

Ley de garantías electorales, un desafío para la contratación pública electrónica en Colombia¹

Electoral Guarantees Law, a Challenge for Electronic Public Procurement in Colombia

Johana Marcela Orjuela Ortiz²

Universidad Santo Tomás

Resumen: El flagelo de la corrupción en Colombia se ha convertido en el originador de normatividades cuya finalidad es blindar la actividad contractual impregnada por esta enfermedad. Es así que normas como la Ley 996 de 2005 denominada “Ley de garantías electorales”, y políticas estatales como la contratación pública electrónica materializada actualmente en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), fueron dispuestas por el legislador como derroteros de transparencia y legalidad para la gestión contractual.

Sin embargo, y a partir de lo acaecido en el año 2022 al generarse una coyuntura en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP II *ad portas* de la entrada en vigencia de la Ley de garantías para la realización de los comicios electorales presidenciales, se hizo necesario indagar cuáles fueron los efectos causados para la contratación pública electrónica por dicho colapso. De esto se concluyó que se hace necesario realizar por parte del Gobierno Nacional una revisión de la eficacia de la Ley 996 de 2005, en especial en lo concerniente a la prohibición establecida en el artículo 33, toda vez que, esta investigación que se basó en el análisis de las fuentes primarias del marco normativo de la señalada Ley y de la contratación pública electrónica, de las fuentes secundaria de la jurisprudencia y doctrina, así como del análisis de datos bajo la estructura de comparación con una muestra de entidades estatales del orden nacional y territorial, demostró el alto impacto que

1. Artículo producto del proyecto de investigación titulado “Ley de garantías electorales, un desafío para la contratación pública electrónica en Colombia” de la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

2. Abogada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal, candidata a Magister en la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín. email: johanaorjuela@hotmail.com.

esta prohibición impone a la contratación pública electrónica, en especial en la transaccionalidad del contrato electrónico.

Palabras clave: contratación pública electrónica; SECOP II; transaccional; contrato estatal electrónico; corrupción; contratación directa; ley de garantías electorales.

Abstract: The scourge of corruption in Colombia has become the originator of regulations whose purpose is to shield contractual activity impregnated by this disease; thus, laws such as Law 996 of 2005 called the Law of Electoral Guarantees, and state policies such as electronic public Procurement currently materialized in the Public Procurement Electronic System (SECOP by is Spanish acronym), were established by the legislator as paths of transparency and legality for contractual management.

However, based on the events that occurred in 2022, when a situation arose in the Electronic Public Procurement System (SECOP II by its Spanish acronym) due to the guarantees Law entry into force for holding the presidential elections, it became necessary to investigate the effects caused on electronic public procurement by that collapse. From this, it was concluded that the National Government must review the effectiveness of 2005 Law 996, especially regarding the prohibition established in Article 33 since this investigation was based on the analysis of the primary sources like the regulatory framework of 2005 Law 996 and the electronic public procurement; also from secondary sources of jurisprudence and doctrine, as well as data analysis by the comparison structure under a sample of state entities of the national and territorial order, demonstrated the high impact that this prohibition imposes on electronic public procurement, especially on the electronic contract transactionality.

Keywords: Public e-procurement; SECOP II; transactional; state electronic contract; corruption; direct contracting; electoral guarantees law.

Introducción

La contratación estatal ha presentado grandes avances como la puesta en marcha de la plataforma SECOP II como materialización del *public e-procurement* en Colombia,

demostrando vanguardia y modernización de la política pública contractual; sin embargo, a pesar de estos adelantos también se encuentran grandes desafíos, especialmente frente a medidas de restricción a la contratación como las fijadas en la Ley 996 de 2005 o también conocida como “Ley de garantías electorales”.

Así las cosas, existe en Colombia una prohibición taxativa para la suscripción de contratos mediante la modalidad de contratación directa, demandado que las entidades del Estado no puedan suscribir contratos dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta su segunda vuelta, si la hubiere, tal como lo dispone el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 introdujo a la contratación pública en Colombia, la contratación electrónica, estableciéndose en dicho articulado la creación, por parte del Gobierno Nacional del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP.

Dicho sistema administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en adelante ANCP-CCE, fue en principio una plataforma de mera publicación de la actuación contractual de las entidades, hecho que cambió en el año 2015, cuando se lanzó el SECOP II, convirtiendo este sistema en una plataforma transaccional la cual permite a los compradores y proveedores realizar el proceso de contratación en línea, naciendo con esto el contrato público electrónico.

Por otro lado, mediante la Resolución 4371 del 18 de mayo de 2021, la Registraduría Nacional del Estado Civil, fijó el calendario electoral para las elecciones presidenciales correspondiente al periodo constitucional 2022-2026, en el cual se fijó como día de la elección el 29 de mayo de 2022. Por esta razón, la Ley de Garantías electorales iniciaba su vigor el 29 de enero de 2022 a las 12:01 am, momento en que quedaba prohibida la suscripción de contratos de manera directa por parte de las entidades estatales.

El día 25 de enero de 2022³, la ANCP-CCE, emitió un aviso informando sobre una coyuntura en el SECOP II en el marco de la entrada en vigencia de la Ley de garantías

3. Coyuntura de la plataforma SECOP en el marco de la ley de garantías. Para más información se puede consultar: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/coyuntura-de-la-plataforma-secop-en-el-marco-de-la-ley-de-garantias>

electorales, precisando que, debido al alto flujo de transacciones realizadas en la plataforma, esta se encontraba con fallas en su funcionamiento.

Debido al colapso y falla generalizada presentada en dicha plataforma, las entidades del Estado obligadas a ejecutar la actividad contractual en la plataforma SECOP II fueron impactadas operacional y jurídicamente para la suscripción de los contratos electrónicos, antes del inicio de la prohibición legal dispuesta en la Ley 996 de 2005, generándose contratiempos para los operadores contractuales.

Por consiguiente, el presente artículo genera elementos técnicos y jurídicos para examinar de fondo la situación presentada, resolviendo la pregunta de investigación: ¿Cuáles fueron los efectos causados a la contratación pública por el colapso del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP II, en el marco de la contingencia ocasionada por la entrada en vigencia de la Ley de garantías electorales para los comicios presidenciales del año 2022?

Metodología

El artículo se desarrolló en tres niveles, el *exploratorio*, teniendo en cuenta que se indagó y exploró el impacto de la prohibición del artículo 33 de la Ley 995 de 2005 en la contratación pública electrónica en Colombia, tema que ha sido desarrollado por diferentes autores de manera aislada y, por lo tanto, no se contaba con un estudio que encuadrara los dos tópicos de la investigación. Por lo tanto, se exploró a partir de lo sucedido en la vigencia 2022 los efectos que recurre la Ley de garantías a la contratación pública electrónica en Colombia como un fenómeno jurídico. El segundo nivel *descriptivo* surgió a partir de la exploración de datos y permitió el análisis de la situación identificando los elementos y características del problema de investigación. Por último, en el nivel *explicativo* se determinaron las consecuencias e impactos que tiene la Ley de garantías a la contratación pública electrónica en Colombia.

Para lograr cumplir con el objetivo general y los objetivos específicos, se aplicó una metodología con un enfoque cualitativo, en la cual se realizó el estudio de normas, jurisprudencia y doctrina que existen en torno al tema, así como se consultó en la base de datos del SECOP II el número de contratos suscritos mediante la modalidad

de contratación directa en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2022 hasta el día 29 de enero de 2022, momento en que quedaba prohibida la suscripción de contratos de manera directa por parte de las entidades estatales *versus* el mismo periodo en el año inmediatamente anterior como año no electoral presidencial, identificando el número de contratos suscritos en el periodo con “Ley de garantías” y sin “Ley de garantías”.

La población objetivo de estudio correspondió a cuatro entidades estatales sometidas al Estatuto General para la Contratación Pública del orden Nacional y cuatro entidades estatales del orden territorial comprendidas en dos gobernaciones y dos alcaldías. Bajo esta población, se identificó una muestra de contratos, los cuales se celebraron electrónicamente en el SECOP II en el año 2022 bajo la prohibición consagrada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Así las cosas, para el desarrollo del presente artículo se abordarán los siguientes temas: 1) Eficacia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, 2) Conveniencia de la Contratación Electrónica en Colombia y, 3) Coyuntura en la suscripción de contratos públicos en la plataforma SECOP II. Medidas de contingencia.

Eficacia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005

La Ley 996 de 2005 “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones” también denominada Ley de garantía electorales, definió el marco legal mediante el cual se debe efectuar el debate electoral en Colombia.

Cañón, Grautof & De León Beltrán (2022) establecen que dicha ley fue creada con el fin de minimizar riesgos por parte del gobernante de turno en el manejo de recursos en el ámbito de la contratación. Reyes (2016) destaca que esta norma estipula una serie de prohibiciones en aras de generar igualdad y pluralidad en el proceso democrático electoral, señalando que no solo está creada para generar limitantes en temas de contratación pública, sino en diversos puntos como la financiación de campañas electorales (capítulo III y IV), medios de comunicación (capítulo V y VI), uso de infraestructura y de bienes de uso público (capítulo VII).

Para examinar la eficacia de la Ley 996 de 2005 es necesario establecer el contexto histórico en el que nació esta, ya que fue promulgada en el año 2005 como norma reglamentaria y complementaria a la reelección presidencial, figura instituida mediante el Acto Legislativo 02 de 2004, el cual modificó la Constitución en lo relativo a la elección del Presidente de la República. Así pues, mediante esta figura el presidente en época electoral jugaba como máxima autoridad del Estado y también como candidato electoral (Presidente – candidato), lo que generaba un supra poder dentro de la campaña electoral, lo que exigió la introducción en el ordenamiento jurídico de un mecanismo de control para la figura de la reelección presidencial el cual diera orden y equilibrio dentro del proceso electoral, siendo este la Ley de garantías electorales.

No obstante, en el año 2015 el Congreso de la República aprobó una contrarreforma al artículo 197 de la Constitución Política, para lo cual mediante el Acto Legislativo No. 02 del 1º de julio de 2015, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, eliminó la posibilidad de la reelección presidencial; sin embargo, la Ley de garantías, no siguió la suerte de lo principal, es decir continuo su vigencia. Por esto, Reyes (2016) desde la perspectiva histórica, enmarca a la Ley 996 de 2005 como una disposición *sui generis* en el sentido que dicha ley a la fecha continua vigente pero su norma de origen a la fecha se encuentra eliminada del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la comunidad académica abrió el debate sobre la inconstitucionalidad de la validez jurídica que ostenta la Ley 996 de 2005 al perder su piso legal al ser derogada la figura de la reelección presidencial, para lo cual en posición de Baquero (2019):

Se debe predicar de la Ley 996 de 2005 una inconstitucionalidad sobreviniente o derogatoria tácita por la falta de conformidad a derecho, es decir, la norma dejó de ser compatible con la estipulación constitucional que determinaba su contenido y por ese motivo, como consecuencia de dicha regulación sobrevinida, perdió su vigencia. (p. 251)

No obstante, es dable destacar lo señalado por el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil frente a la finalidad de la Ley 996 de

2005, al identificar como objetivos de esta:

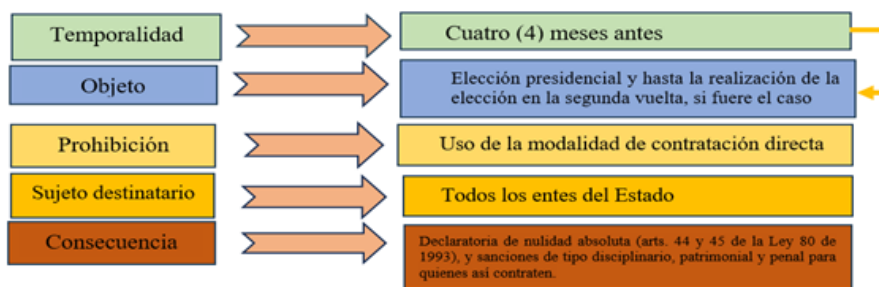
a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, d) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador y, f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales. (Consejo de Estado, Concepto 00205, 2018)

De los anterior se obtiene que dicha norma es un intento de continuar con una lucha que ha instaurado el Gobierno Nacional contra el fenómeno de la corrupción, el cual ha advertido el advenimiento y vigencia de este tipo de reglamentaciones, hecho plausible mas no eficaz, toda vez que como se resume en la exposición de motivos del Proyecto de Ley número 419 de 2021 Senado, luego de realizar un análisis de investigaciones y estudios relativos al tema “La práctica ha demostrado que, desde su vigencia, la ley 996 no ha incidido en los vergonzosos indicadores nacionales de corrupción, pero sí en la gestión financiera y administrativa de las entidades obligadas a acatar las restricciones” (Gaceta del Congreso No. 233, del 7 de abril de 2021, p. 5).

Por consiguiente, se puede afirmar que desde un ámbito histórico, temporal y constitucional, al encontrarse actualmente eliminado el marco legal de la Ley 996 de 2005, se genera la pérdida de fuerza en el ordenamiento jurídico perdiendo así su eficacia. A pesar de lo anterior, y sin desconocer las diversas solicitudes que se han presentado ante el Congreso para su derogatoria (Gaceta del Congreso 2021, p. 4) dicha ley continúa surtiendo efectos.

En esa misma línea, el artículo 33 de la Ley de garantías electorales (Ley 996, 2005, art. 33) contenido en el capítulo VII “Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”, estipula una prohibición taxativa, orgánica y temporal para la suscripción de contratos mediante la modalidad de contratación directa, en el cual se identifican las siguientes características (Figura 1).

Figura 1. Características de la Ley 996, 2005, art.33



Nota. La Figura muestra las características del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Fuente: (Ley 996, 2005, art.33). Elaborada por: Orjuela (2023)

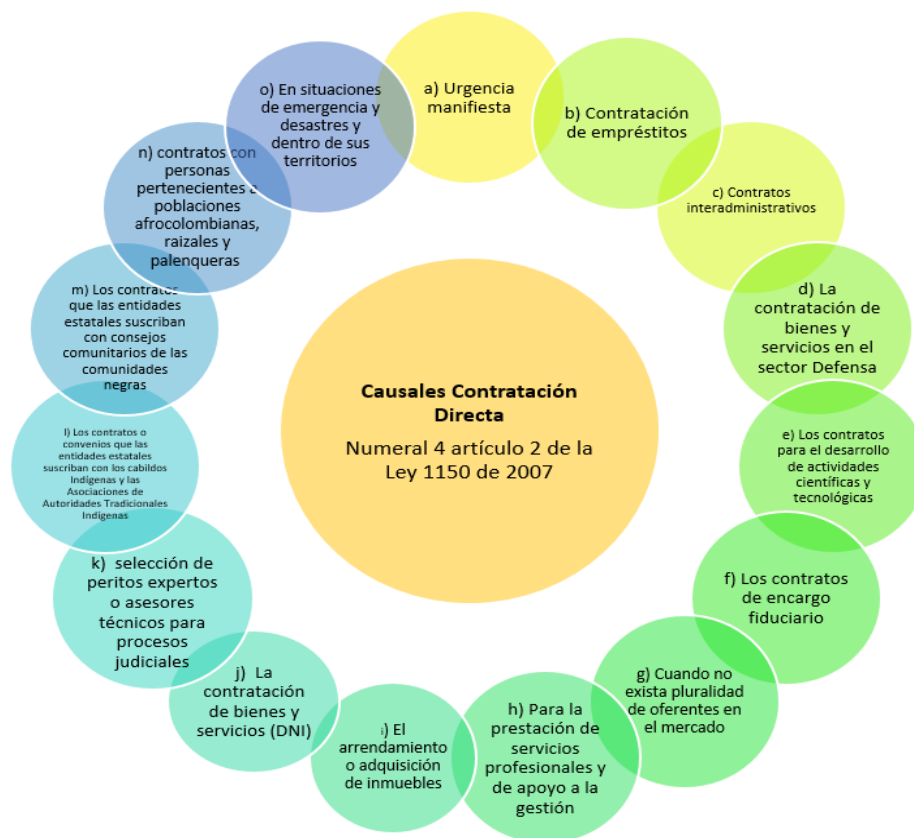
En efecto se desprende la necesidad de analizar dos características, las cuales generan un punto de complejión en la eficacia de este articulado, siendo estas, la modalidad de contratación prohibida y la temporalidad, las cuales conforme al resultado obtenido luego del levantamiento de la información en la base de datos SECOP II, y del análisis de las fuentes recolectadas, establecieron un loable impacto en la gestión administrativa y financiera de las entidades, detonando la configuración de riesgos contractuales.

Así, la modalidad prohibida en dicho artículo corresponde a la contratación directa definida por el Consejo de Estado para efectos de la Ley de Garantías Electorales como “cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes” (Consejo de Estado, Concepto 00095 de 2018). Para lo cual se advierte en ese mismo concepto, que la prohibición es aplicable tanto a la suscripción del contrato, como al proceso en sí mismo, por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción las entidades del Estado deben abstenerse de iniciar o continuar dicho proceso de selección, así como suscribir los contratos originados de este.

La modalidad de contratación directa, la cual permite que las entidades, de manera excepcional celebren contratos sin necesidad de llevar a cabo una convocatoria pública, se encuentra consagrada en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en donde se señalan quince causales taxativas para su aplicación, como se

presenta en la Figura 2.

Figura 2. Causales de la modalidad de contratación directa (Ley 1150, 2007, numeral 4 art. 2)



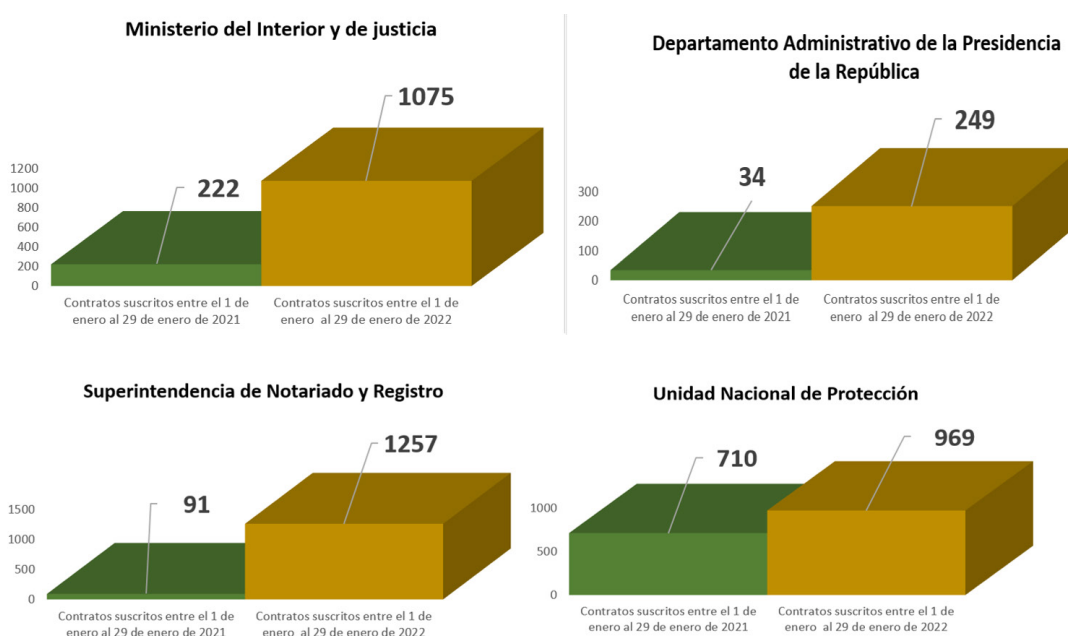
Nota. La Figura muestra las causales para la aplicación de la modalidad de la contratación directa. Fuente: Ley 1150, 2007, numeral 4 art. 2. Elaborada por: Orjuela (2023)

Si bien esta modalidad se encuentra regulada legalmente y es de uso excepcional para la administración pública, Cajamarca, Contreras, Mancera & Pabón (2021) destacan la normalización del uso de las excepciones para la suscripción de contratos directamente, lo cual permite el aumento de actividades de corrupción convirtiéndose en un gran inconveniente para la contratación pública.

Este problema se acrecienta en época electoral ante la entrada en vigencia de la Ley de garantías electorales, toda vez que se ha demostrado a través de análisis y estudios, el aumento excesivo y descomunal del número de contratos suscritos bajo la modalidad de contratación directa días antes de la entrada de la vigencia de dicha ley, en especial el uso de la causal para la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión (literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007).

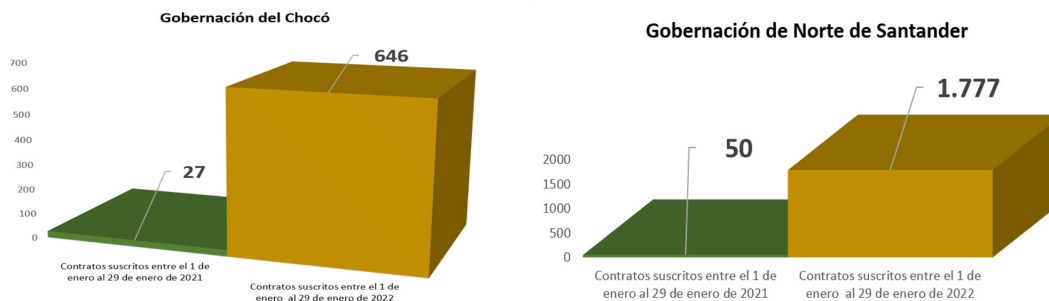
A continuación, se presentan los resultados del levantamiento de información de los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por medio de la modalidad de contratación directa, en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2022 hasta el día 29 de enero de 2022 frente al mismo periodo en el año 2021 (Figuras 3, 4 y 5).

Figura 3. Contratos electrónicos suscritos por entidades del orden nacional



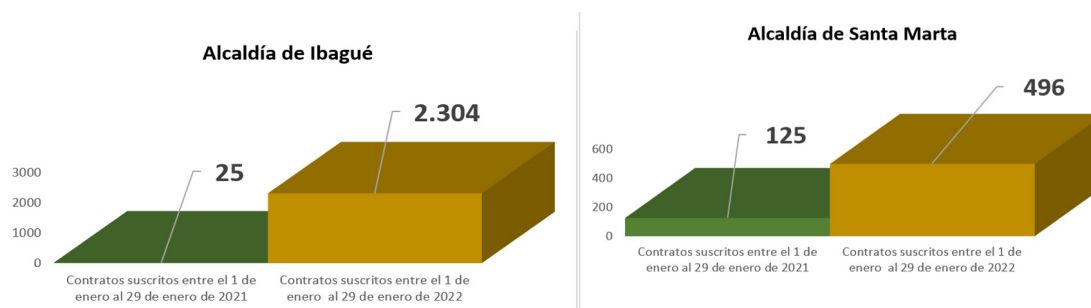
Nota. La Figura muestra los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por las entidades del orden nacional por medio de la modalidad de contratación directa, en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2022 hasta el día 29 de enero de 2022 frente al mismo periodo en el año 2021. Fuente: base de datos de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos Colombia. Elaborada por: Orjuela (2023).

Figura 4. *Contratos electrónicos suscritos por entidades del orden territorial (gobernaciones)*



Nota. La Figura muestra los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por las entidades del orden territorial (gobernaciones) por medio de la modalidad de contratación directa, en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2022 hasta el día 29 de enero de 2022 frente al mismo periodo en el año 2021. Fuente: base de datos de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos Colombia. Elaborada por: Orjuela (2023).

Figura 5. *Contratos electrónicos suscritos por entidades del orden territorial (alcaldías)*



Nota. La Figura muestra los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por las entidades del orden territorial (alcaldías) por medio de la modalidad de contratación directa, en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2022 hasta el día 29 de enero de 2022 frente al mismo periodo en el año 2021. Fuente: base de datos de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos Colombia. Elaborado por: Orjuela (2023).

Lo anterior, demuestra la excesiva suscripción de contratos bajo el uso de la modalidad de contratación directa en año electoral y, en especial, el desmesurado uso de la causal establecida en el literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, contratación para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, concibiendo un fenómeno de “avalancha” de contratos, lo que impacta de manera riesgosa la gestión financiera y administrativa de las entidades. Esto resta eficiencia a una norma que si bien está llamada a “asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas” (Consejo de Estado, Concepto 00205, 2018, p. 6) lo que se está presentado es un acondicionamiento de la norma, tal como lo explican Cañón, Grautof & De León Beltrán (2022) al indicar que se podría estar presentando un fenómeno del marco teórico “maligno-estratégico”, es decir que los actores políticos con poder de decisión, gobernadores y/o alcaldes u ordenadores del gasto, estén manejando una situación de legalidad de aplicabilidad de la Ley de garantías en el orden en que su conducta se ajuste a cumplir la norma pero maximizando o acelerando la contratación pública, es decir minimizando el riesgo de investigaciones disciplinarias, penales o fiscales, dando un orden de cumplimiento de forma a la norma más no el cumplimiento a la norma para lo cual fue creada.

De otra parte, y continuando con el examen de eficacia del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se desprende la característica de temporalidad que ostenta la prohibición, en el sentido que el Decreto-Ley 2241 de 1986, “Por el cual se adopta el Código Electoral”. En su artículo 207, estableció que “Las elecciones para integrar corporaciones públicas se realizarán el segundo domingo de marzo del respectivo año y **las de Presidente de la República el último domingo del mes de mayo siguiente**” (Negrita fuera de texto).

Este punto es de vital convergencia para la prohibición bajo examen, toda vez que la restricción del uso de la modalidad de contratación directa, se encuentra enmarcada en una condición temporal la cual refiere que ninguna entidad del Estado podrá contratar directamente dentro de los cuatro meses antes de la celebración de la elección presidencial primera vuelta, o hasta la realización de la segunda vuelta, si se fuere el caso.

Por lo anterior el Registrador Nacional del Estado Civil en pro de “Organizar y vigilar el proceso electoral” (Decreto-Ley 2241, 1986, numeral 2, art. 26), establece

mediante Resolución el calendario electoral, el cual contiene las actividades y etapas preclusivas en las cuales se debe desarrollar el proceso electoral, fijando la fecha de celebración de las elecciones presidenciales, de allí se genera la pauta cronométrica en Colombia para el desarrollo de dichos comicios y, por ende, denota el punto de partida para la entrada en vigencia de la prohibición establecida en la Ley de garantías electorales, esto es el mes de enero del año de la elección.

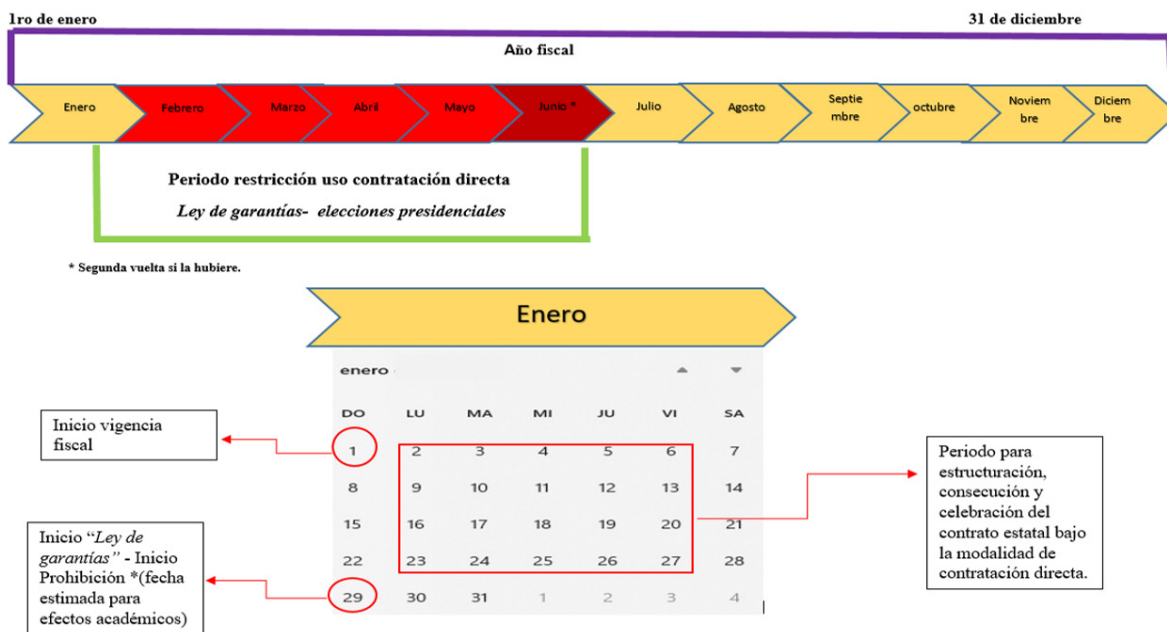
Este punto cronológico del año es de gran importancia, en atención que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Presupuesto, establece el principio de anualidad, como:

El año fiscal comienza el 1.º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción. (Decreto-Ley 111, 1996, art. 14).

Es así que, en el orden presupuestal, las entidades sometidas al régimen de contratación estatal reciben la apropiación presupuestal para la vigencia a partir del primero de enero de cada año, hecho que se traduce en que en dicho mes las entidades públicas en el precepto contractual inician de manera formal a realizar la planeación presupuestal y contractual.

Debido a esto, antes del inicio de la “Ley de garantías” las entidades deben realizar todos los trámites y los procedimientos de orden administrativo, técnico y jurídico necesarios para la consecución en debida forma del contrato, estos son entre otros, las asignaciones internas de las apropiaciones establecidas en el Decreto de liquidación emitido por el Gobierno Nacional (Decreto 412, 2018, art.7), la estructuración, aprobación y publicación del Plan Anual de Adquisiciones, la estructuración de los documentos y estudios previos, y demás trámites precontractuales y contractuales para el perfeccionamiento del contrato, lo cual cómo se logra observar en la siguiente línea del tiempo, las entidades públicas ostentan un periodo estimado de veinte días hábiles para la consecución de estos trámites.

Figura 6. Característica de temporalidad de la restricción



Nota. la Figura muestra la línea de tiempo de restricción por parte de las entidades del uso de la modalidad de contratación directa como característica de temporalidad de la prohibición establecida (Ley 996,2055, art. 33). Elaborada por: Orjuela (2023).

Lo anterior demuestra el poco tiempo con el que cuentan las entidades para la correcta consecución del contrato derivado del uso de la modalidad de contratación directa, lo que podría impactar de manera riesgosa en la estructuración de estos, manifestándose en una posible vulneración al principio de planeación, el cual al no advertirse en la celebración del contrato acarrea implicaciones trascendentales, como la potencial configuración de una nulidad del contrato cuando este adolece de objeto ilícito (Consejo de Estado, Sentencia 51489/2015).

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado al indicar, que:

Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. La ausencia

de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. (Consejo de Estado, Sentencia 27315/2013, p. 9)

Lo anterior destaca efectos perjudiciales no solo en la debida gestión administrativa del presupuesto asignado a cada una de las entidades, sino además en las posibles transgresiones a principios de transparencia y planeación, el cual como lo señaló el Consejo de Estado (Sentencia 51489/2015), se podrá estar ante gravosas consecuencias jurídicas si se llegase a configurar su inobservancia.

Conveniencia de la Contratación Electrónica en Colombia El Contrato Público Electrónico

En este acápite se revisará el contrato público electrónico; para ello se tienen diferentes disposiciones que tratan a profundidad el tema, partiendo 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”, la cual introdujo en Colombia la definición y alcances jurídicos de “**mensajes de datos**” y “**sistema de información**” como columna vertebral del contrato electrónico, disponiendo además las condiciones de su validez jurídica. Es así que conforme lo establece la referida Ley en su artículo 2º, **el mensaje de datos** se define como “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” asimismo, se entiende el sistema de información como “todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos” (Ley 527, 1999, art. 2). A partir de estas dos definiciones, se podría definir el contrato electrónico como el recibo entre las partes contractuales de la oferta y su aceptación mediante un *mensaje de datos* en un *sistema de información*, otorgándole implícitamente la ley la validez jurídica al determinar que “En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse

hecho en forma de mensaje de datos” (Ley 527, 1999, art. 15).

En principio, esta ley fue exclusivamente desarrollada y ejecutada por el ámbito mercantil, toda vez que en su parte general disponía como objetivo el “comercio electrónico”, lo que determinó el marco legal para la celebración de los contratos de forma electrónica entre partes privadas. La referida ley demostró efectividad y eficacia para el orden comercial privado generando la mejora de la actividad mercantil en el país, de modo que, con los buenos resultados del contrato bajo el uso de los medios electrónicos, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-831 de 2001 examinó la conveniencia en materia judicial y administrativa, cuyo resultado concibió en la modificación del nombre del capítulo I de la Ley 527 de 1999, eliminando “comercio electrónico” y modificándola a “disposiciones generales”, de ahí que se ampliara el ámbito de aplicación del uso del mensaje de datos y los medios electrónicos al ámbito público y administrativo, así:

Como se desprende de esta extensa cita, la Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, aun cuando sus orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil.

En consecuencia, contrariamente a lo señalado por los intervinientes representantes de los Ministerios de Justicia y de Desarrollo, ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia. Dicha disposición señaló en efecto que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Es decir que bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia (Corte Constitucional, Sentencia C-831 2001).

La anterior consideración fue concluyente al disponer a la Ley 527 de 1999 como una norma general y no exclusiva para las transacciones de orden mercantil, tal y como se entendía antes de esta modificación, trasladando también al orden judicial y administrativo la potestad del uso de los mensajes de datos a través de medios electrónicos, ratificando además la validez y eficacia que gozan dichas transacciones, convirtiendo esta sentencia el punto de iniciación para la inclusión por parte del legislador del uso de los medios electrónicos en materia de contratación estatal.

De este modo, la contratación pública electrónica en Colombia emerge legalmente a partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, al establecer lo siguiente.

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

En consecuencia, el legislador mediante dicho articulado incorporó en el ámbito público la condición de usar los mensajes de datos por medios o sistemas electrónicos para efectos de la concreción de la actividad contractual, emergiendo en Colombia con toda fuerza la aplicabilidad plena de la contratación pública electrónica, siendo tal el éxito de esta inserción que como lo dispuso Vinuesa (2016) “no resulta exagerado señalar que se trata del principal aporte de esta Ley por lo que ha producido en términos de moralidad, publicidad, transparencia, control ciudadano y celeridad” (p. 39).

En ese mismo contexto, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, estableció la creación, por parte del Gobierno Nacional del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual se creó:

como respuesta a la adopción de medidas que garanticen los principios de eficiencia y transparencia en la contratación pública con miras a alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado. (Ministerio del Comercio, Industria y Turismo, 2012)

El SECOP, administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente, fue en principio una plataforma de mera publicación de la actuación contractual de las entidades, hecho que cambió en el año 2015, cuando se lanzó el SECOP II, convirtiendo este sistema en una plataforma transaccional que permite a los compradores y proveedores realizar el proceso de contratación en línea, surgiendo con esto el contrato público electrónico en Colombia.

El contrato público en Colombia para su existencia debe ser elevado a escrito como lo estipula el Estatuto de Contratación Estatal al disponer como requisito de perfeccionamiento que “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito” (Ley 80, 1993, art. 41), sin embargo, en el marco del contrato público electrónico la solemnidad pasa a ser vista desde otra posición y es la configuración de este en la plataforma electrónica, toda vez que es la constancia de la manifestación de la voluntad la cual debe quedar plasmada como prueba de existencia del contrato. Como lo explica Domínguez (2003) “el contrato queda perfeccionado en el momento en que el destinatario o consumidor de una oferta accesible en línea manifiesta o expresa (electrónicamente también) su conformidad con la misma” (p. 65).

Esta manifestación o expresión en la plataforma SECOP II se materializa a través de la firma electrónica, la cual parte del Decreto 2364 de 2012 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones”, indicando Rodríguez (2020) que “una vez enviado al proveedor para su aceptación, devuelto aceptado por el contratista y aceptado por la entidad en la plataforma se evidencia firmado el contrato” (p. 18) Se logra así en palabras de Laguado (2004), “generar en soporte electrónico todo tipo de documento del proceso contractual público, gozando de equivalencias funcionales con el papel” (p. 491), cumpliendo entonces el requisito de solemnidad el cual caracteriza al contrato estatal; por consiguiente, el contrato estatal en la actualidad para que sea válido y

cuenta con fuerza vinculante debe ser celebrado y suscrito en el SECOP II.

Es claro señalar que, si bien por medio de esta plataforma se genera el perfeccionamiento y se concibe la validez jurídica al contrato electrónico, este debe contener todos los elementos esenciales siendo estos “la plena capacidad de los contratantes, el consentimiento, el objeto físico y jurídicamente posible, la finalidad lícita, y de ser el caso, la formalidad *ad solemnitatem* prescrita por ley bajo sanción de nulidad” (Soto, 2005, p. 171), so pena de no generar su oponibilidad.

Conveniencia de la Contratación Electrónica en Colombia

La figura del *public e-procurement* o “contratación pública electrónica”, constituye en palabras de Amado (2020) una ayuda para acrecentar las economías de los países toda vez que permite convertir los trámites y procedimientos en etapas más transparentes, eficientes y eficaces, disminuyendo costos, generando mayor competitividad en el mercado, ofreciendo mayor participación y generando mejores mecanismos de negociación siendo el SECOP II la herramienta de su materialización en Colombia.

Lo anterior se articula con las disposiciones de órganos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la cual “agrupa a 35 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”, para efectos de implementar buenas prácticas públicas en el año 2016. Una vez revisado el sistema de compra pública de Colombia, esta organización presentó algunas recomendaciones, destacando la necesidad de desplegar el SECOP II, recalcando la importancia que este reviste dentro de la contratación pública como pilar fundamental de la gobernanza estratégica y de prestación de servicios.

Es por ello que Cardozo (2017) advierte la necesidad de generar políticas en Colombia contra la corrupción, en atención al alto margen que depone el país frente a este flagelo, para lo cual la implementación de la plataforma transaccional de contratación pública se genera para dar credibilidad al Gobierno en una sociedad azotada por este padecimiento. El SECOP es la plataforma electrónica que se genera como respuesta a la política pública para la adopción de medidas que garanticen los

principios de eficiencia y transparencia en la contratación con miras a “alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado” (Departamento Nacional de Planeación, 2003).

Como ventajas adicionales, en cifras expuestas por la ANCP-CCE, mediante Informe de Gestión Institucional 2021 (2022, p. 8) demostró que se ha gestionado de manera transaccional en el SECOP II 28.39 billones de pesos para la vigencia del 2019; 62,3 billones de pesos para la vigencia del 2020; y 99.1 billones de pesos para la vigencia 2021, sobrepasando las metas establecidas por la misma Agencia, como se presenta a continuación.

Figura 7. Gestión en el SECOP II



Nota. La Figura muestra en billones de pesos, los recursos gestionados en la plataforma SECOP II. Fuente: ANCP-CCE, Informe de Gestión Institucional 2021 (2022, p. 8).

Aunado, se tiene que, al corte del mes de septiembre de 2023, en atención al despliegue de obligatoriedad del uso del SECOP II, se encuentran registradas en dicha plataforma 4.872 entidades, lo que demuestra el empeño por parte del Gobierno de afianzar y fortalecer el sistema electrónico.

Sin embargo, y si bien se han demostrado cifras exitosas del uso del *public*

e-procurement o “contratación pública electrónica”, se reconocen obstáculos e inconvenientes que trae consigo este modelo para lo cual Amado (2020) advierte la “interoperabilidad”, la cual se concentra en la contradicción de políticas que no permiten la correcta funcionalidad de las herramientas frente a su finalidad de eficacia en la comunicación. Así mismo, detecta un problema el cual es aún más difícil de tratar y es la falta de cultura digital, teniendo en cuenta la percepción insegura por parte del ciudadano de la falta de validez de las transacciones electrónicas, siendo el desafío mayor por parte de la administración en cuanto a la sensibilización hacia el ciudadano para el uso de las herramientas tecnológicas.

También Rodríguez (2020), identifica que la problemática más latente, es “el uso de la firma electrónica puede crear un vacío jurídico en cuanto a la autenticidad de esta con referencia a la evidencia” (p. 27), y Suárez & Laguado (2007) disponen que la falta de conectividad, acceso a internet, computadores entre otros, dificultan el acceso al SECOP II impactando en la generación de los contratos públicos electrónicos (p. 37).

Lo anterior expuesto, logra revelar que el devenir de la contratación pública electrónica en Colombia responde a una necesidad internacional y de globalización, la cual si bien cuenta con puntos a mejorar, es el fortalecimiento del *public e-procurement* una política pública garante de transparencia en las actuaciones de la administración acrecentando la confianza de los ciudadanos, ratificando la necesidad cada vez mayor de manejar un modelo electrónico transaccional como se tiene actualmente y no solo de publicidad.

Entrada en vigencia Ley de garantías electorales, coyuntura en la suscripción de contratos públicos en la plataforma SECOP II

Desde el año 2015 cuando se implementó la plataforma SECOP II, se han celebrado dos eventos electorales para la elección de presidente y vicepresidente en Colombia, uno en el año 2018 y el segundo en el año 2022.

Para el año 2018, conforme el estudio elaborado por la Auditoría General de la República, frente al comportamiento de la contratación directa previo al inicio de la Ley de garantías en dicho año, se concibió una preocupante cifra del número de contratos suscritos en el mes de enero frente al mismo periodo del año anterior,

demostrando un aumento del 143.43 %, recalcando un aumento desmesurado de los recursos contratados en dicho periodo.

Por esto, el Auditor General de la República, Carlos Hernán Rodríguez, elevó una alerta en donde concluyó la necesidad de revisar la efectividad y conveniencia de dicha Ley, así:

La alerta para la Ley de garantías es evidente. Por eso la propuesta de la Auditoría General de la República es que se revise la norma y se evalúe el grado de efectividad y conveniencia de la misma, para evitar desgastes innecesarios a la administración pública y cumplir adecuadamente con la planeación presupuestal apropiada para la vigencia. (Auditoría General de la República, 2018)

Sin embargo, y pese a la advertencia hecha por la Auditoría General de la República, el hecho más notorio del impacto de la Ley de garantías electorales a la contratación pública electrónica se presentó en el año 2022, cuando *ad portas* de la entrada en vigencia de la prohibición establecida en la norma, el SECOP II presentó un colapso generalizado en su funcionamiento por la alta transaccionalidad en el sistema, lo que conllevó a la emisión por parte de la ANCP-CCE de un comunicado indicando dicha situación⁴.

Uno de los factores para la configuración de esta coyuntura, se presentó debido que la ANCP-CCE, de conformidad con las funciones establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, inició en el año 2015 el despliegue de obligatoriedad del uso del SECOP II a las Entidades Estatales, la cual se hizo apremiante en los años 2019, 2021 y 2022 con la emisión por esta Entidad de las Circulares Externas No. 001 de 2019, No. 001 de 2021 y No. 002 de 2022⁵, para lo cual

4. Para más información consultar: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/coyuntura-de-la-plataforma-secop-en-el-marco-de-la-ley-de-garantias>

5. Para más información puede consultar: Colombia Compra Eficiente. (agosto.2019). Circular Externa No. 01 de 2019. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_no_1_de_2019.pdf; Colombia Compra Eficiente. (febrero.2021). Circular Externa No. 01 de 2021.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_001_-_2021.pdf; Colombia Compra Eficiente. (marzo.2022). Circular Externa No. 02 de 2022.

dicha plataforma en el año 2022 contaba con más de 4.000 entidades registradas para suscribir contratos electrónicos, concibiendo una actividad transaccional de registros de más de 10.000 contratos por día. Tal como lo indicó la ANCP-CCE el 25 de enero de 2022 en su página Web “(...) El nivel más alto que se había manejado era de 6.400 procesos diarios y en enero se han registrado hasta más de 18.000 contratos en un día”, revelando esta entidad que para el 24 de enero de 2022 se habían registrado un total de 208.869 contratos, con un comportamiento diario de contratos, así:

Figura 8. Contratos gestionados en la plataforma SECOP II



Nota. La Figura muestra en número de contrato gestionados día a día en el SECOP II, desde el 1.º de enero al 24 de enero de 2022. Fuente: Tomada de la respuesta emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente al Derecho de petición radicado No. RS20220211001263 de fecha 11 de febrero de 2022.

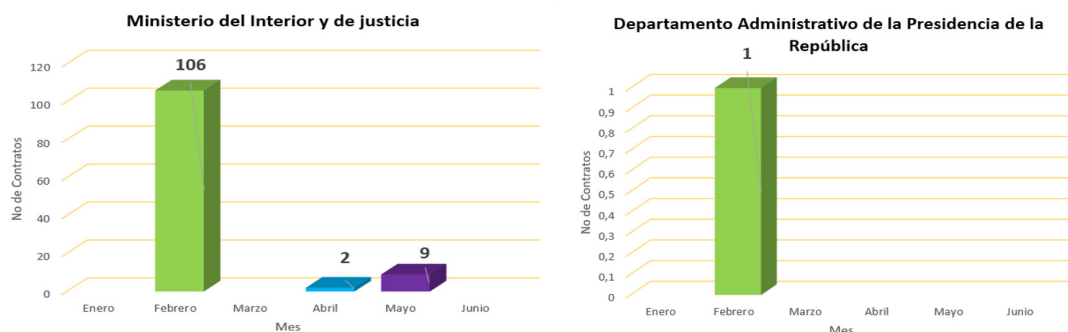
Debido a lo anterior y en aras de dar alternativas de solución, la entidad puso a disposición medidas y herramientas de contingencia como el uso por parte de las Entidades del Protocolo de Indisponibilidad Particular, el Protocolo Transitorio para el Uso del SECOP II en el marco de la Ley de Garantías – 2022 y una Herramienta de Registro Temporal de Contratos –Ley de Garantías Electorales-, señalando que estas herramientas fueron implementadas por la ANCP-CCE como mecanismo para dar cumplimiento al mandato legal del artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_002_2022.pdf

2015 en pro de la publicación de los documentos de la gestión contractual, más no como alternativas transaccionales para la suscripción de los contratos electrónicos, lo que genera una contradicción a la finalidad de la plataforma SECOP II.

Resultado de esta coyuntura se evidenció que entidades del orden nacional como del orden territorial, suscribieron contratos dentro de la prohibición consagrada por la ley; sin embargo, la mayoría de estos se suscribieron dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio de la entrada en vigencia, admitiendo la adopción por parte de estas entidades de los protocolos adaptados por la ANCP-CCE para enfrentar la situación (Figuras 9 y 10).

Figura 9. Contratos suscritos dentro del periodo de Ley de garantías año 2022 entidades orden nacional

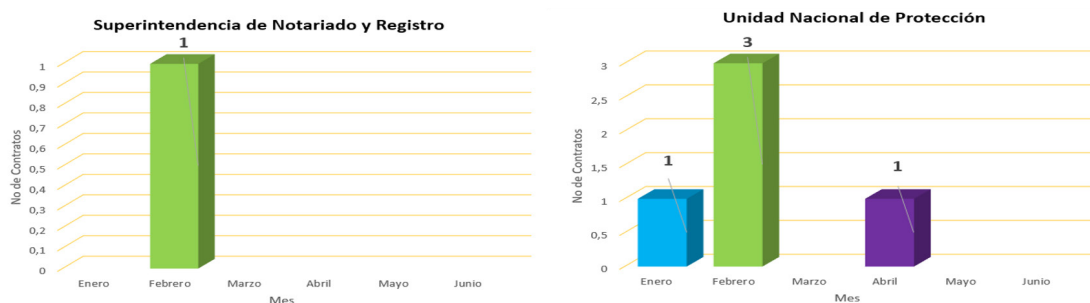


Nota: En el mes de febrero se suscribieron los contratos así:

1.º de febrero: 51 contratos

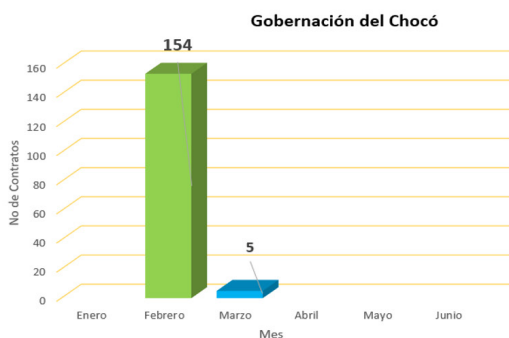
2 de febrero: 54 contratos

21 de febrero: 1 contrato

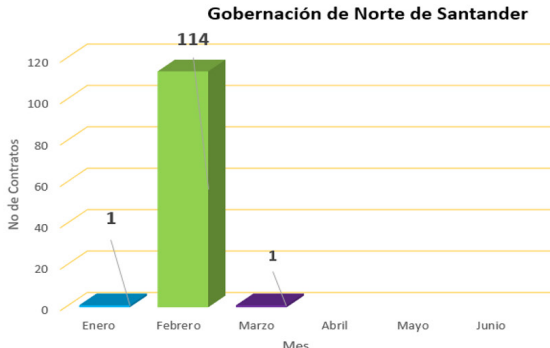


Nota. La Figura muestra los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por las entidades del orden nacional dentro del periodo restringido por la Ley de garantías electorales del año 2022. Fuente: base de datos de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos Colombia⁶. Elaborada por: Orjuela (2023)

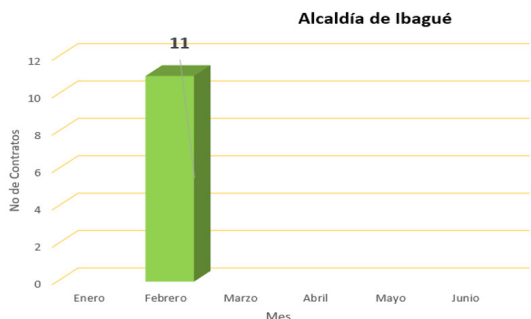
Figura 10. Contratos suscritos dentro del periodo de Ley de garantías año 2022 entidades orden territorial



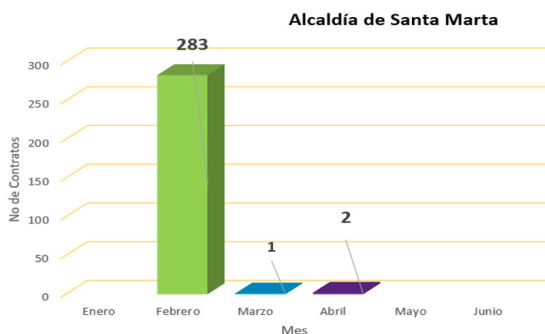
Nota: En el mes de febrero se suscribieron los contratos así:
 1° de febrero: 5 contratos
 2 de febrero: 30 contratos
 3 de febrero: 103 contratos
 11 de febrero: 11 contratos
 15 de febrero: 2 contratos
 17 de febrero: 1 contrato
 23 de febrero: 1 contrato
 28 de febrero: 1 contrato



Nota: En el mes de febrero se suscribieron los contratos así:
 1° de febrero: 3 contratos
 2 de febrero: 81 contratos
 3 de febrero: 5 contratos
 4 de febrero: 21 contratos
 9 de febrero: contrato
 14 de febrero: 3 contrato



Nota: En el mes de febrero se suscribieron los contratos así:
 2 de febrero: 11 contratos



Nota: En el mes de febrero se suscribieron los contratos así:
 1° de febrero: 96 contratos
 2 de febrero: 174 contratos
 3 de febrero: 13 contratos

6. Para más información consulte: <https://www.datos.gov.co/Gastos-Gubernamentales/SECOP-II-Contratos-Electr-nicos/jbjy-vk9h>

Nota. La Figura muestra los contratos electrónicos suscritos en el SECOP II por las entidades del orden territorial dentro del periodo restringido por la Ley de garantías electorales del año 2022. Fuente: base de datos de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos Colombia⁷. Elaborada por: Orjuela (2023).

Las figuras presentadas además de mostrar el alto de grado de suscripción de contratos en el mes de febrero debido al colapso presentado en la plataforma, los cuales de forma categórica se suscribieron dentro de la prohibición, evidencian que las entidades suscriben contratos mediante la modalidad de contratación directa en el periodo proscrito por ley, condición que también fue enjuiciada en el informe realizado por la Auditoría General de la República en la entrada en vigencia de la Ley de garantías del año 2018 reconociendo “que una vez iniciada la vigencia de la ley de garantías (enero 27/18) varias entidades territoriales violaron la norma, al seguir contratando directamente” (Auditoría General de la República. 2018).

Esta situación impactó de manera evidente la contratación pública electrónica, lo que conllevó que las entidades vieran limitada su gestión en la plataforma SECOP II, viéndose inmersas a buscar fórmulas para la suscripción de los contratos, aunado al traumatismo que este escenario causó a los operadores contractuales.

A continuación, se exponen los efectos que permean e impactan la contratación pública electrónica por la entrada en vigencia de la Ley de garantías electorales:

1. Congestión transaccional en la plataforma SECOP II, ralentizando el sistema, generando lentitud en la gestión contractual.
2. Indisposición técnica de la plataforma lo que limita la transaccionalidad del contrato público electrónico.
3. Colapso administrativo, toda vez que los procesos internos de las entidades se ven atosigados u omitidos, en aras de lograr la suscripción de los contratos electrónicos antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley.
4. Traumatismo en los operadores contractuales, teniendo en cuenta que los funcionarios se ven abocados a un apremio riguroso para el cumplimiento de las metas contractuales.
5. Inseguridad jurídica en la estructuración, elaboración y suscripción de los

7. Para más información consulte: <https://www.datos.gov.co/Gastos-Gubernamentales/SECOP-II-Contratos-Electr-nicos/jbjy-vk9h>

contratos bajo la modalidad de contratación directa en el periodo previo al inicio de la Ley de garantías.

6. Alto riesgo de vulneración del principio de planeación y transparencia, conllevando a posibles nulidades del contrato electrónico estatal.

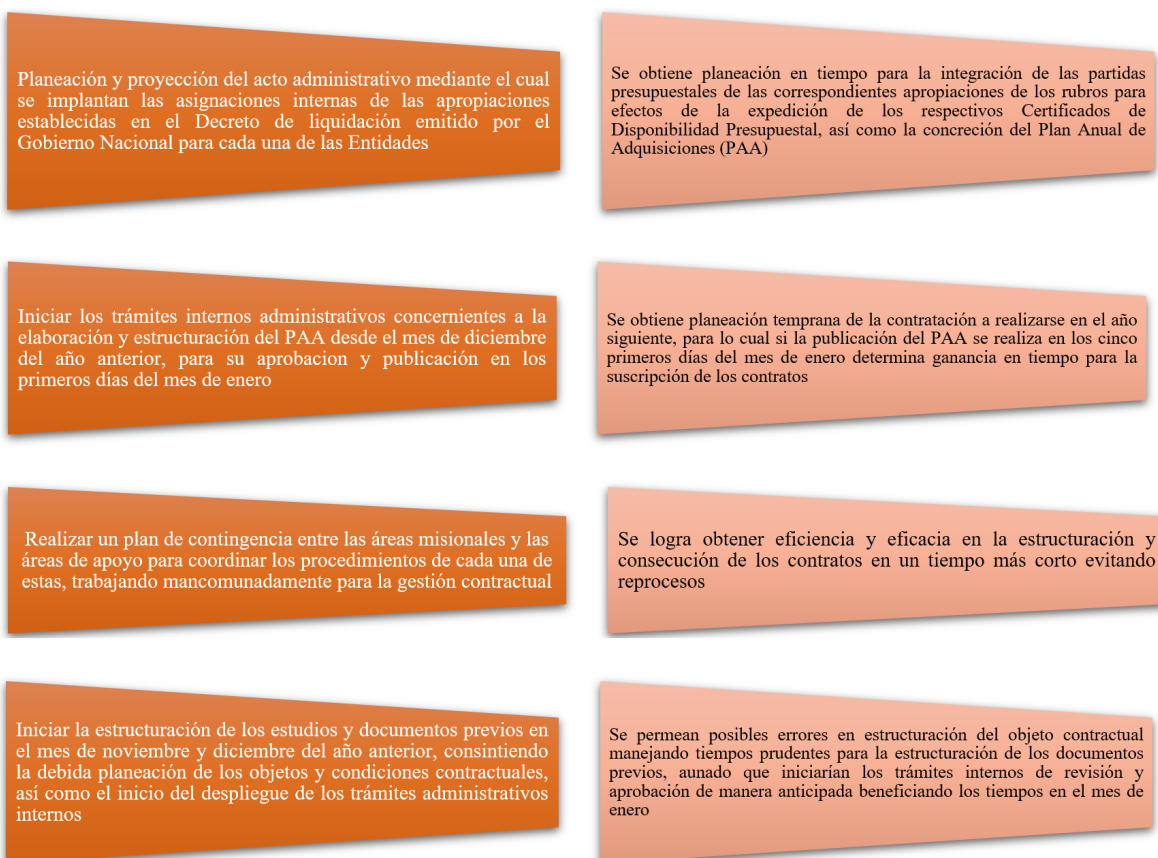
7. Suscripción de contratos dentro de la prohibición.

8. Posibles investigaciones disciplinarias a los funcionarios por la suscripción de contratos dentro del periodo prohibitivo.

9. Inquietar el orden jurídico por los estruendos mediáticos que se presentan en el periodo previo al inicio de la Ley de garantías electorales (Ley 996, 2005).

La Figura 11 describe algunas medidas de contingencia para prevenir un nuevo colapso de la contratación pública electrónica por la entrada en vigencia de la Ley de garantías electorales para las elecciones presidenciales a celebrarse en el año 2026.

Figura 11. Medidas de contingencia para las Entidades Públicas



Adoptar medidas para evitar el uso de la causal de modalidad de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión como modalidad de contratación directa para contratar personas naturales para la prestación de servicios de funciones propias para la entidad

Materializa el verdadero uso excepcional que dispone la modalidad de contratación directa, decreciendo así el número de contratos que se suscriben en el periodo anterior de la entrada en vigencia de la Ley de garantías electorales

Figura 12. Medidas de contingencia para la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente (ANCP-CCE)

Fortalecer técnicamente la plataforma mediante el robustecimiento de la capacidad técnica

Generar mayor inversión técnica de la plataforma por parte del Gobierno Nacional en pro de robustecerla mejorando además la interfaz la cual debe ser más práctica y amigable, toda vez que en la coyuntura se convierte en un obstáculo su administración

Generar campañas de capacitación enfocadas en la formación de cultura de planeación contractual y gestión de plataforma SECOP II

Genera advertencias generalizadas a las Entidades para la suscripción de contratos en el marco de la entrada en vigencia de la Ley de garantías, estipulando cultura de planeación y aclaraciones de orden técnico y jurídico fortaleciendo el conocimiento de los operadores contractuales

Generar estrategias del uso de la plataforma de forma organizada por parte de las entidades como el uso de “Pico y Nit” o “Pico y cédula” de los usuarios

Genera orden y cultura de planeación contractual para las entidades usuarias, lo que filtraría el uso transaccional evitando picos en los últimos días del vencimiento para inicio de la prohibición

Nota. La Figura muestra las medidas de contingencia tanto para las Entidades Públicas, así como para la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, para evitar un nuevo colapso en el año 2026 por la entrada en vigencia de la Ley de garantías para celebración de los comicios presidenciales. Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico actual requiere de una revisión integral y articulada donde se examine la confluencia de disposiciones enmarcadas en nomas como la consagrada en la Ley 996 de 2005, las cuales impactan la concreción de políticas públicas y no demuestran una eficiencia.

De eso se desprende que la falta actual de la base legal para la cual fue instituida la Ley 996 de 2005, determina una ausencia de legalidad requiriendo así de un debate legislativo y administrativo de manera urgente, con la finalidad de reevaluar o eliminar la figura prohibitiva plasmada en el artículo 33 de dicha ley en pro de una solución a este despropósito normativo, el cual sigue siendo aprovechado por fuentes de poder de corrupción, llamado que ha sido reiterado por parte de entidades como la Auditoría General de la República y la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, entre otras, así como por parte de la comunidad académica.

El artículo 33 de la Ley de garantías electorales, genera avisos de ineficacia, toda vez que no se evidencia una disminución de la contratación por parte de las entidades sino, por el contrario, un aumento desmedido y además acelerado de la celebración de contratos mediante la modalidad de contratación directa en el periodo previo al inicio de la vigencia de la Ley, siendo un periodo de tiempo muy corto conllevando a situaciones de desórdenes administrativos internos de las entidades, la congestión y colapso a la plataforma electrónica transaccional para la suscripción de contratos, así como altos riesgos legales en la contratación, como lo es la posible configuración de la nulidad del contrato por objeto ilícito en atención a una indebida planeación.

Esta norma ha producido efectos negativos en la generación transaccional del contrato público electrónico en la plataforma SECOP, lo que ha demeritado el gran avance que ha tenido el Gobierno Nacional frente este concepto, toda vez que se ha avanzado en la concreción del *public e-procurement* al imprimir de validez jurídica el contrato estatal electrónico, así como el despliegue el cual ha realizado la ANCP-CCE.

El fortalecimiento en la implementación de las herramientas tecnológicas y el uso de

estas por parte de los ciudadanos con la finalidad de que estos se encuentren en una constante comunicación con las instituciones, con los procesos y procedimientos que estas imparten, generan confianza y transparencia en las actuaciones. Por esto, es la *public e-procurement* o la contratación pública electrónica en Colombia mediante el uso de del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP, la llamada a permeable esta política en el ámbito contractual, la cual si bien se encuentra bajo grandes desafíos sociales, legislativos, políticos y técnicos es necesario continuar con el desarrollo de este modelo transaccional, fortaleciendo todas sus etapas.

Referencias

- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (2022). *Circular Externa Única*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos-_v2f_002.pdf
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022). *Informe de gestión institucional 2021, 27 de enero de 2022*. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/616-publicacion-de-informes-de-rendicion-de-cuentas-generales>
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022). *Respuesta derecho de petición radicado No RS20220211001263 de fecha 11 de febrero de 2022*.
- Amado, J.C. (2020). La administración electrónica y sus repercusiones en la contratación pública. *Revista Digital de derecho Administrativo*, 24, 315–332. <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.13>.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.hm
- Auditoría General de la República. (2018) Auditoría General de la República pide evaluar efectividad de la Ley de garantías. https://www.auditoria.gov.co/noticias-2018/-/asset_publisher/jeZBCgCtFol0/content/id/195308
- Avellaneda, A. (2022). *La crisis del Sigep y del Secop II y el inicio de la “ley de garantías*. [Editorial]. *Ámbito Jurídico*. https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnist_a-impreso/la-crisis-del-sigep-y-del-secop-ii-y-el-inicio-de-la-ley-de-garantias

- Baquero, R. (2019). *Derecho, garantías electorales comparadas y reelegibilidad*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. <http://hdl.handle.net/11232/1202>
- Cardozo, A. M. (2017). *¿Es eficaz la implementación de un sistema electrónico de contratación pública en Colombia transaccional?* <http://hdl.handle.net/10654/16635>
- Cañón, J. P., Grautof, M., & De León Beltrán, I. (2022). *Identificación de los efectos de la ley de garantías del proceso electoral colombiano: un análisis desde la contratación* <http://controlvisible.auditoria.gov.co/index.php/rcf/article/view/15>
- Cajamarca, L., Contreras, A., Mancera C. & Pabón M., (2021). *Misión de Observación Electoral (MOE) Proyecto de Investigación Contratación directa, ¿excepción o regla en Colombia?* <https://www.moe.org.co/contratacion-directa-excepcion-o-regla-en-colombia/>
- Departamento Nacional de Planeación (2003). *Política de contratación pública para un estado gerencial. Documento CONPES 3249*. Bogotá D.C. https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3249_de_2003_politica_de_contratacion_publica_para_un_estado_gerencial.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. [Ley 80 de 1993] D.O.:41.094. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (24 de noviembre de 2005). *Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*. [Ley 996 de 2005] D.O.: 41.523 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0996_2005.html.
- Congreso de la República de Colombia. (1986). *Por el cual se adopta el Código Electoral* [Decreto -Ley 2241 de 1986] D.O.: 37.571. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2241_1986.html
- Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 1996). *Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto*. [Decreto- Ley 111 de 1996] D.O.: 42.692 <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/>

- basedoc/decreto_0111_1996.html#14
- Congreso de la República de Colombia (21 de agosto de 1999). *Por medio de la cual se define 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.* [Ley 527 de 1999] D.O.: 43.673 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 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.* [Ley 1150 de 2007] D.O.: 46.691 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República de Colombia. (22 de noviembre de 2012). *Por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.* [Decreto 2364 de 2012] D.O.: 48622. <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1442265>
- Congreso de la República de Colombia. (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.* [Decreto 4170 de 2011]. D.O.: 48242] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (2 de marzo de 2018). *Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1068 de 2015 en el Libro 2 Régimen reglamentario del sector hacienda y crédito público, Parte 8 del Régimen Presupuestal, Parte 9 Sistema Integrado de Información Financiera - SIIF NACIÓN y se establecen otras disposiciones.* [Decreto 412 de 2018] D.O.: 5052 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85479>
- Corte Constitucional. Sala Plena. (8 de agosto de 2001). *Sentencia C-831/01.* [M.P: Tafur, G]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (24 abril de 2013). *Sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27.315).* [M.P: Santofimio, G].

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. (10 diciembre de 2015). *Sentencia 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489)* [M.P: Santofimio, O].
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (8 mayo de 2018) *Concepto Sala de Consulta C.E.00095 de 2018* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86540>
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (febrero 20 de 2018). *Concepto Sala de Consulta C.E. 00205 de 2018. Rad. No.: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366)* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85905#:~:text=%E2%80%9CSe%20suspender%C3%A1%20cualquier%20forma%20de,vuelta%2C%20si%20fuere%20el%20caso.>
- Domínguez, M. (2003). El perfeccionamiento del contrato electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. España. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, 8-9, 46-68.
- Laguado, R. (2004). La contratación Pública Electrónica en Colombia. Bogotá: *Vniversitas*, 108,457-498.
- Ministerio del Comercio, Industria y Turismo (2012). *Tutorial Sistema Electrónico para la contratación Pública*. http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/que_es_secop.html
- Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo OCDE, Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. (s.f.). *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública* [https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion Publica-ES.pdf](https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf)
- Peña, A (2021). *El Secop II: una aproximación constitucional al desarrollo del e – procurement en la contratación estatal en Colombia*. Tesis de posgrado. Universidad Santo Tomás, Tunja. <http://hdl.handle.net/11634/38773>
- Portafolio. (2022). *En víspera a Ley de Garantías, se quintuplicó la contratación*. <https://www.portafolio.co/economia/en-vispera-a-ley-de-garantias-se-quintuplico-la-contratacion-561050>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (18 de mayo de 2021). *Resolución 4371 de 2021. Por la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de presidente y vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026*.

- Reyes, O. R. (2016). *Análisis crítico de la ley estatutaria 996 de 2005 sobre las restricciones de contratación directa en Colombia*. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15252/ReyesSaavedraOscarRoberto2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez C, Y. (2020). *Incidencias de la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la formación del contrato estatal en Colombia*. Universidad Santo Tomás. <http://hdl.handle.net/11634/30376>
- Senado de la República de Colombia. (2021). *Gaceta del Congreso No. 23. 7 de abril de 2021. ISS No 0123-9066* https://www.redjurista.com/appfolders/images/news/GC_0233_2021.pdf
- Soto, C. (2005). *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Vinueza, D. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. (Tercera edición) Legis.