

NECESIDAD DE UN NUEVO SISTEMA PROBATORIO EN LA CARTELIZACIÓN EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

*Viviana Paola Álvarez Orduz, Christian Fabian Moreno Malagón,
María Camila Cortés Pulgarín y Laura Andrea Perdomo Botache*

Tutor: *Edgar Fabian Garzón*

Universidad Libre

Resumen

Con el avance de la tecnología, las entidades públicas han adaptado sus procesos de contratación a la virtualidad. Es el caso de la subasta inversa electrónica, un mecanismo de selección que pretende salvaguardar los principios de eficacia, de transparencia y de economía en la contratación pública. Sin embargo, hay un problema típico que se ha dado en Colombia que es la cartelización, un fenómeno que atenta directamente contra la transparencia que es un eje central de la ética pública. No obstante ello, para el proceso de lo contencioso administrativo que se ha de adelantar por la adjudicación del contrato cuando se presenta dicho fenómeno, que es a través del medio de control de nulidad, no se cuenta con un arsenal probatorio que resulte suficiente en esta época de virtualidad, motivo por el cual resulta necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio que garantice el desenvolvimiento adecuado del proceso, así como la ética que debe estar presente en toda actuación estatal.

Palabras clave: Cartelización, nulidad, proceso, transparencia, prueba digital.

Abstract

Public institutions have adapted their contract procedures to the virtuality due to technology advances. For instance, the electronic reverse auction is a selecting system that pretends to safeguard

efficacy, transparency, and economy principles in the public contracting; nevertheless, there is a typic problem in Colombia called “cartelitation”. That issue is against to the transparency as the ethic public main axis. However, the evidentiary group in the virtual nullity process isn’t self-approving when cartelitation happens. Therefor, it is necessary to create a new probatory system to provide guaranty in the procedure, especially regarding to the public ethic.

Key words: Cartelitation, nullity, procedure, transparency, digital evidence.

1. Introducción

El Estado Social de Derecho es una institución jurídica que busca una relación armoniosa entre la supremacía de la dignidad humana con el interés general, mediante la consagración de unos fines contemplados en el artículo 2 y principios de la función pública en artículo 209 de la Constitución Política de 1991 y, cuyo cumplimiento es posible no solo mediante el actuar de autoridades y entidades estatales, sino también a través de la contratación estatal, creándose así un régimen de contracción por medio de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1510 de 2013.

Sin embargo, a pesar de la regulación que existe sobre el tema y de la implementación de medidas para un buen desempeño de la contratación pública, como por ejemplo la creación de la página de Colombia Compra Eficiente en pro de una contratación pública transparente y objetiva, esto no ha permitido acabar con malas prácticas, las cuales están dirigidas a obtener un beneficio propio por parte de quienes acuden a ellas, atentando así contra la ética pública. Se puede resaltar, entre ellas, la cartelización, la cual, genera en el caso de la subasta inversa electrónica que la cantidad de oferentes esté compuesto por un pequeño grupo de personas quienes manipulan los precios para obtener así el contrato, constituyéndose un oligopolio que atenta contra la competitividad, concurrencia, igualdad y la transparencia.

Además, es pertinente señalar que la subasta inversa electrónica es un proceso automatizado que se realiza por medio del SECOP II, el cual permite generar una conexión entre los proponentes y la entidad pública, dado que mediante este sistema se fijan todos los parámetros que soliciten en el pliego de condiciones y una vez verificados estos índices de cumplimiento, se podrá dar inicio a la subasta inversa electrónica que tendrá funcionamiento virtual, por lo que al actuar el sistema como un intermediario dificulta demostrar la ilegalidad del acto frente a un hecho de cartelización y probar las malas prácticas en las que se pudo ver inmersa este mecanismo de contratación.

Por tanto, en el presente trabajo se pretende dar respuesta a la pregunta de ¿Cómo se garantiza, desde el punto de vista probatorio, la transparencia en la subasta inversa electrónica cuando se presenta la cartelización? Para resolver este problema de investigación se partirá primero de que es la cartelización, segundo un análisis de la afectación de la transparencia como fundamento de la ética pública, tercero la nulidad como medio de control, cuarto los medios probatorios digitales en la contratación electrónica, quinto la creación de un nuevo sistema probatorio a modo de propuesta y por último unas conclusiones.

2. Cartelización en los procesos de contratación estatal, especialmente en el proceso de subasta inversa electrónica

Por mucho tiempo en procesos de contratación estatal como la subasta inversa, física o electrónica, ha sido blanco de conductas delictivas a fin de obtener beneficios para unos pocos al alterar el transcurso normal de estos procesos. Estas prácticas son realizadas por las empresas privadas que buscan ganar un contrato con una entidad pública o bien, funcionarios públicos que prestan su colaboración para que determinado postulante adquiera el contrato, ambos escenarios en pro de alcanzar un beneficio particular sin importar los medios. Por lo que al hablar de alteraciones en la contratación estatal se debe diferenciar entre la corrupción por parte de los servidores públicos y la cartelización de las empresas privadas.

La OCDE ha definido la corrupción como el uso de las prerrogativas de las que gozan los funcionarios públicos para beneficio personal. En otras palabras, la corrupción es realizada por una o unas personas determinadas que a través del engaño y la trampa alteran el adecuado funcionamiento del sector público dando como resultado la afectación del desarrollo económico de los países y la disminución de la confianza en el sector público por parte de inversionistas externos. En conclusión, y aferrándonos a la definición de James Wolfensohn, la corrupción debe ser entendida como un problema ético asociado al desarrollo económico. En Colombia, los mecanismos destinados a la lucha contra la corrupción se encuentran en la Ley 1474 de 2011, conocida como el estatuto anticorrupción en la contratación pública.

Por otro lado, están los carteles empresariales que afectan la libre competencia que debe existir entre las empresas, y aumentan los precios ofrecidos al sector público, por lo que los académicos consideran este problema mayormente de índole económica que ética aunque las dos variables coexisten.

Dentro de las formas más comunes de manipulación que se dan en los procesos de contratación estatal se encuentran las ofertas de resguardo o

complementarias que son aquellas que una persona o empresa presenta cuando anteriormente la acordó con otro u otros participantes con el fin de dar ventaja al ganador designado al elevar una oferta con un valor demasiado alto o condiciones que el comprador no aceptaría; la supresión de la oferta consiste en que uno o más compradores se abstienen o retiran sus ofertas para que el ganador designado adquiera en contrato; otra forma es la rotación de ofertas, en la que las empresas o sujetos involucrados se asignan turnos para ganar, por ejemplo, asignan valores monetarios similares para cierto tipo de contratos; finalmente, tenemos la asignación de mercado que consiste en que por acuerdo se reparten el mercado, zonas geográficas o clientes, de forma que si la convocatoria no entra dentro de los criterios asignados, la empresa se abstendrá de presentar una oferta o dará una oferta de resguardo para no perjudicar al ganador determinado.

Un caso a gran escala de este fenómeno se dio entre 2014 y 2017 cuando la Superintendencia de Industria y Comercio imputó a 23 empresas por una aparente cartelización sistemática en los procesos de subasta inversa por parte de empresas del sector privado como Ferreléctrica S.A.S, Tecnigroup y Grupo Empresarial Sportech; en este evento de prácticas restrictivas de la competencia en proceso de contratación estatal se alteraron las propuestas al pagar a los competidores sumas de dinero por medio de una falsa cuenta de prestación de servicios de transporte, para que se abstuvieran de mejorar sus propuestas y posteriormente se retiraran, esto se dio en 101 contratos estatales, que sumaban un valor de aproximadamente 73.000 millones de pesos, con entidades públicas como la Fiscalía General de la Nación, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Rama Judicial. La conducta presentada en este caso la encontramos en el artículo 410 A del Código Penal:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Según los lineamientos para combatir la conclusión entre oferentes en licitaciones públicas presentados por la OCDE en febrero de 2009, los encargados de

los procesos de contratación deben adoptar medidas como obtener información sobre el valor de los productos o servicios que buscan y sobre los posibles proveedores; deben aumentar las posibilidades de participación reduciendo el costo de participación o estableciendo requisitos menos rígidos que permitan la participación de más competidores; los requisitos deben ser claros, no excluyentes y deben evitar medidas predecibles, lo que quiere decir que no puede existir un margen para que los candidatos definan términos clave después de adjudicar la oferta como el que se generaría al presentar contratos con valores idénticos; los funcionarios deben evitar la comunicación entre los oferentes para que no intercambien información con fines de adquirir una desventaja desleal; los criterios de evaluación y adjudicación deben ser seleccionados con riguroso cuidado para crear una igualdad de oportunidades entre las empresas participantes; finalmente, el personal a cargo de estos procesos debe tener conocimiento de los riesgos de alteraciones y deben hacer un seguimiento de los procesos de contratación estatal para identificar irregularidades.

La OCDE también ha señalado que para hacer una correcta verificación y detección de alteraciones se deben tener en cuenta puntos como la búsqueda de patrones en las ofertas que demuestren que no se está frente a un mercado competitivo, la búsqueda de errores que resulten sospechosos en los documentos presentados por los oferentes, la búsqueda de patrones en el establecimiento de los precios como el alza de los precios sin justificación alguna, la búsqueda de afirmaciones sospechosas como que una empresa diga que solo trabaja con zonas o clientes específicos, o la búsqueda de conductas sospechosas como reuniones entre los proveedores antes de presentar sus ofertas.

3. La afectación al Principio de Transparencia como fundamento básico de la ética pública

El Estado debe actuar de tal forma que cumpla con su razón misional de promover lo justo y bueno, debiendo ejercer así diferentes actividades para ello, en las cuales se encuentra la contratación estatal, que al igual que al resto de las actuaciones que este realiza tiene unas consecuencias frente a los asociados y las relaciones públicas, materializándose estas en la producción de bienes y la prestación de servicios, las cuales deben ir en pro del género humano a partir de actuaciones transparentes, eficientes y eficaces.

Y es partir de ello que surge la necesidad de hablar de una ética pública, que conforme a Rodríguez Arana se entiende como *“la ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”* (citado por Pinto Nerón, 2015), dado que tanto los servidores como las entidades públicas se rigen en pro de la tutela del interés público, así como

por el cumplimiento de los principios generales del derecho. En Colombia, es a partir del Modelo de Gestión Ética Elaborado en 2006, donde se establece el fundamento ético de la función pública, la confianza y la función social de las entidades estatales, basándose ya no en una concepción clásica de la ética, sino desde un aspecto sociológico y antropológico, de modo que sea entendida su dimensión jurídica y cultural, basándose así en la gestión de talento humano, transparencia, atención y servicio al ciudadano, de manera que se promueva el interés general de la administración pública, la publicidad de las actuaciones estatales y la disposición interna de quienes desarrollan funciones públicas para el efectivo cumplimiento de los postulados constitucionales y legales, ejerciendo los principios de eficiencia, integridad, transparencia, rendición de cuentas y orientación al bien común.

Hay que tener en cuenta que uno de los mayores retos a los que se enfrenta la administración pública, en especial en el desarrollo de la contratación estatal es la corrupción y las prácticas no debidas, creándose para ello, no solo a nivel nacional sino internacional, disposiciones para prevenir, erradicar y sancionar estas conductas, teniendo, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción y, adquiriendo gran importancia los principios de igualdad de oferentes o igualdad de trato, concurrencia, publicidad y transparencia, probidad e integridad, imparcialidad, buena fe, lealtad y respeto.

Al ser la ética algo que es inherente al ser humano y a su forma de vida, esta no solo debe basarse en parámetros constitucionales y legales, sino que a partir de estos se debe crear una serie de sanciones frente aquellas acciones u omisiones que atenten contra el bien común que se deriva de la administración pública, de modo que la exigencia de la ética en los procesos de la contratación estatal permite que se hagan bajo unos fines impulsados al desarrollo de la nación y por ende de la sociedad, mas no por uno fines meramente económicos que conlleven a la corrupción, porque *“la ética es en la vida pública un producto de primera necesidad, en principio, porque sin ella no funcionan las grandes instituciones del mundo moderno, y “posmoderno”, es decir, el Estado, la economía y la empresa, las actividades profesionales y el sector social. Y no funcionan por múltiples razones: las relaciones sociales se quiebran, aunque en apariencia siguen funcionando, cuando faltan en ellas, prestándoles un soporte, los valores de credibilidad y confianza”* (Cortina citada por García, 2011).

A su vez esta se construye a partir de tres conceptos. El primero hace referencia al Estado de Derecho en el marco del ordenamiento jurídico, el cual es protector de los principios de la democracia mediante las leyes y la constitución, las cuales establecen las reglas bajo las cuales debe ceñirse los poderes públicos conforme a las atribuciones, funciones y facultades propias, en garantía del

bienestar general. En segundo lugar está el de responsabilidad social que hace referencia a la rendición de cuentas y el acceso a la información pública estatal, está a su vez se subdivide en responsabilidad política, la cual establece que el gobierno y sus funcionarios no solo responden ante sí mismos sino que también ante la sociedad, ya que ejercen un poder delegado; la responsabilidad social que se basa en construir una serie de condiciones que permitan la convivencia armónica de toda la población, aquí se tiene en cuenta el gasto social y, por último está la responsabilidad administrativa que se da frente a las omisiones en el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

3.1 La transparencia en la ética pública

La transparencia además de ser uno de los pilares de la ética pública, es un mecanismo de gran relevancia para la exigibilidad pública y la responsabilidad social que tiene la administración, que se desprende de una información clara y precisa, la cual tiene un nivel de comprensión, vigilancia y comunicación que le permite a la ciudadanía observar el desempeño de la administración pública, esta se da dentro de las entidades estatales mediante la elaboración, construcción e implementación de objetivos que permitan garantizar la misma mediante un desarrollo legal, reglamentario, organizacional, pedagógico y cultural para el buen ejercicio de la ética pública.

Siendo por ende una obligación que tiene todo servidor público de otorgar a toda persona que está interesada en la gestión de las funciones que desarrolla, información clara y expedita sobre las misma, ya que la transparencia se compone por el derecho a la información, el acceso a la información y la rendición de cuentas.

Frente al derecho a la información este se entiende como el acceso que tiene toda persona a la información pública, la cual comprende archivos, registros, documentos y decisiones expedidas por administración siempre y cuando no sean objeto de reserva legal, de igual forma implica el recibir información objetiva, de manera oportuna y clara, sin exclusión alguna. Mientras que el acceso a la información hace referencia al ejercicio de este de derecho por el cual los administrados pueden conocer, solicitar y supervisar el actuar de las autoridades y entidades estatales, ejerciendo los respectivos mecanismos para ello, por tanto, se puede entender el derecho de acceso a la información como:

“La prerrogativa de toda persona para acceder y examinar datos y registros públicos en poder de los sujetos obligados, salvo las excepciones legítimas mínimas establecidas en la ley”. (Guerrero Gutiérrez, 2008)

Por su parte la rendición de cuenta hace referencia a ese control que se realiza a la administración pública para prevenir y evitar abusos, de modo que

las entidades estatales deben explicar sus acciones al conglomerado social y que respondan por las mismas, de igual forma como lo indica Andreas Schendler (2004) citado por Naessens, esta comprende dos dimensiones, la primera, la cual implica la obligación que tiene las autoridades de informar de sus decisiones y la segunda que incluye la capacidad sancionatoria sobre aquellas entidades y servidores públicos que hayan cumplido con sus funciones.

Por tanto la transparencia es esencial para el funcionamiento del Estado porque exige un mejor comportamiento ético por parte de los servidores y entidades estatales en el ejercicio de sus funciones, evitando que se den prácticas corruptas en especial, en un tema tan relevante como la contratación pública en donde se utilizan recursos del erario público y por las consecuencias que tiene esta frente a los administrados, al ser un medio que sirve para el control, que sirve además para detectar, corregir y atacar las malas conductas. Sin la existencia de valores éticos y sociales, por ende, sin la transparencia, sin acceso a la información y sin rendición de cuentas no hay un correcto ejercicio de la contratación estatal, ni un adecuado desempeño de la función pública, lo que implica que no haya una ética pública.

4. Nulidad como medio de control

Es pertinente señalar porque en el presente trabajo se acude al medio de control de nulidad simple y no a la nulidad y restablecimiento del derecho, ya que esta última procede ante actos administrativos de carácter particular y concreto que han afectado un derecho subjetivo, por lo cual mediante esta acción se busca que se restablezca el mismo y se repare el daño y, a pesar de que el acto que adjudica el contrato estatal por medio de la modalidad de subasta inversa es de carácter particular, esto no implica que en los casos en donde se haya presentado la cartelización se pueda acudir a ella, para garantizar la transparencia de la contratación estatal, ya que lo que se estaría solicitando es un control de legalidad del acto, más no el resarcimiento por la vulneración de derechos sustanciales, ni el restablecimiento de los mismos; por lo cual, es pertinente y procedente acudir a la nulidad simple, ya que a pesar de estar consagrada para interponerse frente a actos de contenido general, esta se aplica de manera excepcional frente a actos de carácter particular cuando estos comporten un especial interés a la comunidad y no se busque una pretensión litigiosa, esto conforme al artículo 137 de la ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, trae como medios de control la nulidad por inconstitucionalidad, el control inmediato de legalidad, la nulidad, la nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad electoral, la reparación directa, las controversias contractuales, la acción de repetición, la

pérdida de investidura, la protección de los derechos e intereses colectivos, entre otros; los medios de control han sido consagrados como aquellas acciones que pueden impetrar los ciudadanos cuando consideren que han sido vulnerados sus derechos por parte de una Entidad Estatal o por parte de la Nación, es así como sirven de control para evitar las actuaciones arbitrarias de estos.

Para desarrollar este tema relevante en el presente artículo de investigación se abordará primero la nulidad; posteriormente se hablará sobre el medio de control de controversias contractuales dada la incompatibilidad de esta acción con el objeto planteado, para finalizar con el funcionamiento del medio de control de nulidad en la virtualidad.

4.1 La nulidad

Según la doctrina, los medios de control tienen diferentes objetos de litigio, estos pueden ser de legalidad, de responsabilidad o de ejecución, la nulidad es un medio de control que sólo discute la legalidad del acto administrativo; esta figura fue creada para que se permita la discusión frente a la legalidad de los actos administrativos de carácter general, realizando una comparación entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo o contrato estatal, la nulidad es uno de los medios de control contemplados en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, está consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el cual busca destruir la presunción de legalidad del acto administrativo.

Siendo así, lo que busca proteger el medio de control de nulidad, es la integridad del ordenamiento jurídico, es decir, el restablecimiento del orden jurídico objetivo, para cumplir esta finalidad se contemplaron ciertas causales que se encuentran en el inciso 2° del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que sirven de parámetros generales para los demás medios de control que tengan como pretensión la nulidad del acto administrativo o contrato estatal, que haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. Todas estas causales redundan en una violación a la ética pública, dado que se vulnera el deber de realizar todas las funciones públicas en pro de la comunidad en general.

La nulidad procede contra los actos de carácter particular cuando no se busque el restablecimiento automático de un derecho subjetivo, lo cual ocurre con los contratos estatales cuando se solicita la nulidad de éste por haber sido adjudicado bajo la cartelización y la posterior adjudicación del contrato por la subasta inversa, dado que no se solicita que se dé un derecho subjetivo que fue

vulnerado, sino que se busca la prevalencia del ordenamiento jurídico superior al garantizar los principios de transparencia y eficiencia, de la mano de la garantía del debido proceso.

En el caso analizado en el presente artículo de investigación es necesario acudir al medio de control de nulidad, toda vez que así lo consagra el inciso 2° del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que se trata de una etapa precontractual el mecanismo de selección de la subasta inversa electrónica.

4.2 Controversias contractuales:

El medio de control de controversias contractuales está contemplado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual contempla:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso(...) al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) Ley 1437 de 2011, artículo 141. 18 de enero de 2011.

Teniendo claras las reglas generales es importante hacerle un análisis de acuerdo al caso que se está manejando en la presente investigación, en primer lugar, para desglosar lo contenido en el artículo, se partirá de la legitimación, si bien es cierto se establece que cualquiera de las partes del contrato podrá presentar la demanda, al ser la subasta inversa un mecanismo de selección, por tanto una etapa precontractual, se acude a la acción de nulidad del artículo 137, acción en la que está legitimada toda persona por tratarse de una acción pública.

En segundo lugar, continuando con lo señalado en el artículo 141 de la ley mencionada, lo que se solicita es la nulidad del acto administrativo contractual que adjudica el contrato por medio del sistema automatizado del SECOP II en la subasta inversa electrónica.

4.3 Proceso virtual de nulidad

En virtud de la declaratoria del Estado de Excepción de emergencia económica por parte del Estado Colombiano dada la pandemia generada por la COVID - 19, se expidieron diferentes decretos legislativos para regular la situación que se estaba viviendo, uno de ellos que es el más relevante para el estudio jurídico es el Decreto 806 de 2020, el cual fue planteado para generar la flexibilización de las actuaciones judiciales y administrativas, pero también para dictar regulaciones en los trámites, tanto jurisdiccionales como administrativos, que se adelantarán de forma virtual, privilegiando así el uso de la tecnología de la información y la comunicación.

En el ámbito de lo contencioso administrativo esto se vio reflejado en la suspensión de los términos, también se estableció que cuando la discusión se trate de asuntos de puro derecho se podrá dictar sentencia anticipada, así mismo, cuando no hayan pruebas por practicar, sin embargo, en el presente caso resulta necesaria la práctica de pruebas, toda vez que se genera una discusión en torno a la cartelización que se presenta en el proceso de contratación estatal electrónica, que funciona mediante un sistema que adjudica los contratos por el medio de selección de subasta inversa electrónica.

4.4 Medios probatorios digitales en la contratación estatal electrónica

Uno de los ejes esenciales de todo proceso, es decir, uno de los componentes del debido proceso, es el derecho a probar, la prueba puede ser entendida como un instrumento con el cual se pretende demostrar la verdad o falsedad de algo; según Carnelutti, la prueba es la piedra angular del proceso judicial mediante la cual se examina el pasado para conocer cómo ocurrieron los hechos y otorgar la protección efectiva al derecho o interés que se alega. Siendo así, el derecho a probar tiene rango constitucional al estar inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, así que el derecho a probar como parte integral de este, se conjuga con el derecho a contradecir y el derecho a que la decisión se adopte de acuerdo a los hechos reales.

Al ser una parte integral del proceso judicial que se presente en cualquiera de las jurisdicciones, la Corte Constitucional en la Sentencia T-171 de 2006, destaca sobre el derecho a la prueba:

“Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desco-

nozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.”

Para hacer efectivo el derecho a probar dentro de todo proceso jurisdiccional, tal como la nulidad, es necesario acudir a instrumentos que faciliten la aportación de las pruebas al proceso, para ello el legislador ha establecido diferentes medios probatorios que son instrumentos de verificación que se utilizan en la investigación procesal, se encuentran consagrados en el artículo 165 del Código General del Proceso, que contempla una enunciación, sin que ello implique que sea una lista taxativa, de los medios de prueba, estableciendo:

“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

No obstante esta consagración, y dado el avance tecnológico que se ha ido presentando, no resultan suficientes los medios probatorios tradicionales, a pesar que se han creado instrumentos que buscan generar una igualdad entre las pruebas tradicionales y las pruebas electrónicas, tales como el principio de equivalencia funcional, este consiste en que la información en forma de mensaje de datos debe ser valorada y tener el reconocimiento jurídico en similares términos a los medios probatorios homólogos tradicionales, es decir, las pruebas que se den por mensajes de datos tendrán los mismos efectos jurídicos que las demás pruebas. Se deriva este principio de la Ley 527 de 1999, que en su artículo 10° establece la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos:

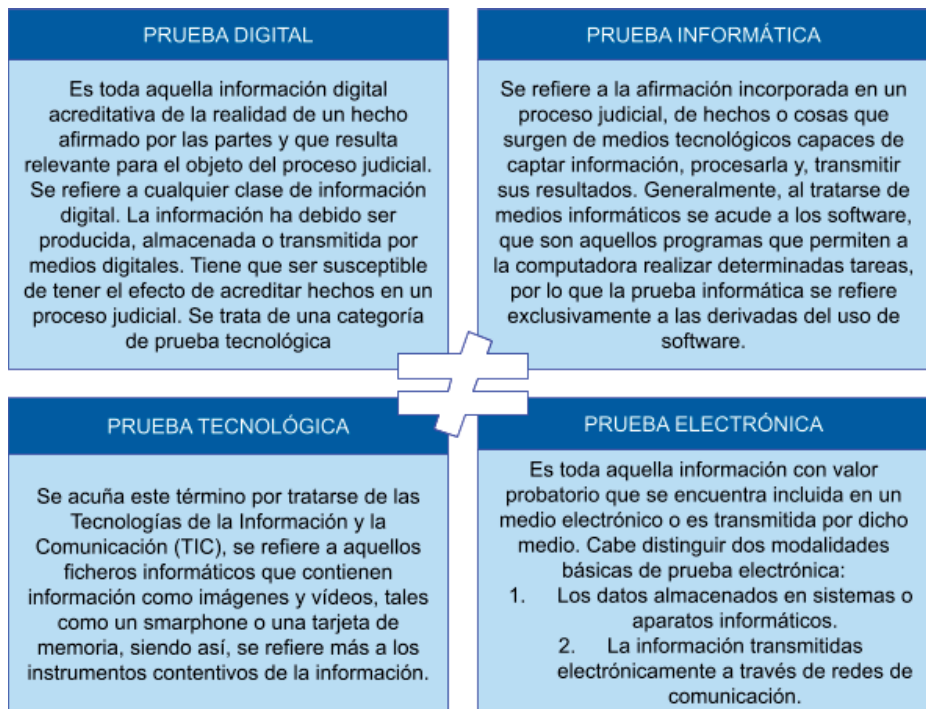
“Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

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.”

Ahora bien, los mensajes de datos resultan la expresión amplia para la prueba electrónica o en soporte electrónico, según Sánchez Crespo esto puede ser definido como aquella información contenida en un dispositivo electrónico

a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico o bien este hecho como cierto atendiendo a una norma legal. En todo caso, y según las diferentes definiciones que se tengan sobre este tipo de prueba siempre abarca cualquier clase de información que es producida o transmitida por medios electrónicos, que puede tener efectos para acreditar hechos en la investigación procesal.

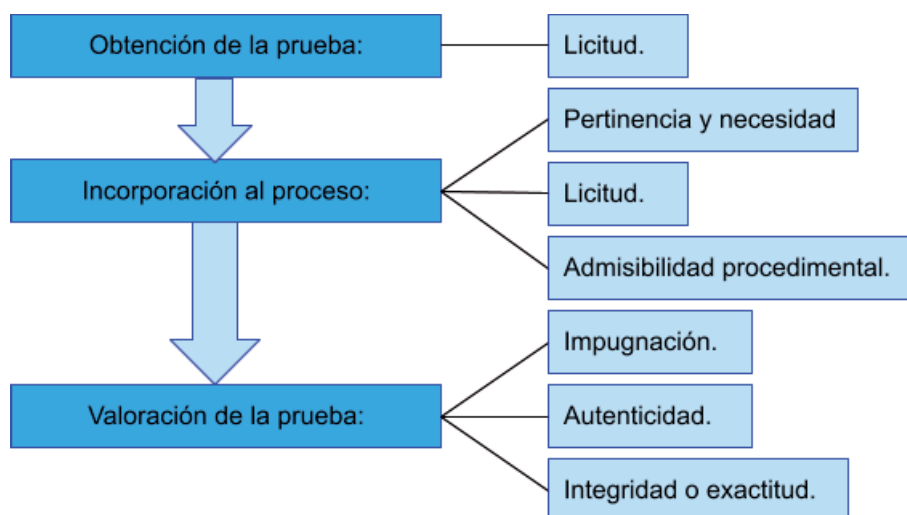
Uno de los ingredientes que diferencia la prueba electrónica es que se basa en lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles y, por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, genera y almacena la información. Hay que tener en cuenta que el lenguaje que se utiliza es un código ininteligible para aquellos que no son informáticos, es decir, el archivo se conserva en sistema binario, pero el texto es fruto de la transformación de ese sistema en una forma de escritura con el lenguaje alfabético usual. La prueba electrónica ha tenido diferentes acepciones dependiendo de lo que se busque, dentro de ellas se encuentra:



Fuente: Elaboración propia.

El concepto ampliamente utilizado por la doctrina es la prueba electrónica, la cual agrupa la prueba digital, la prueba informática y la prueba tecnológica, siendo así, la aportación de las pruebas electrónicas se ha vuelto cada vez más frecuente, incluyendo comentarios en redes sociales, grabaciones de vigilancia, mensajería instantánea como Whatsapp, o los correos electrónicos...

Al igual que los medios probatorios tradicionales es necesario obtener la prueba atendiendo a criterios de licitud, posterior a ello se deberá incorporar al proceso teniendo en cuenta la pertinencia, necesidad, licitud y el proceso en sí mismo, es decir, la instancia procesal en que se debe incorporar la prueba al proceso; para luego entrar a la valoración de la prueba donde se tienen en cuenta como criterios la autenticidad, integridad y exactitud.



Fuente: Elaboración propia.

Es importante reconocer que en Colombia no está definida la prueba electrónica, lo más cercano es la Ley 527 de 1999, que relaciona la Prueba Electrónica con el término de mensaje de datos en el cual expresa que son mensajes de datos toda la información enviada, recibida obtenida, almacenada, en un medio electrónico, por ejemplo USB, computador, teléfono u otros medios electrónicos, eso por un lado y por otra parte mirándolo desde el punto de vista de la admisibilidad probatoria del mensaje de datos como prueba, la legislación lo contempla en el artículo 247 del CGP donde admite el mensaje de datos como medio de prueba. En concordancia con el inciso tercero del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, en el cual se establece que los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos gozarán de la validez y eficacia de un documento original.

Sin embargo, según algunos doctrinantes, para que las pruebas electrónicas entren al proceso deben hacerlo a través de alguno de los medios de prueba legalmente establecidos en el artículo 165 del Código General del Proceso, generando un desconocimiento del avance tecnológico que se presenta en el mundo y de la necesidad de actualizar figuras procesales tan trascendentales como las pruebas.

5. Creación de un nuevo sistema probatorio específico a modo de propuesta

Atendiendo a la pausa jurídica que se ha generado en reconocer de manera más amplia la figura de la prueba electrónica, el derecho procesal ha entrado en un retroceso que perjudica la práctica de pruebas afectando así el debido proceso. A pesar que se ha intentado generar avances, tal como la Sentencia T 043 de 2020 de la Corte Constitucional, en la cual se plantea el valor probatorio de las capturas de pantalla extraídas de las aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, indicando que tiene un valor probatorio atenuado, en el ámbito probatorio los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.

El avance que se ha pretendido por medio de estas sentencias, o de otras normas que enuncian mecanismos virtuales para realizar actuaciones procesales, tal como el Decreto 806 de 2020 o la Ley 2080 de 2021, que es una norma reformativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; no se ha demostrado un reconocimiento efectivo de las nuevas formas probatorias en las actuaciones procesales. Es necesario crear un cambio trascendental en el proceso probatorio colombiano, dado que la evidencia mayoritaria que será aplicable en todos los procesos, es la electrónica, por diferentes razones, por globalización, agilidad, ecología, uniformidad en práctica de pruebas y, para que se genere una administración de justicia más eficaz y eficiente, por ejemplo, los medios de prueba existentes al día de hoy no podría servir para probar un negocio jurídico de hipoteca en blockchain; así mismo, no podría aplicarse para probar un hecho electrónico en ninguna de las jurisdicciones, no resultan suficiente.

Para ello se propone un sistema de prueba unificado específico. En este se busca reconocer el mundo electrónico con sus formas autónomas, no utilizar más la regla de equivalencia funcional o que pase esta a un plano de subsidiariedad, sino establecer un nuevo modelo de proceso probatorio, donde se reconozca el hecho electrónico, y se reconozca que no todo lo que ocurre en el ámbito virtual se valga del medio de prueba documental para ingresar al proceso que se esté tratando, y que sea aplicable a todas las jurisdicciones.

En este nuevo sistema probatorio unificado específico se buscaría la independencia de la prueba del hecho electrónico, tanto de la prueba documental como de la prueba pericial, por medio de mecanismos que permitan demostrar la autenticidad de lo que se pretende introducir al proceso por medio digitales, esta tarea podrá realizarse a través de diferentes mecanismos como el análisis de la identificación hash, que sirve para darle autenticidad a un documento dado, evitando por tanto que un perito informático intervenga para demostrar la autenticidad del mismo; también se podrá acudir a un fedatario público, figura utilizada en países como Perú y España que son aquellos que acompañan al notario y que estarían presentes al momentos de extraer evidencias, que indiquen que el protocolo, la herramienta es la idónea para hacer la extracción de la evidencia que se esté buscando, como una forma de reemplazar al perito informático.

Se le denominaría sistema probatorio unificado específico por cuanto debería usarse en todas las jurisdicciones, se aplicaría para todas aquellas pruebas electrónicas que deban ser aportadas al proceso, iría en concordancia y en apoyo con aplicaciones internacionales tales como el uso de estos sistemas en Perú o en la Unión Europea, donde se atiendan a los principios aplicables en el proceso general, en el proceso probatorio, pero también los principios aplicables a las Tecnologías de la Información. Con esto se busca generar avances en el derecho procesal, orientados a aplicar la virtualidad en el debido proceso.

6. Conclusiones

La contratación estatal es una de las figuras más importantes para poder desarrollar el Estado Social de Derecho, para ello se basa en actuaciones que garanticen la ética, tanto por parte de los funcionarios públicos, como de aquellos que acuden a la contratación estatal para ser proveedores del Estado como en el caso de la subasta inversa electrónica. Sin embargo, las prácticas maliciosas son frecuentes y variadas, tomando como una de ellas, la cartelización, a través de esta figura se genera un engaño al sistema de contratación estatal, toda vez que un grupo de personas se agrupa y fija los precios, evitando así que se dé una libre competencia, que se genere igualdad, que se cumpla con los principios básicos de la contratación estatal tales como la eficiencia, eficacia y economía.

Aunado a ello, se genera una violación flagrante contra la transparencia como eje fundamental de la ética pública, ya que, si bien es cierto, el sistema de la subasta inversa electrónica busca una adjudicación del contrato de forma transparente, pública y objetiva, se impide que se logren estos fines por el oligopolio que se da entre los proponentes de la contratación estatal. Sin embargo, con el creciente desarrollo virtual que se ha generado y que se ha masificado por la pandemia del Covid - 19, las prácticas maliciosas no han cesado.

Al ser un tema sustancial que afecta el derecho administrativo, se acude a los medios de control que trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en específico, al medio de control de nulidad, el cual es idóneo al tratarse de una etapa precontractual, como lo es la subasta inversa electrónica, por remisión expresa del artículo 141 del mismo Código, el cual consagra las controversias contractuales, pero indica la idoneidad del medio de control de nulidad en etapas precontractuales.

Atendiendo al Decreto 806 de 2020, este proceso, al igual que los demás, deberá ser desarrollado por medios tecnológicos, y se establece que habrá sentencia anticipada en caso que se trate de asuntos de puro derecho o que no hayan pruebas que practicar. Esto no ocurre en el caso planteado, toda vez que es necesaria la práctica de pruebas para que se demuestre por medio de la verdad procesal la vulneración a la ética pública.

Sin embargo, a pesar de los avances que ha tratado de realizar el legislador junto a la Corte Constitucional, la práctica de pruebas digitales y en época de virtualidad, resulta insuficiente e incluso, violatoria del debido proceso. Si bien es cierto, se tiene la Ley 527 de 1999 que trae el principio de equivalencia funcional, para que se valoren las pruebas electrónicas en igualdad de condiciones y de efectos jurídicos que las pruebas tradicionales, esto no es suficiente.

Es necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio, al cual se le podría denominar sistema probatorio unificado específico, a través del cual se genere un avance significativo en materia jurídica procesal, trayendo figuras de vanguardia que se ajusten a las circunstancias actuales y que ayuden a materializar aquellos preceptos normativos que se tienen desde la Ley 270 de 1996, la ley estatutaria de administración de justicia, que establece la necesidad de desarrollar aquellos instrumentos tecnológicos para el correcto desarrollo del proceso. No es suficiente aplicar reglas analógicas de las pruebas tradicionales, el principio de equivalencia funcional ya no es el adecuado para garantizar un proceso con respeto de todas las garantías a que haya lugar.

A través de la creación del nuevo sistema probatorio unificado específico se conseguiría garantizar la ética pública que se ve vulnerada a través de la cartelización que se presenta en la subasta inversa electrónica, toda vez que se podrán analizar, por medio del hash que los documentos que sean presentados al

proceso de contratación estatal no presenten alteraciones, también, por medio del fedatario público, se podrá conseguir la prueba del acuerdo electrónico que pudo surgir entre las partes para generar aquella cartelización; así mismo, apoyados por la inteligencia artificial, se podría crear un software que analice las condiciones de calidad y de concordancia entre el proponente y su oferta, o podría darse la creación de un software que reemplace al perito, indicando el valor que se debe tener de los productos que se discuten en la contratación estatal mediante la subasta inversa electrónica.

Es por lo anterior que es necesaria la creación de un nuevo sistema probatorio, es imperativo contar con el apoyo de la inteligencia artificial en todas las etapas probatorias y en todas las etapas procesales, ya que generan una ayuda para el ser humano, y podrán facilitar una correcta administración de justicia, así como sirve para garantizar la ética pública en los procesos de contratación estatal electrónica, a través de la subasta inversa electrónica.

Bibliografía

- Combariza Camargo, Eliana Andrea. (2012). Violación del debido proceso material democrático como causal de nulidad de los actos administrativos (acuerdos municipales) en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 1437 de 2011. pp. 12 - 14. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/558/378/>
- Ximena Pinto Nerón (2015). Ética y contratación pública. MONOGRÁFICO ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA. Aletheia. Cuadernos Críticos del Derecho. pp. 85-115. http://www.liberlex.com/archivos/XPN_ECP.pdf
- Fabio Hernández Ramírez (2018). Ética de lo público. Modelo de gestión ética para las entidades del Estado colombiano. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- INTEGRITAS: Revista de Ética. pp. 82-94.
- JOSÉ DUBIN GARCÍA LINARES (2011). ENTRE LA PILA Y EL AGUA BENDITA “Ética y contratación pública empresarial”. Universidad Militar Nueva Granada. Trabajo de Grado. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3481/GarciaLinaresJoseDubin2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Manuel Villoria (2011). La Ética Pública Y Los Códigos De Conducta. El derecho a una buena administración y la ética pública. Tirant Lo Blanch. Monografías. pp. 179-201. <https://biblioteca-tirant.com.sibulgem.unilibre.edu.co/cloud-Library/ebook/info/9788490041468>

- José Chamizo De La Rubia (2011). Defensores Y Ética Pública. El derecho a una buena administración y la ética pública. Tirant Lo Blanch. Monografías. pp. 203-207. <https://biblioteca-tirant-com.sibulgem.unilibre.edu.co/cloud-Library/ebook/info/9788490041468>
- Castelazo, José R. (2010). Administración pública: una visión de Estado. Administración pública: una visión de Estado. México. pp. 195-220. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3361-administracion-publica-una-visionde-estado-2a-ed>
- Seijo S., Cristina. & Añez T., Noel. (2008). La Gestión Ética En La Administración Pública: Base Fundamental Para La Gerencia Ética Del Desarrollo. Revista Electrónica Arbitrada del Centro de Investigación de Ciencias Administrativas y Gerenciales. Vol. 5, núm. 1. pp. 14-26. <http://ojs.urbe.edu/index.php/cicag/article/view/446>
- Nieves-López, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. Revista Verba Iuris, 12(37), pp. 13-24.
- Sánchez Baptista, Nestor Raúl. (2017). Derecho Procesal Administrativo. Biblioteca Jurídica Dike. pp. 111.
- Revnivkykh, Alexander V. & Fedotov, Anatoliy M. (2016). Main Reasons of Information Systems Vulnerability. Global Journal of Pure and Applied Mathematics. Volumen 12, número 3. pp. 2133–2142. <http://www.ripublication.com/gjpam.htm>
- Gómez, Álvaro. Seguridad Informática, básico. Ecoe Ediciones, 2011. Digitalia, <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/70537>
- El profesional de la información y el comportamiento ético en el contexto actual. (2009). Retrieved 25 May 2021, from <https://www.eumed.net/rev/cccss/06/ggmr.htm#:~:text=Breve%20introducci%C3%B3n%20al%20tema%20de%20la%20C3%89tica&text=Posteriormente%20se%20us%C3%B3%20para%20referirse,maneras%20de%20actuar%20o%20comportarse>.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 11001-03-06-000-2019-00126-00. C.P. Édgar González López. 16 de diciembre de 2019.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1881. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. 30 de abril de 2018.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. IJ-007 de octubre 26 de 1999, M.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.
- Corte Constitucional. Sentencia T-286 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 20 de mayo de 2013.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 00926 de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. 1 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Cancilleria.gov.co. 2021. Ministerio de Relaciones Exteriores - Normograma [25000-23-36-000-2014-01265-01(57741)]. [online] Available at: <[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/25000-23-36-000-2014-01265-01\(57741\).htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/25000-23-36-000-2014-01265-01(57741).htm)> [Accessed 26 May 2021].
- Colombia Compra Eficiente. SECOP II. Agencia nacional de Contratación Pública. <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>
- Supply Chain Management. (enero de 2003) e-Procurement. Importancia y Aplicación. https://www.researchgate.net/publication/328174732_e-Procurement_Importancia_y_Aplicacion.
- Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano (2017) Polanco López, Hugo Armando. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1787/2310/>
- Hilda Naessens. Ética pública y transparencia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles : congreso internacional, Sep 2010, Santiago de Compostela, España. pp. 2113-2130.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. (12 de septiembre de 2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. Diario Oficial No. 47.956.
- Mesa Elneser, Ana María. La evidencia digital en el derecho colombiano. (2020) Colombia.
- Palacios, Andrés. (2019). La lucha contra los carteles empresariales en la contratación estatal en Colombia. Latin American Law. no. 03. 117-134. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.29263/lar03.2019.06>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. <https://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>
- Daniela Alexandra Del Rio Cortes, Johan Andrei Talero Moreno y Andrea Alarcón Peña. “Cartelización empresarial desde la perspectiva de la libre

competencia colombiana” Memorias del IX Encuentro Institucional, VII nacional y V Internacional de Semilleros de Investigación. <https://investigaciones.uniagustiniana.edu.co/wp-content/uploads/2019/05/Memorias-Semilleros-2017-VF-1.pdf#page=65>

Rodríguez Prieto, V. C. (2019). Resarcimiento de los daños causados por la cartelización empresarial en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia

Lara Riveros, Mayra Alexandra. La inaplicabilidad de la acción de grupo como mecanismo indemnizatorio en los casos de cartelización empresarial en Colombia. Universidad de los Andes. 2018. Bogotá, Colombia.

Florian, M. (2018). Crisis de la ética gerencial en Colombia: cartelización empresarial frente a procesos de contratación pública. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/20623>