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

Para su funcionamiento Colombia Compra Eficiente registra la información de los procesos de contratación operando el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, el cual está integrado por tres plataformas: SECOP I, SECOP II y la Tienda Virtual. En SECOP I, las entidades estatales deben publicar los documentos del proceso, desde la planeación del contrato hasta su liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2017); mientras que en SECOP II pueden hacerse transacciones a partir de las cuentas de las entidades estatales y de los proveedores, previa inscripción, desde las cuales las entidades estatales crean, evalúan y adjudican la contratación, los proveedores pueden hacer observaciones a los documentos del proceso, presentar ofertas y seguir el proceso de selección en línea, esta plataforma permite la publicidad de los procesos adelantados por las entidades públicas y le permite a los usuarios a través de cuentas creadas, la realización de los contratos a través de todas las modalidades, exceptuando las que se realizan por medio de la tienda virtual, generando los procesos contractuales de manera electrónica desde su etapa precontractual hasta la postcontractual, es decir, se realizan los procesos acordes a las diferentes modalidades de manera electrónica hasta la liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2018); la tienda virtual por su parte, “es la plataforma que permite hacer compras a través de los instrumentos de agregación de demanda y en grandes superficies” (Colombia Compra Eficiente, 2019). De este Sistema Electrónico para la Contratación Pública, el presente artículo se circunscribe a SECOP II.

Debe decirse que la Contratación es un tema álgido para las entidades estatales, lo cual tiene explicación en los riesgos existentes, tales como el cumplimiento de los requisitos basados en los principios de transparencia, legalidad, objetividad y protección ineludible de los recursos públicos, toda vez que en el marco del riesgo jurídico “si una cláusula en un contrato se lee ‘a riesgo del comprador’, esto es una declaración normativa (...), porque indica las consecuencias legales de un evento” (Mahler, 2009). En consecuencia, es necesario determinar si está siendo compatible y funcional el sistema de compras *e-procurement* con el desarrollo de los procesos de contratación estatal estipulados en el Estatuto de Contratación Pública, con el fin de establecer su efectividad, pero se trata de una situación difícil, porque desde los procesos del *e-procurement* que desarrolla la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional, se detecta rigidez en la aplicación de la teoría del derecho contractual a pesar de catalogarse como anti-formalista, observándose como recurrente la búsqueda de la explicación normativa centrada en lo formal y desconociendo

las particularidades del contexto y las condiciones de oportunidad en la cual debe cumplir su misión la Dirección de Sanidad Naval - DISAN en materia de atención y prestación de servicios de salud. Así, en materia de contratación, desde la evidencia empírica se evidencia un sistema jurídico no alineado iusteóricamente entre el enfoque teórico del derecho, la normatividad y algunas dificultades que se presentan al llevarlas a la práctica.

Debe anotarse, que DISAN opera la atención en salud del personal militar activo de las Fuerzas Militares y de afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud a través de establecimientos de salud distribuidos a lo largo y ancho del país (DISAN, 2019). En la actualidad cuenta con 21 Establecimientos de Sanidad a nivel nacional. No obstante, en cumplimiento de las relaciones contractuales, DISAN enfrenta constantemente problemas relacionados con las distancias que se presentan entre lo estipulado en el Estatuto de la Contratación y normatividad complementaria y la realidad en que debe operar a través del *e-procurement*.

Es por ello, que, al delimitar esta propuesta, se puede decir que en el marco de la contratación estatal electrónica, la Dirección de Sanidad Naval de la Armada de Colombia presenta casos en los que se ejemplifican riesgos legales debido a problemas de interpretación formal que comprometen la seguridad legal de algunos procesos contractuales, alejadas del enfoque antiformalistas que ajuste una línea interpretativa del derecho para aquellos asuntos no definidos en las normatividad vigente.

Como se aprecia, Colombia ha realizado esfuerzos a fin de lograr la efectividad en la contratación estatal de manera electrónica, los cuales han sido a pasos lentos, sin desconocer que con ellos generó un avance significativo en el ordenamiento jurídico, razón por la cual fue el primero en América Latina en incluir la regulación electrónica, y para ello evidenciaré las incidencias de la Ley 527 de 1999, conocida como la Ley de Comercio Electrónico, basada en la utilización de mensajes de datos, de igual manera, con la articulación del Decreto 019 de 2012, denominada Ley Antitrámites que incluyó la verificación de documentos como el Registro Único de Proponentes y el Certificado de Existencia y Representación Legal a través de las plataformas electrónicas destinadas para tal fin, así mismo, con la incorporación del CONPES No. 3975 de 2019, se generaron políticas para ir a la vanguardia de la evolución tecnológica conocida como la

Cuarta Revolución Industrial –4RI-, la cual se desenvuelve a nivel mundial, de esta manera se busca ampliar los lineamientos jurídicos que sean necesarios para desarrollar día a día el *e-procurement* de nuestro país.

Así las cosas, la presente disertación se orienta a responder como pregunta de investigación la siguiente: ¿Es suficiente desde la materialidad del *e-procurement* del SECOP II explicar la interpretación formalista del derecho para el contexto de la DISAN de la ARC? Se parte en consecuencia de una hipótesis negativa, en cuanto el contexto mercantil en que se desenvuelve la DISAN supone insuficiencias en la materialidad del *e-procurement* del SECOP II. A partir de este planteamiento se define como objetivo de la investigación el siguiente: Determinar si es suficiente desde la materialidad del *e-procurement* de SECOP II explicar la interpretación formalista del ordenamiento jurídico para el contexto de la DISAN de la ARC. Para alcanzar este objetivo general se adoptan los siguientes objetivos específicos que a su vez estructuran las categorías de la investigación: 1) Evolución iusteórica en el marco del *e-procurement*; 2) La teoría antiformalista del *e-procurement* en relación con el contexto de DISAN de la ARC; 3) Determinar criterios de suficiencia en la materialización del *e-procurement* en SECOP II con base en los principios de equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, neutralidad tecnológica, buena fe y libertad contractual para el contexto de DISAN de la ARC.

La metodología que se empleará encuentra correspondencia con el tipo de investigación hermenéutico crítico a partir de un método de estudio de caso intrínseco, por cuanto se trata de un asunto de interés (*e-procurement*), del que se desea una comprensión e ilustra un determinado problema (Stake, 2005). El enfoque se fundamentará en la investigación cualitativa que permiten sistematizar información teórica que desde una perspectiva general puedan explicar al lector los debates planteados para la contratación a través de SECOP II. Para tal fin se emplearán técnicas de recolección de información como la revisión documental a partir de los registros que lleva DISAN, libros, artículos científicos y la legislación nacional e internacional relacionada con el tema, en consecuencia, el trabajo entregará información que puede analizarse para la toma de decisiones en torno al mejoramiento del *e-procurement*.

I. Evolución iusteórica en el marco del *e-procurement*

En Colombia la contratación pública por medios electrónicos, muy a pesar de estar inscrita en las formas versátiles que imponen las tecnologías de la información y comunicación (TIC), sigue manteniendo un esquema rígido al momento de dirimir grandes vacíos legales surgidos entre la otrora constatación en papel frente a la actual contratación electrónica, tal situación encuentra explicación en la iusteoría formalista que caracterizó al Estado liberal de derecho, a *contrario sensu* del marco constitucional del Estado Social de Derecho desde el cual se acoge una iusteoría antiformalista a partir de la Carta de 1991. Podría decirse que en materia de contratación pública por medios electrónicos o *e-procurement*, no ha logrado transitarse del ordenamiento jurídico regido por la Constitución de 1886, pesando esa tradición hermenéutica sobre el tipo de Estado que la Constitución de 1991 dispone como régimen jurídico desde la iusteoría antiformalista para operar normativamente.

Las compras públicas han sido catalogadas como herramientas de desarrollo, debido al impacto que causen en las economías nacionales, donde el Estado como comprador absorbe gran parte de la producción nacional y alguna parte extranjera, intercambios que resultan de interés estratégico para las naciones, por tanto estructuralmente se configura un sistema de iniciativas internacionales que organizan y regulan las compras públicas a través de mecanismos como las iniciativas extraregionales de integración, la banca multilateral de financiamiento de obras de interés social, la configuración de instrumentos multilaterales, la conformación de organismos como la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, entre otros estamentos con interés en la contratación pública y la flexibilización de su regulación en el marco de un desarrollo digital en permanente cambio. Al respecto, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA, 2015), asegura que “a nivel internacional las compras públicas han sido objeto de legislación y agenda en el marco de las instancias multilaterales de comercio y desarrollo, con reformas significativas en los últimos años” (p. 14).

En el marco de lo anterior, la contratación pública es entendida como la serie de transacciones surgidos entre el Estado y los particulares es de amplio dinamismo en la economía de los países alrededor del orbe, en referencia a ello, la Organización para la Cooperación y el

Desarrollo Económicos (OECD, 2017), reporta un gasto global del 12% del PIB en compras públicas entre sus países miembros, se trata de una tendencia presentada también para los países de América Latina y el Caribe, quienes “han modernizado sus sistemas de compras públicas con el fin de aumentar la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos del Estado, adoptando nuevas prácticas y tecnologías que promueven mayor competitividad” (Jiménez & Roca, 2017, p. 1). En ese orden de ideas, se puede decir que la reducción de las compras públicas, producto del cambio de modelo económico de los Estados modernos en su mayoría neoliberales, es una constante que implica realizar el proceso contractual de manera más eficiente, hace una década se estimaba que “un 20% del PIB se [invertía] en compras públicas o adquisiciones del Estado” (Romero, 2010, p. 103); más recientemente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) refiere que “la contratación pública representa en promedio el 10-15% del PIB de una economía” (párr. 1). Para el caso de Colombia “el sistema de compra pública compromete más de un tercio del Presupuesto General de Nación lo cual equivale a una cifra entre el 10 y 15% del PIB” (Zuleta, Saavedra, & Medellín, 2017, p. 2).

En nuestro país, encontramos que se creó la Agencia estatal “Colombia Compra Eficiente” que tiene como objetivos, entre otros, el conocer a los actores, identificar sus necesidades, brindar el soporte requerido -en el marco de sus funciones- para lograr el éxito de los procesos de compra, establecer estándares para uniformar y brindar una mejor experiencia, medir los beneficios generados y mejorar continuamente los servicios prestados, para ello, se implementó inicialmente la plataforma SECOP I, en la cual las entidades estatales deben publicar los documentos del proceso, desde la planeación del contrato hasta su liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2017), mientras que en SECOP II se realizan los procesos acordes a las diferentes modalidades de manera electrónica hasta la liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2018).

Puede decirse que entre los países de Latinoamérica y el Caribe, Colombia fue el primero en regular la contratación electrónica (Torres, 2010), pues, a través del Decreto 4170 del 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, entidad del orden nacional, descentralizada, con autonomía administrativa, la cual cuenta con patrimonio propio, adscrita al Departamento Nacional de Planeación; la creación de la citada entidad se generó, teniendo en cuenta la gran importancia que representa para el desarrollo del país la contratación

de las entidades públicas a quienes les es aplicable la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes. Pero también ante la necesidad de adecuarse “a las realidades que impone la modernidad producto de las nuevas tecnologías, la competitividad y la eficacia estatal, desde la visión de estar a la vanguardia de las tendencias hacia la liberalización de los mercados de contratación pública” (Durán, Reyes, & Delgado, 2017, p. 4).

Para su funcionamiento Colombia Compra Eficiente registra la información de los procesos de contratación operando el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, el cual está integrado por tres plataformas: SECOP I, SECOP II y la Tienda Virtual. En SECOP I, las entidades estatales deben publicar los documentos del proceso, desde la planeación del contrato hasta su liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2017); mientras que en SECOP II pueden hacerse transacciones a partir de las cuentas de las entidades estatales y de los proveedores, previa inscripción, desde las cuales las entidades estatales crean, evalúan y adjudican la contratación, los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del proceso, presentar ofertas y seguir el proceso de selección en línea, esta plataforma permite la publicidad de los procesos adelantados por las entidades públicas y le permite a los usuarios a través de cuentas creadas, la realización de los contratos por medio de todas las modalidades, exceptuando las que se realizan por medio de la tienda virtual, generando los procesos contractuales de manera electrónica desde su etapa precontractual hasta la postcontractual, es decir, se realizan los procesos acordes a las diferentes modalidades de manera electrónica hasta la liquidación (Colombia Compra Eficiente, 2018); la tienda virtual por su parte, “es la plataforma que permite hacer compras a través de los instrumentos de agregación de demanda y en grandes superficies” (Colombia Compra Eficiente, 2019).

Desde los fines de Colombia Compra Eficiente esta debe estar orientada a conocer los actores, identificar sus necesidades, brindar el soporte requerido -en el marco de sus funciones- para lograr el éxito de los procesos de compra, establecer estándares para uniformar y brindar una mejor experiencia, medir los beneficios generados y mejorar continuamente los servicios prestados. No obstante, su evolución hacia SECOP II está aún en proceso de mejora y requiere el compromiso de las entidades estatales para asegurar sus procesos contractuales con el mínimo de traumatismos posible, habida cuenta de la misión que cumplen entidades como la Dirección de

Sanidad Naval de la Armada de Colombia, entidad ocupada de ofrecer servicios de salud a las fuerzas militares del país en las áreas de salud operacional, salud asistencial y medicina laboral. En cumplimiento de las relaciones contractuales, DISAN enfrenta constantemente problemas relacionados con las distancias que se presentan entre lo estipulado en el Estatuto de la Contratación y normatividad complementaria y la realidad *in situ*.

A nivel jurisprudencial puede mencionarse el impacto de la Ley 527 de 1999 las normas anti-trámite y de digitalización, por lo que se hace mención a los documentos CONPES, precisamente cuando en la actualidad se habla de la cuarta revolución industrial. Al respecto cabe precisar que desde la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999 *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”*, comúnmente denominada Ley de Comercio Electrónico, mediante la cual se reglamentó la utilización de los mensajes de datos, sin embargo, es pertinente manifestar que con anterioridad de la promulgación de esta norma, en el ordenamiento jurídico colombiano ya se contaba con instrumentos legales que contenían denominaciones para el uso de las nuevas tecnologías, como es el caso del Código de Comercio.

Ahora bien, mediante la implementación de esta normatividad, se produjo un impacto significativo para el desarrollo del uso de datos, toda vez que, define los deberes y derechos de las entidades, ya sean públicas o privada y demás usuarios en lo atinente al uso de datos, garantizando así la originalidad, validez, confiabilidad y la conservación integral de la información creada a través de estos medios, así mismo, materializa la importancia de la firma digital y establece el carácter probatorio, tal como se evidencia en el artículo 10, el cual reza, así:

“Artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

De igual manera, impulsó el uso del principio de equivalencia funcional de la información generada por medios electrónicos y medios físicos o convencionales; así mismo, se destaca que el mayor aporte de la Ley 527, es el carácter probatorio de los mensajes de datos y al ser una norma transversal, facultó su aplicación con los mismos efectos jurídicos en todas las áreas del derecho.

Por otro lado, es importante destacar que a partir de la promulgación del Decreto 019 de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*, se introdujeron algunos cambios por los cuales se hizo más eficiente el desarrollo del e-*procurement*, de los cuales se evidencian la verificación de las condiciones de los proponentes, tales como el Registro Único de Proponentes el cual se puede verificar en las Plataformas Transaccionales de Colombia Compra Eficiente, de igual manera, al existir la obligación de las entidades públicas de suministrar la información de las actuaciones realizadas en virtud al debido proceso a la Cámara de Comercio con el fin de evidenciar las multas y demás sanciones al momento de examinar el Certificado de Existencia y Representación Legal, así mismo, al eliminar el diario único de contratación, generó economías y agilidad para las entidades, dado que estableció la obligatoriedad de publicar la información concerniente a los procesos contractuales en el Sistema Electrónico para la contratación.

De los aportes de la ley 527 de 1999 y el Decreto 019 de 2012, se puede resaltar que estas normas han permitido el desarrollo de la gestión contractual electrónica, haciendo que las actuaciones contractuales se realicen de manera más eficiente y dando aplicabilidad a los principios Constitucionales y contractuales, promoviendo las bases para la utilización de los medios electrónicos como un mecanismo de difusión de la información dirigida a todas aquellas personas interesadas en hacer parte de la contratación pública, veedores y demás que deseen conocer las actuaciones adelantadas por la Administración, dando aplicabilidad a los principios de publicidad, transparencia, entre otros, lo que se traduce en el aumento de la confianza en las

relaciones comerciales y contractuales de quienes intervienen en ella, situación que coadyuva en la impermeabilidad de la corrupción y la salvaguarda de los recursos públicos en los organismos estatales; así mismo, aumentando de manera sustancial la participación de quienes colaboran en la adquisición de bienes y servicios, generando mecanismos óptimos para el cumplimiento de sus funciones y así poder satisfacer las necesidades de las entidades públicas en beneficio de los usuarios y la comunidad en general.

Como experiencia se evidencia, que durante el desafortunado surgimiento de la pandemia con ocasión al COVID-19, se generó la sentida necesidad para el Gobierno Nacional de determinar espacios de manera urgente para la expedición de múltiples normas y lineamientos mediante los cuales fuera posible dar continuidad desde la virtualidad con la contratación en línea, situación que para la Dirección de Sanidad Naval fue benéfica dado que de esta manera fue posible realizar la adquisiciones de los bienes y servicios que cada año se adquieren y a esto sumándole los nuevos procesos contractuales a fin de mitigar y evitar el contagio del virus con la consecución de insumos de protección para el personal asistencial y de esta manera poder suplir las nuevas necesidades en los diferentes Establecimientos de Sanidad Militar, tales como el Hospital Naval de Cartagena que se encuentra catalogado en el III y IV nivel, el cual nunca colapsó en la prestación de su servicios, por cuanto se dio cabal cumplimiento a la misionalidad de la Administración, sobre todo en la atención de pacientes COVID-19 positivo en las unidades de la UCI, situación que solamente fue posible con la experiencia y experticia de la Directora de Sanidad Naval, con el apoyo del personal a cargo de los procesos y procedimientos de orden misional y de apoyo a la gestión establecidos en el Sistema de Calidad, dado que la DISAN cuenta con el Certificado de Calidad de ICONTEC.

De igual manera, se evidencia que el Gobierno Nacional a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social del Departamento Nacional de Planeación, el día 8 de noviembre de 2019 expidió un instrumento regulatorio denominado “*Política Nacional para la transformación digital e inteligencia artificial – Conpes 3975*”, mediante el cual el Gobierno determinó la necesidad de abordar los temas de la cuarta revolución industrial, -4RI, con el fin de enfrentar los nuevos retos que surgen cotidianamente en la transformación digital y de esta manera planea las estrategias para incorporar dichas tecnologías en los organismos públicos y privados, previendo las condiciones correspondientes para que el país se encuentre en la capacidad de afrontar los

cambios necesario para avanzar en el desarrollo de las tecnologías de la información, digitalización industrial de la nación en todos los ámbitos de la sociedad, razón por la cual la contratación estatal debe dirigir su actuar en este mismo sentido. En cumplimiento de tales propósitos, por medio del Conpes 3975 se crearon unas líneas de acción, que para el tema que aquí nos atañe, se denominada “*Línea de Acción 6. Promover la innovación basada en TIC en el sector público*”, tal como se evidencia a continuación:

“En primer lugar, Colombia Compra Eficiente, en articulación con el Ministerio de las Tecnologías de Información y las Comunicaciones, actualizará los instrumentos de agregación de demanda TIC con la inclusión de nuevas tecnologías y modelos de prestación de servicios de tecnología en el sistema de compra pública. Esto se hará con el fin de garantizar que las entidades públicas tengan disponible la mejor oferta tecnológica del mercado y modernizar el sector público colombiano. Esta acción iniciará en noviembre de 2019 y terminará en septiembre de 2020. En segundo lugar, Colombia Compra Eficiente incorporará el concepto de compra pública innovadora por medio de pilotos basados en necesidades tecnológicas no satisfechas por el mercado e identificadas por las entidades estatales. Lo anterior, con el fin de habilitar la adquisición de bienes y servicios que se crean a partir del análisis de situaciones problemáticas y las alternativas de solución que el mercado es capaz de proveer. En tercer lugar, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en articulación con Colombia Productiva, desarrollará la estrategia de laboratorios digitales sectoriales para incentivar la transformación digital de sectores estratégicos, a través de la 45 incorporación de tecnología que aporte a su productividad y competitividad”.

Así las cosas, se proyecta que dentro de cinco años se logre avanzar en los desarrollos tecnológicos, antes descritos, con una inversión de capital de 121.619 millones de pesos por parte del gobierno en busca de las mejoras tecnologías para incentivar la transformación de los diferentes escenarios de la compra publica a nivel nacional y con ello evitar el estancamiento del *e-procurement* del país.

Como evidencia el estado del arte, Colombia ha realizado esfuerzos a fin de lograr la efectividad en la contratación estatal de manera electrónica, los cuales han sido progresivos, sin

desconocer que con ellos generó un avance significativo en el ordenamiento jurídico, siendo el primero en América Latina en implementar la regulación electrónica, en tal sentido pueden mencionarse las incidencias de la Ley 527 de 1999, basada en la utilización de mensajes de datos, de igual manera con la articulación del Decreto 019 de 2012, el cual incluyó la verificación de documentos como el Registro Único de Proponentes y el Certificado de Existencia y Representación Legal a través de las plataformas electrónicas destinadas para tal fin, en el mismo sentido con la incorporación del Conpes 3975 de 2019, se generaron políticas para ir a la vanguardia de la evolución tecnológica conocida como la Cuarta Revolución Industrial – 4RI, la cual se desenvuelve a nivel mundial y de esta manera se busca ampliar los lineamientos jurídicos que sean necesarios para soportar la operatividad del *e-procurement* en el país.

No obstante, la DISAN ocupada de ofrecer servicios de salud a los integrantes de las fuerzas militares del país en las áreas de salud operacional, salud asistencial y medicina laboral, enfrenta problemas constantes relacionados con las distancias que se presentan entre lo estipulado en el Estatuto de la Contratación y normatividad complementaria y la realidad *in situ*, dada una rigidez normativa centrada en los formalismos, detectándose vacíos entre la contratación física en papel frente a la realizada por medios electrónicos.

En efecto, al surtir el proceso de contratación estatal electrónica, la DISAN presenta casos en los que se ejemplifican riegos legales debido a vacíos contractuales para cumplir principios del *e-procurement*, situación que se evidencia en los contratos que, desde las modalidades, procuraron no transgredir lo formalmente normativo, como se evidencia a partir del año 2018, fecha en que la DISAN se sumó a las compras en línea. Las deficiencias en materia de *e-procurement* se presentan en situaciones en donde el diseño de la plataforma transaccional SECOP II contraría lo establecido en el Estatuto de Contratación Estatal, verbigracia, en el caso de la Mínima Cuantía, cuando se realiza la adjudicación por grupos a diferentes proveedores, desde el *e-procurement* mediado por SECOP II no se permite que las garantías sean aplicadas según corresponda al amparo a cubrir, situación que se comprobó para una contratación para la prestación del servicio de Aseo a todo costo y el suministro de insumos para cafetería, denominándose grupo No. 1: Aseo a todo costo y grupo No. 2: Suministro de insumos para cafetería, que para el Grupo No. 1, le corresponde el amparo de la Calidad del Servicio y para el grupo No. 2, le atañe el amparo de calidad de los

bienes, pero al momento de realizar la adjudicación la plataforma no permite que se discrimine cual amparo le corresponde a cada grupo, en ese orden de ideas la administración tuvo que publicar un documento aclarando que amparo le correspondía a cada grupo y a cada contratista, situación que se encuentra fuera del procedimiento para la mínima cuantía, de igual forma genera que se realicen documentos adicionales que no están descritos ni en el procedimiento contractual ni en la norma.

Otros marcos normativos que dan cuenta de la evolución del marco reglamentario del *e-procurement* son las siguientes: la Ley 527 de 1999 la cual se reglamenta en su capítulo II, el comercio electrónico en materia de transporte de mercancía; así mismos las normas antitrámite, caso de la Ley 2052 de 2020, el Decreto 2150 de 1995, Ley 962 de 2005, Decreto Ley 019 de 2012, a los cuales las normas de anticorrupción y transparencia consignadas en la Ley 190 de 1995 y Ley 1712 de 2014 respectivamente, normas que impactan en materia de equivalencia funcional, con tendencia a la desmaterialización y la simplificación hacia una clara tendencia al antiformalismo.

Las insuficiencias en la materialidad del *e-procurement* debido a vacíos normativos que no se subsanan desde una iusteoría de la formalidad del actual sistema jurídico, se denota también en el Decreto 1082 de 2015, el cual establece en el “**Artículo 2.2.1.2.1.1.1. Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública. Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación...**”, sin embargo, en la plataforma no se encuentra creada la subasta inversa para la modalidad de licitación, escenario que genera para la administración que por el presupuesto oficial corresponde a una licitación y dadas la naturaleza de los bienes a adquirir los cuales corresponden a características técnicas uniforme, para realizar la subasta de manera dinámica es necesario aclarar en los documentos del proceso como en el prepliego y el pliego que se debe realizar por subasta inversa con presupuesto de licitación, toda vez que, no existe dicha modalidad en la plataforma transaccional SECOP II.

II. Teoría antiformalista del *e-procurement* en relación con el contexto de DISAN ARC

Se encuentra un marco teórico emanado de la doctrina, pero también de fuentes académicas y entes institucionales públicos y privados, las cuales evidencian que el tema es de importancia desde distintas miradas. En atención a la formalidad, las preocupaciones se decantan por la observancia de la ley, estableciéndose estructuras como las veedurías ciudadanas, pero que desde las connotaciones del contrato electrónico en el marco de las convergencias mundiales sobre seguridad jurídica, se observa como urgente conjugar normatividad y resolución expedita de casos en controversia, marco en el cual debe reconocerse que la contratación pública en Colombia “ha sido objeto de varios estudios de investigación, modificaciones, reformas y jurisprudencia, que deben ser analizadas de manera objetiva a fin de identificar las distintas variables que afectan de manera positiva o negativa el sistema de contratación en Colombia” (Durán, Reyes, & Delgado, 2017, p. 1).

Siguiendo a Hernández (1991), DISAN como consumidor tendría que conocer el alcance de sus derechos en las transacciones electrónicas, por tanto, al comercializarse se debe propiciar la adquisición de conciencia de los propios derechos. Se trata de un precepto en consonancia con el sistema anti-formalista que, desde la Constitución de 1991, se ha ido instalando en el marco jurídico colombiano, desde el cual se entrega confianza al ejercicio de una normatividad basada en los principios por encima de lo reglamentado desde lo legislativo cuando se presentan vacíos, existen contradicciones o se requiere una interpretación a partir de las fuentes sociales de los contextos de actuación.

Así, las cosas, la teoría antiformalista del Derecho encuentra fundamentación en aquellos escenarios donde se presenta controversia, exigiéndosele al marco regulatorio actuaciones concretas para dirimirlas, siendo el derecho al consumo, una de las situaciones en las cuales DISAN como consumidor de bienes y servicios del sector salud, ocuparía una posición de menoscabo cuando corre riesgo jurídico frente al comerciante con quien contrae algún tipo de relación contractual, asimetría que amerita una actuación de la teoría antiformalista del derecho y en tal sentido ser considerado sujeto de protección. Frente al planteamiento conviene citar a Perilla (2020), quien concibe que “la contratación estatal tiende a ubicarse bajo el amparo de la iusteoría del formalismo y tiene justificaciones que van desde la protección de los recursos públicos hasta la necesidad de limitar la actuación de los operadores jurídicos a cargo de este tipo de procesos”.

(p. 1), situación que DISAN vivencia como organismo estatal incurso en relaciones contractuales con sus proveedores.

La evolución iusteórica del derecho positivo en el marco del *e-procurement* beneficiaría los marcos de actuación de DISAN, ya que desde la teoría del antifomalismo se buscar proteger a quienes tranzan relaciones contractuales, no solo desde las garantías jurídicas sino desde todas las fuentes sociales del Derecho orientadas a una hermenéutica que sopesa lo normativo de los hechos pero también los valores que cruzan determinado suceso jurídico bajo la comprensión de que las normas distan de ser unívocas, toda vez que, el formalismo jurídico si bien es fuente de teoría del Derecho, no puede obviarse que lo hace sobre una materia que resulta variable y difícil de abarcar en su totalidad y complejidad. Siendo así “estos valores formales asociados a la igualdad y regularidad formal que conforman cualquier práctica decisoria jurídica son siempre utilitarios respecto de valores e ideales sustantivos externos a ellos imputados a una cierta concepción político-moral de la justicia” (Vega, 2017, p. 258), lo que le daría solución a situaciones conflictivas concretas que imponen obstáculos a la contratación electrónica.

III. Determinar criterios de suficiencia en la materialización del e-procurement en SECOP II

De acuerdo con (Deborah, 2013), en materia de contratos por medio electrónicos “el Derecho Internacional Privado proporciona las herramientas adecuadas, sin embargo, en ciertos casos se torna insuficiente, en la medida en que no se rijan por puntos de conexión flexibles” (pág. 55).

En el marco de la contratación estatal electrónica, la Dirección de Sanidad de la Armada de Colombia presenta casos en los que se ejemplifican riesgos legales debido a problemas operativos relacionados con aspectos ajenos a la entidad, como la tecnología y su obsolescencia, el recurso humano no cualificado, entre otros acontecimientos externos, que son procedimentales y podrían encontrar soporte en una iusteoría formalista que observe el cumplimiento de los principios del *e-procurement*, en cuanto se trata de procesos de transacción, de tipo administrativo y por tanto normativos, no obstante, para otros asuntos la DISAN sufre costos de transacción que

deberán dirimirse en el marco de la iusteoría antiformalista, ello se evidencia en los contratos que desde sus diversas modalidades, incumplieron lo normativo durante el año 2018, fecha a partir de la cual la DISAN se sumó a las compras en línea. Un recuento de los efectos ocasionados durante los procesos que se surten a través de la plataforma virtual de Colombia Compra Eficiente al interior de la DISAN puede describirse a grandes rasgos, discriminando según modalidad contractual, los problemas operativos y aspectos que pueden comprometer la seguridad legal de algunos procesos contractuales como se determinaron en las distintas modalidades, como en mínima cuantía, contratación directa, selección abreviada subasta inversa presencial, menor cuantía – Contratos de Obra, de igual manera otras situaciones que se relacionan con problemas operativos en el marco contractual cuando desde el formalismo se sigue con apego al Estatuto de Contratación y otras normas en relación, los cuales se desarrollarán detenidamente en el acápite “Sistematización de las dificultades operativas del e-procurement”

Ahora bien, el poner de presente los obstáculos operativos al normal proceso de las distintas modalidades contractuales, es un imperativo de las entidades públicas, toda vez que permite contribuir a que Colombia Compra Eficiente logre el cumplimiento cabal de sus funciones, hasta lograr equiparar la contratación pública digital a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal. La misma Colombia Compra Eficiente, así lo deja estipulado en su Plan Estratégico 2017-2020, al decir:

Colombia Compra Eficiente debe lograr la excelencia en los servicios que presta a los actores del Sistema de Compra Pública. La organización de Colombia Compra Eficiente debe estar orientada a conocer los actores, identificar sus necesidades, brindar el soporte requerido -en el marco de sus funciones- para lograr el éxito de los procesos de compra, establecer estándares para uniformar y brindar una mejor experiencia, medir los beneficios generados y mejorar continuamente los servicios prestados (p. 12). (Subrayas fuera de texto).

Pero como anota Perilla (2020), más allá de las concepciones teóricas desde la práctica de cada una de las entidades públicas colombianas puede constatarse que tal aspiración formalista está lejos de ser materializada, precisamente porque la realidad le impone resoluciones que podrían

alcanzarse desde los principios de la iusteoría antiformalista.

Es ante las dificultades que presenta la Dirección de Sanidad Naval (DISAN) para cumplir sus fines contractuales y la actitud constructiva de Colombia Compra Eficiente para subsanar procesos que atentan contra los principios de la contratación electrónica y su seguridad jurídica, que cabe contemplar el derecho positivo en el marco de un balance entre formalismo y anti-formalismo pueda aplicarse en aquellos casos donde la normativa sea insuficiente para dirimir los cuellos de botella que imponen el cumplimiento de la materialidad del *e-procurement*.

De igual manera, se evidencia la vulneración de algunos principios generales de la contratación por medios electrónicos, en particular el principio de equivalencia funcional, uno de los más importantes, y que equipara la utilización de medios electrónicos al uso de documentos de papel.

El principio de [equivalencia funcional] tiene como fundamento el análisis de los propósitos y funciones exigidos tradicionalmente para el documento con el fin de determinar de qué manera esas funciones y objetivos se pueden cumplir por el documento electrónico (...), por tanto, busca flexibilizar y no añadir mayores exigencias a la contratación electrónica (Gómez, 2004, p. 48).

En consecuencia, se evidencia que es necesario que Colombia Compra Eficiente en desarrollo de sus funciones, debe propender por el mejoramiento continuo articulando tanto el avance tecnológico como la aplicabilidad del Estatuto de Contratación y demás normas que le rigen, para lo cual de las dificultades ya sean de orden operativo, como de aplicabilidad de la norma contractual, que se presentan en la realización de los procesos contractuales a través de la plataforma SECOP II evidenciadas para el caso específico de la Dirección de Sanidad Naval, sea viable lograr que se pongan de conocimiento a Colombia Compra Eficiente y desde el correspondiente análisis que realicen sirva de instrumento de mejora y se logre que la plataforma transaccional SECOP II sea suficiente en el desarrollo del *e-procurement*.

Dentro de las insuficiencias que la plataforma presenta se destaca que, deben contar no solo con personal calificado de manera operativa de la plataforma, si no que este personal esté acompañado de profesionales del derecho que les brinden el conocimiento frente a la normatividad contractual y de esta manera se corrijan los vacíos normativos que se evidenciarán con la aplicabilidad de la herramienta de seguimiento del *e-procurement* en la DISAN.

Así mismo, crear el desarrollo tecnológico para cada una de las modalidades contractuales que establece la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, de conformidad con lo descrito en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, específicamente lo estipulado en el literal a) el cual reza así:

“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;” (Subraya y negrilla fuera de texto)

de tal manera que las entidades estatales en el desarrollo de la actividad contractual, no se vean inducidos a generar documentos extras a fin de justificar el por qué se realiza un proceso en una modalidad que no corresponde a la que debe utilizar, tal es el caso de la subasta inversa electrónica con un presupuesto de licitación, toda vez que, como evidenciaremos más adelante la plataforma no cuenta con el desarrollo tecnológico para tal fin.

Otro criterio que es realmente indispensable y de manera prioritaria es que toda la información relacionada con las PQR'S, es decir, tanto las solicitudes efectuadas por los usuarios como las respuestas emanadas por la mesa de servicio permanezcan en el portal para su posterior consulta, a fin que dicha documentación, constituya una herramienta de información que permitan poder dilucidar situaciones jurídicas que se presenten en el diario vivir del *e-procurement*, las cuales ya han sido tratadas por el personal idóneo del ente Rector en material contractual, acorde a lo establecido en el Decreto Ley 4170 de 2011.

De los anteriores criterios, se espera lograr una mayor eficiencia en la utilización del e-procurement en cabeza de Colombia Compra Eficiente y de esta manera lograr los fines para los cuales fue creada la citada entidad.

IV. Herramienta para valorar y graficar el e-procurement

A continuación, se describe el diseño de una herramienta que valora y grafica el *e-procurement* para hacer seguimiento y rendición de cuentas desde la Dirección de Salud Naval, para lo cual se siguieron tres pasos: 1) Sistematización de las dificultades operativas del *e-procurement*; 2) Categorización de la información *e-procurement* según modalidad contractual y 3) herramienta que valora y grafica el *e-procurement* con los insumos del punto 1 y 2 anteriores. El proceso es el siguiente:

1. Sistematización de las dificultades operativas del e-procurement.

Para dar respuesta a los objetivos de sistematizar las dificultades operativas de las distintas modalidades de contratación pública relacionadas con *e-procurement*, se sistematizó los eventos en los cuales operativamente se han detectado dificultades durante el proceso de legalización de algunas de las modalidades contractuales con los proveedores debido a obstáculos que impiden su apego a la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes en el marco del *e-procurement*, se recurrió por tanto a rastrear las fuentes donde quedan consignados, tales como registros internos de la Dirección de Sanidad Naval; información en la Web de Colombia Compra Eficiente relacionada con los procesos contractuales; opiniones de los proveedores consignados a través de la interacción en línea; el plan anual de adquisiciones de la DISAN; se tomaron como referentes las PQRS instauradas, en las observaciones presentadas a los diferentes procesos, así como en los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente (ANCCE), información que se puede observar en la página web de esta entidad en el link *Síntesis*, de igual manera fueron revisadas las sentencias y jurisprudencia más relevante relacionadas con los sistemas digitales desde la puesta en funcionamiento del sistema de compras, el cumplimiento de las normas del estatuto contractual, todo lo cual condujo a determinar si es o no, compatible y funcional el sistema implementado.

El horizonte de tiempo en que se revisó fue el comprendido en el último año (2018), por cuanto a partir de 2015 Colombia Compra Eficiente invitó a las entidades estatales y a los proveedores a usar el SECOP II, para realizar sus procesos contractuales en línea (Zuleta, Saavedra, & Medellín, 2017), no obstante, es a partir de diciembre de 2017, cuando se hace perentoria esta obligatoriedad y DISAN inicia sus compras en líneas a partir de esta fecha, por tanto fueron los registros de 2018, a partir de los cuales se obtuvo la sistematización para los fines de la investigación, en archivo aparte, con destino a servir de insumos documentales.

La sistematización de los efectos ocasionados durante los procesos que se surten a través de la plataforma virtual de Colombia Compra Eficiente al interior de la DISAN se describe a continuación, según modalidad contractual, los problemas operativos y aspectos que comprometen la seguridad legal de algunos procesos contractuales:

Caso de la mínima cuantía: Los problemas en este tipo de contrato se avizoran desde lo operativo, por cuanto con apego al Estatuto de Contratación, cuando se realiza la adjudicación por grupos a diferentes proveedores no permite que las garantías sean aplicadas de manera correspondiente según el amparo a cubrir, es decir, en un proceso de Mínima Cuantía para la prestación del servicio de aseo a todo costo y el suministro de insumos para cafetería, el proceso se debe adjudicar por grupos, uno para el grupo del servicio de aseo y el otro para el suministro de los bienes, en el cual el amparo para el grupo de Aseo a todo costo le corresponde el amparo de la Calidad del Servicio y para el grupo correspondiente al suministro de insumos de cafetería, el amparo que corresponde es el de calidad de los bienes, pero al momento de realizar la adjudicación la plataforma no permite que se discrimine cuál amparo le corresponde a cada grupo, situación que genera que se realicen documentos adicionales aclarando cuál amparo le corresponde a cada grupo, lo que produce confusión entre los proveedores y puede inducir a error.

Ante la situación anteriormente descrita se compromete la seguridad jurídica, por cuanto los proveedores manifiestan que dada la complejidad de la plataforma para la presentación de las ofertas prefieren no presentarse a los procesos contractuales que adelantan las entidades estatales situación que genera desgaste administrativo toda vez que los mismos en la mayoría de situaciones

genera que se declaren desiertos por esta razón. Este sería un primer caso en el cual no se materializa una solución desde la teoría antiformalista y es un claro ejemplo de cómo desde la contratación estatal se impone un sistema jurídico formalista en lo normativo, prefiriendo la atención a lo estipulado en las reglas por encima de la observación de los principios que en materia de Derecho podrían atender tipificaciones específicas.

Frente a la situación del contrato de mínima cuantía, puede recordarse que es fundamental garantizar la seguridad jurídica de los [proveedores] mediante el establecimiento de un marco jurídico claro en todos los aspectos de que trata la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (Barquín, 2017, p. 18), desde lo formal, pero que no debe obviarse que la Constitución le ordena a los jueces in-aplicar normas legales si éstas llegan a vulnerar derechos fundamentales, abriendo la posibilidad de encontrar una salida auténtica frente a situaciones específicas que no vulnere a quien se encuentra en desventaja en una transacción comercial.

Caso de la contratación directa: En este tipo de contratación se presentan problemas operativos cuando desde una interpretación formalista se sigue con apego al Estatuto de Contratación, pero la capacidad de la plataforma SECOP II no es suficiente para generar los procesos contractuales, esta situación se evidencia en las demoras que presenta cuando muchos usuarios tratan de acceder al mismo tiempo a la plataforma, razón por la cual a partir del mes de marzo de 2019, los procesos de Contratación Directa se deben publicar en SECOP I, situación que ha sido anunciada por Colombia Compra Eficiente en su portal. Tal situación deja al descubierto una imposibilidad de materializar la seguridad jurídica, en cuanto se evidencian falencias en la capacidad de la plataforma, lo cual está en contravía con la Directiva Presidencia No. 4, en la cual se implementan lineamientos de cero papel, dado que es volver a la plataforma SECOP I, la cual fue creada única y exclusivamente para dar aplicabilidad al principio de publicidad, obligando a las entidades estatales a que realicen los procesos nuevamente en físico, esto genera un retroceso en los avances que se habían dado en cuanto al uso de la plataforma transaccional. Este sería un claro ejemplo en donde la realidad pragmática no deja alternativa distinta a obviar el formalismo que trata de imprimir la normatividad.

Caso de la selección abreviada subasta inversa presencial: Los problemas que se presenta con este tipo de contratación también son de tipo operativo y surgen cuando se recurre con apego al Estatuto de Contratación: En la plataforma no se encuentra diseñada la modalidad de contratación correspondiente a la Selección Abreviada Subasta Inversa Presencial, solamente se encuentra la Subasta Electrónica, como se evidencia en los enunciados del portal de Colombia Compra Eficiente, donde aparecen todas las modalidades, con excepción de la subasta inversa presencial. En este caso la seguridad jurídica se hace patente en los siguientes aspectos:

- En contra del formalismo se presenta una situación que se aleja de lo establecido por la norma, tal como se evidencia en el artículo 2.2.1.2.1.2.5 del Decreto 1082 de 2015, el cual reza así: “ART. 2.2.1.2.1.2.5. —**Subasta inversa electrónica o presencial. La entidad estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente...**” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Sin embargo, para que las entidades estatales puedan adelantar la subasta inversa de manera presencial deben realizarlo en la plataforma por medio de la modalidad de Subasta Inversa Electrónica e indicar en la descripción del proceso que se realizará de manera Presencial y para poder crear el proceso en la plataforma es necesario dar clic afirmativamente en donde establece que se realizará de forma electrónica, situación que genera confusión para los proveedores, toda vez que al establecer que es de forma electrónica y en la descripción del proceso que se realizará de manera presencial, induce en la presentación de observaciones por parte de los proveedores, generando desgastes administrativos. Esta situación deja al descubierto que no se materializa el *e-procurement*.

Caso de la menor cuantía – Contratos de Obra: Los problemas en este tipo de contratos se presentan por las distancias para conciliar la norma con lo operativo, estipulando con apego al Estatuto de Contratación: Cuando una entidad estatal planea adelantar un contrato de obra bajo la modalidad de Selección abreviada de Menor cuantía, no es posible establecer como método de evaluación económica la media geométrica, dado que la plataforma no lo consideró para la citada modalidad y solo lo tiene establecido en la modalidad de Licitación. Esta situación compromete la

seguridad jurídica porque genera la pérdida de la autonomía de los comités estructuradores económicos en los procesos de contratación.

Otros casos: A continuación, se relacionan otros problemas operativos en el marco contractual cuando desde el formalismo se sigue con apego al Estatuto de Contratación y otras normas en relación:

- Cuando se declara un proceso desierto es necesario cancelar el mismo, y una vez cancelado no es posible la publicación de información necesaria para los proveedores o los veedores, situación que no permite dar aplicabilidad al principio de publicidad.
- La plataforma no está concebida para cambiar el estado del proceso de adjudicado a liquidado, situación que genera que se deba publicar por medio de mensaje, toda vez que el proceso contractual debe estar abierto hasta el vencimiento de los amparos establecidos en las pólizas que en ocasiones van entre periodos de dos hasta cinco años, para el caso de los contratos de obra, en la cual aplica el amparo de estabilidad de la obra.
- La plataforma no permite que se evidencie la fecha de la aprobación de las garantías, el cual es un requisito de perfeccionamiento del contrato, en consecuencia, no es posible determinar a ciencia cierta la fecha real del inicio del contrato.
- La mesa de ayuda, solamente entrega soluciones frente a la publicación o creación de los procesos contractuales de manera técnica, en muchas ocasiones no existe un soporte jurídico y en caso de tener alguna situación de este tipo, solamente se puede realizar generando un caso en PQRS para que el área encargada le dé solución y se toman los plazos máximos para responder, repuestas que se obtienen, en muchos casos, cuando el proceso ya ha culminado y esta extemporaneidad lleva a que no se aplique, puesto que, frente a los términos contractuales, los procesos se han adjudicado.
- La comunicación con la mesa de ayuda no se logra en tiempo real, puede tardar hasta dos horas para que contesten, situación que genera demoras para poder publicar.

- Desde la creación de la plataforma transaccional SECOP II ha presentado fallas, la cual permanece en constante mantenimiento, situación que preocupa a las entidades estatales frente a la custodia de la información.
- Las respuestas de las PQRS no permanecen en la plataforma, son borradas a criterio de Colombia Compra Eficiente, situación que no permite medir el grado de satisfacción de los usuarios frente a los casos presentados por los usuarios.
- Colombia compra eficiente no asume la responsabilidad que le asiste frente a las fallas continuas presentadas en las plataformas, tanto así que la circular única en el numeral 1.7 establece que el SECOP funciona todos los días de manera permanente, de igual manera endilga responsabilidad de las fallas a las entidades estatales y/o proveedores, dado que establece que los plazos o términos no se pueden interrumpir, así se enuncia en portal web de esta entidad.

2. Categorización de la información *e-procurement* según modalidad contractual

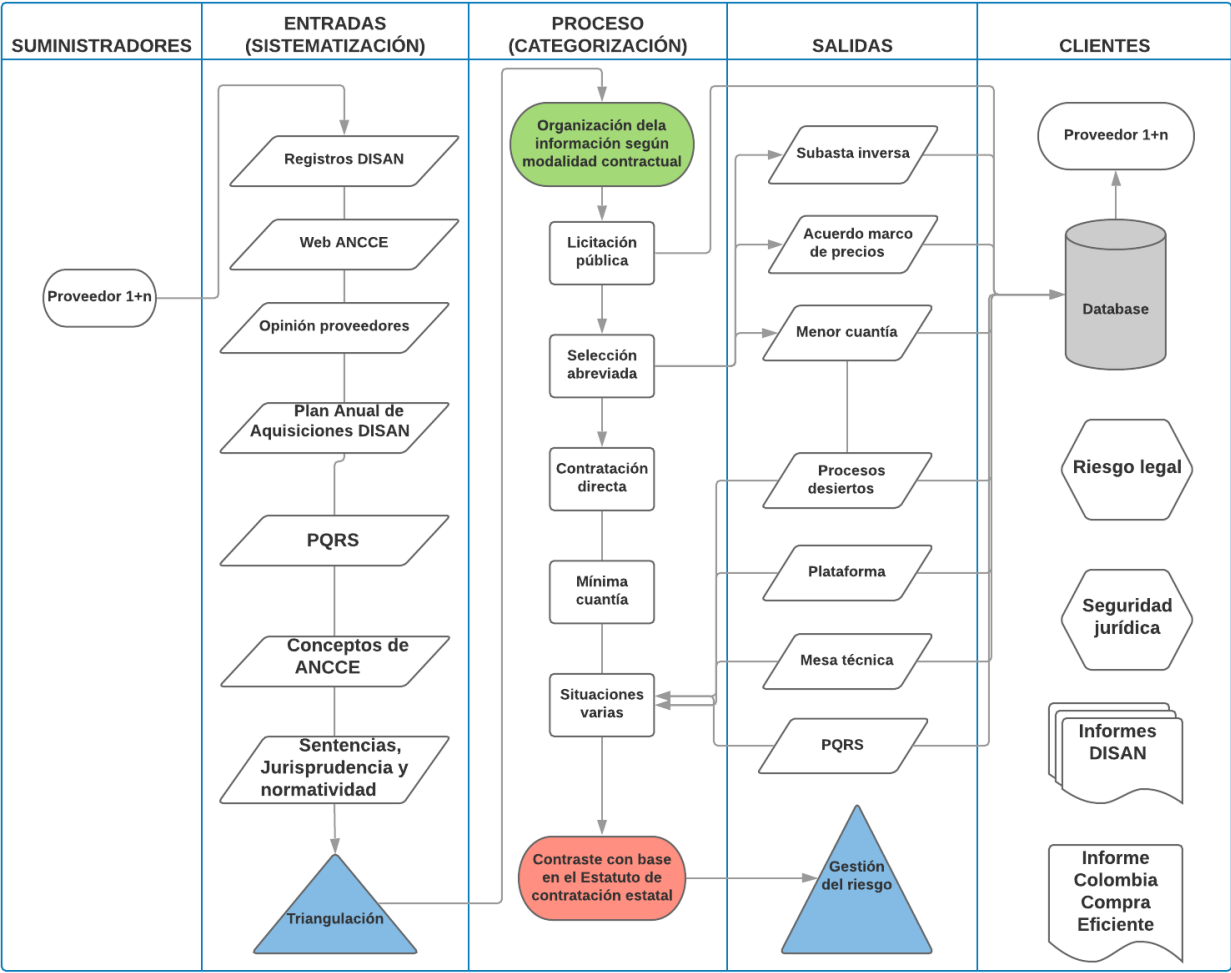
Siguiendo la metodología propuesta, en un *segundo* momento, se categorizó la información lograda en la fase anterior a partir de dos etapas diferenciadas, una de organización de la información según cada una de las modalidades contractuales y una segunda etapa donde se contrastó la información de cada modalidad con apego a lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal, esto con el fin de encontrar las posibles vulnerabilidades a los principios del *e-procurement*.

Finalmente, y para atender el *tercer* objetivo de la investigación, se creará una herramienta de seguimiento diseñada en hoja electrónica de datos, en la cual se listará en una columna todos y cada y uno de los principios del *e-procurement* de interés para este estudio; una segunda lista donde se numerarán los hallazgos encontrados vulnerados para cada principio. Este ejercicio da como resultado una tabla desde la cual puede generarse una gráfica de red que permitirá ver las distancias que toman los principios de su centro, el cual será incremental: cercano al valor más alto, será

interpretado como un principio crítico, que está generando impacto en la modalidad de que se trate, cercano a cero, significará que tiene equivalencia con los principios del Estatuto de Contratación colombiano.

El flujo de procesos a seguir para implementar la metodología de monitoreo del *e-procurement* es el representado en la Figura 1, el cual se surtirá por cada proveedor de bienes y servicios en las distintas modalidades de contratación.

Figura 1. Flujo de procesos que sigue el diseño metodológico.



Fuente: Elaboración propia.

Durante el proceso de salida se tendrá suficiencia de información analizada y contrastada con apego al Estatuto de Contratación para que pueda crearse una batería de indicadores basados en los principios del *e-procurement*, cada principio responderá a una definición autónoma e independiente de los otros principios, por tanto será sometido a un ejercicio hermenéutico para cada caso, los cuales deberán contarse y acumular su frecuencia en hoja electrónica, lo que permitirá conocer el número de casos que se presenta para cada modalidad contractual, como se muestra en la Tabla 1.

Tabla 1. Frecuencia de los principios del *e-procurement* vulnerados por modalidad contractual.

Principios <i>e-procurement</i>	Licitación pública	Selección abreviada			Contratación directa	Minima cuantía	Situaciones varias					
		Subasta inversa	Acuerdo marco de precios	Menor cuantía			Procesos desiertos	Plataforma	Mesa de ayuda	Técnica/tiempo	Jurídica/tiempo	PQRS
Equivalencia funcional												
Derecho preexistente	1	1	2	2	3	1	1	2	3	1	1	2
Neutralidad tecnológica												
Buena fe												
Libertad contractual	2	2	1	3	4	2	2	3	1	2	0	5
Equivalencia funcional		El valor jurídico de los mensajes de datos y la firma digital, son similares a los propios del documento escrito y la firma manuscrita.										
Derecho preexistente		La inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones y contratos.										
Neutralidad tecnológica		Observación de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico.										
Buena fe		Fidelidad y sinceridad en el cumplimiento de los acuerdos contractuales.										
Libertad contractual		Posibilidad real que tienen las partes para decidir el contenido mismo del contrato.										

Fuente: Elaboración propia.

3. Herramienta que valora y grafica el *e-procurement*

Los resultados anteriores sobre sistematización y categorización de la información se toman como insumos para generar una herramienta que valora y gráfica el *e-procurement* que permite hacer seguimiento y rendición de cuentas desde la Dirección de Salud Naval. La implementación de la herramienta metodológica permite atender clientes internos (dependencia de contratación de

DISAN) y clientes externos (proveedores, Colombia Compra Eficiente, Armada de Colombia y organismos de control), a quienes se remitirá los informes resultados del proceso. Ello implica que en el área de Contratación puedan ampliarse funciones en tres tipos de cargos: 1) Auxiliares de contratación, quienes asumirán tareas de sistematización para todo suministrador de bienes y servicios a DISAN que inicie procesos de contratación; 2) Abogados, a quienes se ampliará las funciones de categorización, salida de resultados del proceso e informes mensuales; 3) Jefe de Contratación, quien al finalizar el año consolidará la información, para ser entregados a los organismos que corresponda, entre los que cuenta Colombia Compra Eficiente. El proceso se surte así:

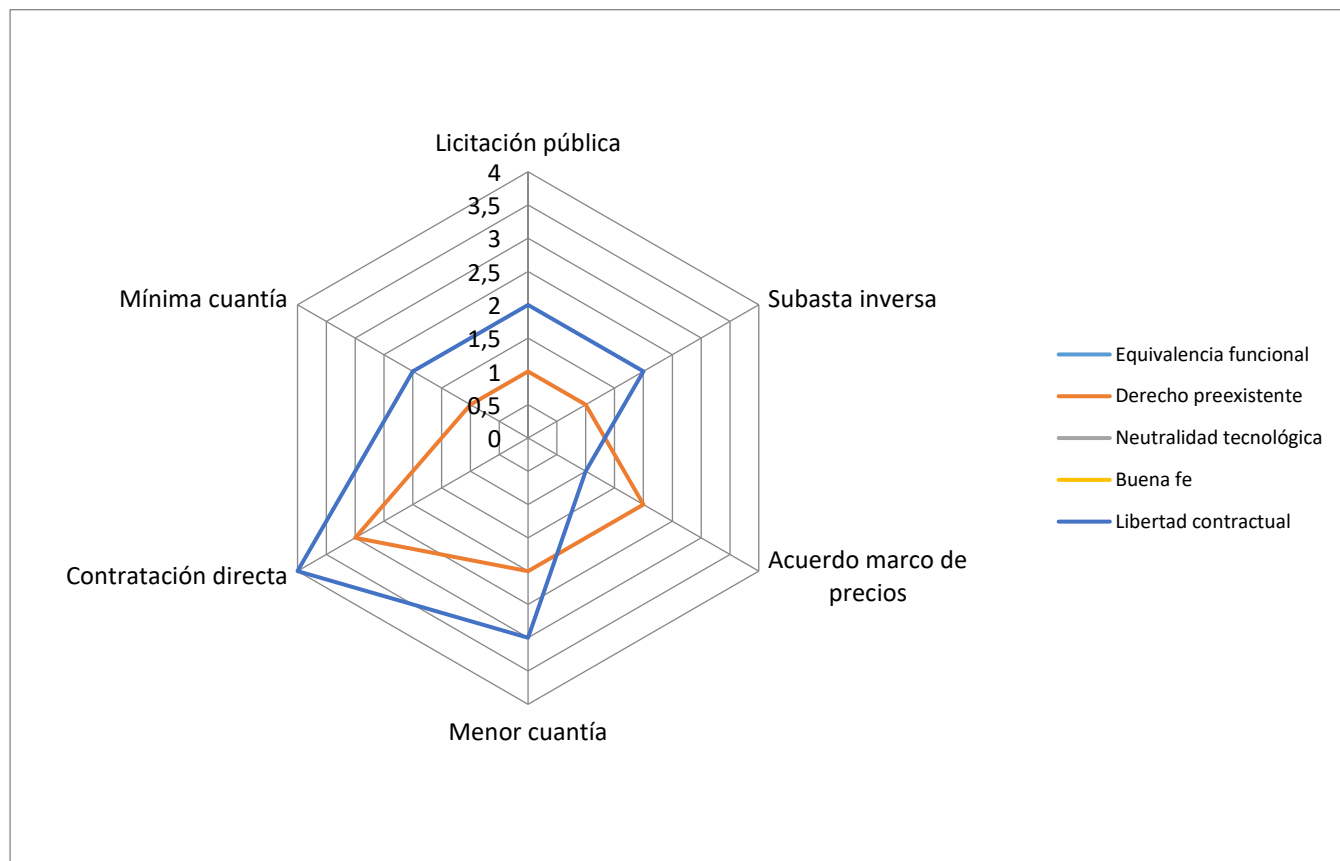
Tabla 2. Reportes mensuales y personas responsables.

Tipo de reportes/materia	Elaborado por	Dirigidos a	Frecuencia	Ajustes necesarios
Sistematización de casos donde se presenten dificultades para cumplir el Estatuto de contratación pública para las realidades de los <i>e-procurement</i> en sus distintas modalidades.	Asistentes contables	Abogados de la oficina de contratación de DISAN	Mensual	Abogados
Categorización de la información sistematizada según modalidad contractual e informes	Abogados de la oficina de contratación de DISAN	Jefe de Contratación	Mensual	Jefe de Contratación
Informes consolidados	Jefe de Contratación	Patrocinadores	Anual	Dirección de la DISAN Colombia Compra Eficiente Otros

Fuente: Elaboración propia.

Para efectos del presente estudio, se previó que los funcionarios antes anotados recuperaran la información del año 2018, a fin de obtener información de los contratos que puedan estar afectados en los principios del *e-procurement*, tal como se evidencia al realizar un ejercicio sobre una muestra de 6 contratos entre la DISAN y sus proveedores, los cuales evidenciaron una tendencia de incumplimiento de los principios libertad contractual y derecho preexistente para todas las modalidades contractuales como se muestra en la siguiente figura:

Figura 2. Modalidades contractuales afectadas en principios *e-procurement*.



Fuente: DISAN, cálculos propios.

Como se evidencia, esta es la herramienta que valora y grafica el *e-procurement* para hacer seguimiento y rendición de cuentas desde la Dirección de Salud Naval.

Conclusiones

En el marco del *e-procurement* se encuentra dificultad en la materialización de los principios que le rigen en materia de seguridad jurídica y los cuales están referidos a principios de equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, neutralidad tecnológica, buena fe y libertad contractual, de ahí que se encuentre soporte en Perilla (2020), cuando señala que “la contratación estatal colombiana materializaría en su máxima expresión el formalismo propio de la Constitución Nacional de 1886 (...) limitando la multiplicidad de fuentes para atender las exigencias de regulación de situaciones específicas y estableciendo sanciones a quienes se alejen de lo que expresamente dispone la ley positivamente considerada” (p. 2), desconociéndose que la realidad vivenciada en una sociedad le impone a los jueces que tomen en cuenta los principios o estándares normativos general sin apego irrestricto a reglas que obstaculizan los prescrito en la misma ley. Todo lo cual muestra la insuficiencia en la materialidad del del *e-procurement* del SECOP II para el contexto analizado.

En consecuencia frente al objetivo que buscó determinar si es suficiente desde la materialidad del *e-procurement* de SECOP II explicar la interpretación formalista del ordenamiento jurídico para el contexto de la DISAN de la ARC, se pudo comprobar a través de la evolución iusteórica en el marco de la contratación electrónica que es posible una interpretación de cómo el ordenamiento jurídico es enteramente formalista y apegado al Estatuto de Contratación y reglamentación afín; que la teoría anti formalista para el contexto de la DISAN no es aplicable, pero que la realidad pragmática deja en evidencia la asunción del antiformalismo a ultranza de lo normado; así mismo se pudo determinar la insuficiencia de la materialización del *e-procurement*.

Aun cuando se cuenta con una evolución iusteórica en el marco del *e-procurement*, se queda en el plano de lo normativo, por cuanto la interpretación de la norma contractual imponen rigideces en materia de cumplimiento contractual, incapaz de reinterpretar su papel para encontrar respuestas expeditas, que como en el caso de la DISAN, dada su misión en el campo de la salud, requieren de una iusteoría antiformalista para operar con sentido de oportunidad, marco que a partir de la Carta Política de 1991, es posible en Colombia.

La teoría antiformalista del *e-procurement* en relación con el contexto de DISAN de la ARC es una figura que se hace exigible, por lo que deberán adecuarse las plataformas frente a los problemas de tipo operativo con apego al Estatuto de Contratación para ofrecer seguridad jurídica. Poner de presente los obstáculos operativos al normal proceso de las distintas modalidades contractuales, es un imperativo de las entidades públicas, toda vez que permite contribuir a que Colombia Compra Eficiente logre el cumplimiento cabal de sus funciones, hasta alcanzar equiparar la contratación pública digital a los dispuesto en el Estatuto de Contratación Estatal.

Así mismo, respecto de la Ley 527 de 1999, puede concluirse que tuvo una incidencia significativa que coadyuvo en el desarrollo del *e-procurement* dando aplicabilidad al principio funcional de la documentación contractual de manera física como electrónica, así mismo, esta norma al ser de carácter probatoria redundó en su aplicación en las demás ramas del derecho y el Decreto 019 de 2012, avanzó en la inclusión del *e-procurement* determinando la verificación de los requisitos habilitantes en la etapa precontractual de los procesos, tales como el Registro Único de Proponentes, así, como el Certificado de Representación Legal de los posibles proveedores, avances cortos pero significativos que poco a poco dieron origen a la Creación de Colombia Compra Eficiente entidad del orden nacional, descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio, perteneciente al departamento Nacional de Planeación, la cual implementó el *e-procurement* evolucionando ampliamente con la inclusión de la Plataforma SECOP I, la plataforma transaccional SECOP II y la Tienda Virtual, las cuales tuvieron una mayor preponderancia. Así mismo el Gobierno Nacional incorporó el CONPES 3975 del 8 de noviembre de 2019, mediante el cual instauró la política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial, en virtud de la cual se proyecta avanzar día a día la inclusión de la transformación de las tecnologías conocida a nivel mundial como la cuarta revolución industrial -4RI-, y en materia contractual determinó la “*Línea de acción 6. Promover la innovación basada en TIC en el sector público*”, con el cual se plasman las acciones para la innovación teniendo en cuenta las consecuencias económicos y sociales que pueden surgir con la digitalización, la inclusión de las tecnologías digitales para adquirir los bienes y servicios que eventualmente puedan surgir con esta revolución industrial.

Referencias bibliográficas

- Agudelo, O. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Barquín, M. (2017). *Derecho-e: Comercio electrónico y contratación electrónica*. (Tesis de maestría). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31889/TFM%20Definitivo.pdf?sequence=1>.
- Bohorquez, F., & Rojas, G. (2013). *Procesos creativos en investigación cualitativa II*. España: Instituto Internacinal del Saber.
- Colombia Compra Eficiente. (2017). *Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-*. Bogotá, Colombia: Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/secop/secop-i>.
- Colombia Compra Eficiente. (2018). *Plan Estratégico 2017-2020*. Bogotá, Colombia: Agencia Nacional de Contratación Pública. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_col_cce_anex3.pdf.
- Colombia Compra Eficiente. (2018). *Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP II-*. Bogotá, Colombia: Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/node/22829>.
- Colombia Compra Eficiente. (2019). *¿Qué es la tienda virtual?* Bogotá, Colombia: Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/node/516>.
- Colombia Compra Eficiente. (2019). *Sala de prensa: A partir del 11 de marzo los procesos bajo la modalidad de contratación directa o procesos de régimen especial deben publicarse a través del SECOP I*. Bogotá, Colombia: Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/partir-del-11-de-marzo-los-procesos-bajo-la-modalidad-de-contratacion>.
- Deborah, V. (2013). El comercio electrónico, la contratación internacional y la determinación de la ley aplicable. Aplicación del derecho internacional privado, la armonización legislativa y el análisis económico del derecho. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año I, N° 2, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, pp. 55-83. Recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2378>.
- Decreto 4170. (3 de noviembre de 2011). *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 48242 de noviembre 3 de 2011.
- Deloitte. (2018). *Manual de Políticas de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*. Bogotá, Colombia: Deloitte Touche Tohmatsu Limited. Recuperado de

- https://www.google.com/search?q=Deloitte&rlz=1C1SAVI_enCO845CO845&oq=Deloitte&aqs=chrome..69i57j0l4j69i60.4570j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8.
- DISAN. (2019). *La entidad*. Bogotá, Colombia: Dirección de Sanidad Naval (DISAN), Armada Nacional de Colombia. Recuperado de <https://www.sanidadfuerzasmilitares.mil.co/index.php?idcategoria=2131142>.
- Durán, R., Reyes, L., & Delgado, M. (2017). *Características del sistema de contratación estatal en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Gómez, V. (2004). *Realidad jurídica del comercio electrónico en Colombia*. (Tesis de grado), Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2060.pdf>.
- Hernández, M. (1991). Estudios en torno a la tutela de los consumidores. *Revista de Derecho Privado* No. 6., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jiménez, E., & Roca, M. (2017). *Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe*. Washington D. C., Estados Unidos: Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Innovaci%C3%B3n-en-los-m%C3%A9todos-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Casos-de-estudio.pdf>.
- Ley 1150. (2007). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 46.691 la Ley 1150 de 2007.
- Ley 80. (1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.
- Mahler, T. (2009). Una definición de riesgo legal. *Revista Foro Derecho Mercantil*, número 22, ene.-mar, pp. 79-113, Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a8010404ce0430a010151404c.
- OECD. (2017). *Contratación pública*. París, Francia: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Recuperado de <http://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.
- OMC. (2019). *La OMC y la contratación pública*. Ginebra, Suiza: Organización Mundial del Comercio. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.
- Perilla, J. (2017). La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, volumen 17, número 33, pp. 17-38. DOI: <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.911>.

- Perilla, J. (2020). *Introducción (material inédito)*. Bogotá: Notas de clase.
- Pinzón, J., & Bermúdez, H. (2018). *La función de cumplimiento y el riesgo legal: ¿Es adecuado y eficaz el modelo colombiano?* Bogotá, Colombia: Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/ensayos/riesgolegal.ppt>.
- Ramírez, L. (2002). *Desafíos Jurídicos del Comercio Electrónico*. (Tesis de maestría). San José de Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia. Recuperado de <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1322/1/Desafios%20juridicos%20del%20comercio%20electronico.pdf>.
- Romero, J. (2010). Los tribunales administrativos en la materia de contratación pública. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 123, pp. 99-124. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13512/12781/>.
- Sierra, G. (2018). *Análisis a la operatividad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP II), como herramienta tecnológica para publicar la información contractual del Fondo Rotatorio de la Policía*. (Tesis de grado). Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17737/GiovanniMesaSierra2018.pdf;jsessionid=48E1CC9FDB7C79201ABE9C8953B8D5AA?sequence=5>.
- Stake, R. (2005). *Investigación con estudio de casos*. Madrid, España: Morata.
- Terblanché, J. (2013). *Legal risk and compliance risk in the banking industry in South Africa*. Potchefstroom, Sudáfrica: North-West University. Recuperado de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1024.5377&rep=rep1&type=pdf>.
- Torres, A. (2010). Principios de la contratación electrónica. *Revista Principia Iuris* No. 13, 1, pp. 15 - 32. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/download/366/542>.
- UIS, UNAB y UPB. (2012). *La investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Informes de investigación 2011*. Bucaramanga, Colombia: División de Publicaciones UIS.
- Vallejo, G. (2016). La etapa contractual en los negocios de la Administración. Un estudio de las figuras jurídicas reguladas por el Estatuto General de Contratación. En Cubides, J., Pinilla, J.E., Torres, J., & Vallejo, G., *Derecho público en el siglo XXI : regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (pág. 136). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/derecho-publico-en-el-siglo-xxi/pubData/source/derecho-publico-siglo-xxi.pdf>.
- Veeduría Distrital. (2018). *Diagnóstico de seguimiento a la implementación de la plataforma SECOP en el distrito capital*. Bogotá, Colombia: Recuperado de <http://veeduriadistrital.gov.co>.

- Vega, J. (2017). Formalismo y antiformalismo en El imperio de la ley de F. Laporta. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 253-258. Publicación de la Universidad de Alicante.
- Zuleta, M., Saavedra, V., & Medellín, J. (2017). *Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción*. Bogotá, Colombia: Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo). Recuperado de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3544/Zuleta%20et%20al_Compras%20p%C3%ABlicas.pdf?sequence=6&isAllowed=y.