



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Perú

Del Piazzo, Carlos E.

Contratación pública electrónica en Europa y América Latina

Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, 2011, pp. 147-167

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656149008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Contratación pública electrónica en Europa y América Latina

Electronic Procurement in Europe and Latin America

CARLOS E. DELPIAZZO\*

**Resumen:** La convergencia tecnológica (de la Informática y las Telecomunicaciones) y la convergencia jurídica (de los Derechos administrativos, impuesta por la globalización) han aparejado sensibles transformaciones en el campo de la contratación pública. Partiendo de la consideración de los acuerdos alcanzados en la materia a nivel de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común del Sur (Mercosur), el trabajo examina cómo se ha evolucionado hacia la regulación de la contratación pública por medios electrónicos en Europa y en América Latina.

**Palabras clave:** Contratación pública – contratación electrónica – principios de la contratación – procedimientos de contratación – convergencia tecnológica – convergencia de los derechos administrativos

**Abstract:** Technological convergence (of Informatics and Telecommunications) and legal convergence (of administrative rights, imposed by globalization) have caused sensitive changes in the public procurement field. Based on the agreements reached in this area at the World Trade Organization (WTO), European Union (EU) and the Southern Common Market (Mercosur), this article examines the evolution of the public procurement regulation through electronic resources in Europe and Latin America.

**Key words:** Public procurement – electronics procurement – public procurement principles – public procurement procedures – technological convergence – convergence of administrative rights

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. CONVERGENCIA JURÍDICA.– II. SUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.– III. CONCRECIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.– IV. CONCLUSIÓN.

---

\* Es doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, profesor de Derecho Administrativo, de Informática Jurídica y de Derecho Telemático, y director del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha universidad. También es profesor de Derecho Administrativo, director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, profesor invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España), visitante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina), extraordinario visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Es autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad, miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, además de secretario general del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

## INTRODUCCIÓN

Es una realidad indiscutible que asistimos a transformaciones actuales en la contratación del sector público<sup>1</sup> determinadas principalmente por la “convergencia tecnológica” de la informática y de las telecomunicaciones<sup>2</sup> por un lado, y por la “convergencia jurídica” de los Derechos administrativos<sup>3</sup> por otro.

Dos aspectos de tales transformaciones que merecen especial atención son el tránsito de los contratos administrativos a los contratos públicos y la progresiva migración de la contratación convencional a la electrónica.

En cuanto al pasaje de los contratos administrativos a los contratos públicos, este implica dar vuelta definitiva a la página de la historia acerca de la vieja oposición de origen francés entre los contratos administrativos y los contratos privados de la administración. Para sostener dicha cuestión, sostuve siempre<sup>4</sup>, en concordancia con la más calificada doctrina uruguaya<sup>5</sup>, que era más apropiado hablar de contratos de la administración o de contratación administrativa que de contratos administrativos, ya que esta última designación trae reminiscencias de la teoría de la doble personalidad del Estado y no es útil ni desde el punto de vista conceptual ni del Derecho positivo cuando no existen problemas de jurisdicción.

La introducción de la categoría del contrato público tiene por objeto aportar mayor amplitud que la que ofrece la del contrato de la administración, entendido este como una forma de la actividad administrativa cuyas notas específicas respecto al género contractual derivan de la singularidad de la administración y de la presencia del fin público que caracteriza su actuación.

Así, con firme apoyatura en el Derecho comunitario europeo antecedente<sup>6</sup>, la nueva ley española 30/2007, del 30 de octubre de 2007, establece en su artículo 2 que son contratos del sector público “los

1 Delpiazzo, Carlos E. “Estado actual de la contratación administrativa”. *Revista de Derecho Público*, Nº 17, Montevideo, 2000, pp. 111 y siguientes; “Carácteres e innovaciones en la contratación administrativa”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Nº 13, Curitiba, 2003, pp. 97 y siguientes; “El e-procurement o el nuevo rostro de la contratación administrativa”. En *Derecho informático*. Tomo III. Montevideo: F.C.U, 2003, pp. 311 y siguientes; y “Acerca de la contratación administrativa electrónica”. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, Nº 1, Lima, 2006, pp. 153 y siguientes.

2 Delpiazzo, Carlos E. “Derecho de la informática y las telecomunicaciones”. En *XXIX Curso de Derecho Internacional* (Organización de Estados Americanos). Washington, 2002, pp. 395 y siguientes.

3 Cassese, Sabino. “El problema de la convergencia de los Derechos administrativos”. *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Nº 5, Buenos Aires, 1996, pp. 3 y siguientes.

4 Delpiazzo, Carlos E. *Manual de contratación administrativa*. Tercera edición actualizada. Tomo I. Montevideo: Editorial Universidad, 1996, pp. 19 y 20; y “Contratación Administrativa”. Reedición 2004. Montevideo: U.M., 1999, pp. 13, 14 y 241.

5 Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. Montevideo, 1963, p. 537; y Prat, Julio A. *Derecho administrativo*. Tomo 3, vol. 2. Montevideo: Acalí, 1978, pp. 209 y siguientes.

6 Razquin Lizárraga, Martín M. *Contratos públicos y Derecho comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 243 y siguientes.

contratos onerosos, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3º. Dicha norma remitida define el ámbito subjetivo de quienes “se considera que forman parte del sector público” (numerales 1 y 2) y precisa que se reputarán poderes adjudicadores los siguientes entes, organismos y entidades (numeral 3):

- a. las administraciones públicas;
- b. todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; y
- c. las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

De este modo, a través de la noción de “poderes adjudicadores” se introduce un concepto eminentemente funcional (y ya no orgánico) de quienes quedan alcanzados por la normativa respectiva, que refiere no solo a la administración sino a todo el sector público.

Por otra parte, la migración de la contratación convencional a la electrónica es una lógica consecuencia del desarrollo contemporáneo de la llamada administración electrónica<sup>7</sup> consecuencial a la incorporación de nuevas tecnologías para el desenvolvimiento del obrar administrativo.

Cuando se reflexiona acerca de qué agrega el calificativo de “electrónica” a la contratación pública<sup>8</sup>, es fácil llegar a la conclusión de que simplemente se está ante una parcela (el *e-procurement*) del más amplio campo del comercio electrónico (el *e-commerce*), que deja de desenvolverse solo entre particulares —sean empresas entre sí (*business to business*) o con sus clientes (*business to consumer*)— para ingresar al campo de las relaciones alcanzadas por el Derecho público<sup>9</sup>.

7 Delpiazzo, Carlos E. “Telecomunicaciones y administración”. En Fernando Galindo (coordinador). *Gobierno, Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, pp. 449 y siguientes; “Transformaciones de la administración frente a las telecomunicaciones”. En Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (coordinadores). *Régimen jurídico de la radio, televisión y telecomunicaciones en general*. México: UNAM, 2007, pp. 113 y siguientes; y “Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la administración prestacional a la administración electrónica”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 11, La Coruña, 2007.

8 Delpiazzo, Carlos E. *El e-procurement o el nuevo rostro de la contratación administrativa*, Ob. cit., pp. 311 y siguientes.

9 Delpiazzo, Carlos E. “Derecho y nuevas tecnologías de la información en los umbrales del siglo XXI”. En *Derecho informático*. Tomo V. Montevideo: F.C.U., 2005, pp. 192 y 193.

Así, no puede extrañar que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones estén introduciendo una cierta uniformización de posibilidades y medios de desarrollar actividades con finalidad negocial mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones, sin que exista un contacto físico entre quien oferta un bien o servicio y quien lo demanda. Como las administraciones públicas no se encuentran excluidas de la posibilidad de acceder a tales intercambios, es lógico inferir que cabe la “posibilidad fáctica” de que un ente público adquiera un determinado bien —en el país o en el exterior— de computador a computador, sea que lo haga directamente, sea que efectúe un llamado público a interesados, dependiendo de la normativa aplicable.

Superada la etapa de las redes cerradas, la realidad de hoy es la de la accesibilidad por cualquiera —también por las entidades del sector público— a la celebración de negocios electrónicos sin limitaciones en el ámbito globalizado de las redes abiertas<sup>10</sup>.

Para que la contratación pública realizada mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones tenga “viabilidad jurídica”, se requiere una adecuación del marco normativo a fin de facilitar y dar seguridad a los intercambios, de modo similar a lo que acontece en la vida negocial privada<sup>11</sup>.

En tal escenario, procede relevar los esfuerzos de convergencia jurídica más importantes en la materia para examinar luego los supuestos y concreción de la contratación electrónica.

## I. CONVERGENCIA JURÍDICA

Para poner de manifiesto el fenómeno de la convergencia jurídica en materia de contratación pública, se hará referencia a los acuerdos alcanzados en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común del Sur (Mercosur).

### I.1. Organización Mundial del Comercio

A partir de la constatación de que la contratación pública es un importante capítulo del comercio internacional, al finalizar la Ronda Uruguay del gatt, uno de los tratados plurilaterales alcanzados en Marrakech fue el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) del 15 de abril de 1994<sup>12</sup>.

10 Delpiazzo, Carlos E. y María José Viega. *Lecciones de Derecho telemático*. Montevideo: F.C.U., 2004, pp. 53 y siguientes.

11 Delpiazzo, Carlos E. “Adecuación del Derecho uruguayo a los requerimientos del comercio electrónico”. En *Derecho informático*. Tomo II. Montevideo: F.C.U., 2002, pp. 83 y siguientes; “Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica”. *Revista Informática y Derecho*, vol. 7, Buenos Aires, 2001, pp. 113 y siguientes; y “Oportunidades y obstáculos del e-commerce”, en *Derecho informático*. Tomo II. Montevideo: F.C.U., 2002, pp. 221 y siguientes.

12 Vigente desde el 1 de enero de 1996 (artículo 24, numeral 1).

De acuerdo a su artículo 1, “El presente Acuerdo [sic] es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I”.

Dicho apéndice se divide en cinco anexos correspondientes a cada Estado parte:

- a. en el anexo 1 figuran las entidades de los gobiernos centrales;
- b. en el anexo 2 figuran las entidades de los gobiernos sub centrales;
- c. en el anexo 3 figuran todas las demás entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones del acuerdo;
- d. en el anexo 4 constan, mediante enumeración positiva o negativa, los servicios abarcados en el acuerdo; y
- e. en el anexo 5 constan los servicios de construcción abarcados.

Por lo tanto, más allá de la adecuación correspondiente a la realidad organizativa de cada Estado, es de ver la expansión del concepto de contratación pública que desborda los límites tradicionales de la contratación administrativa.

En virtud del artículo 3, se prevé la regla del trato nacional y no discriminación, sin perjuicio del trato especial diferenciado para los países en desarrollo (artículo 5).

El acuerdo contiene luego normas sobre procedimientos de selección (artículo 6 y siguientes), poniendo especial énfasis en la transparencia de los mismos (artículo 17 y siguientes) y en las garantías de impugnación (artículo 20).

Entre las disposiciones finales (artículo 24), el numeral 8 contempla la incorporación de tecnologías de la información, estableciendo que, con el fin de velar a que el acuerdo no constituya un obstáculo innecesario al progreso técnico, las partes celebrarán consultas periódicas acerca de las novedades que se hayan producido en la utilización de la tecnología de la información en la contratación pública y, en caso necesario, negociarán modificaciones al acuerdo. Agrega que:

Esas consultas tenderán especialmente a garantizar que la utilización de la tecnología de la información promueva el objetivo de que la contratación pública sea abierta, no discriminatoria y eficiente, mediante la utilización de procedimientos transparentes, que los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo estén claramente definidos y que sea posible identificar toda la información disponible en relación con un contrato concreto.

## I. 2. Unión Europea

A nivel europeo, corresponde hacer referencia a la directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004<sup>13</sup>, en virtud de la cual se procedió a la “refundición en un único texto” (según se consigna en su considerando 1) de una serie de directivas anteriores sobre contratación pública, incorporando también criterios sustentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario.

En orden a su alcance, dice en su artículo 1, numeral 2, literal, que “Son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”. Agrega el numeral 9 que “son considerados poderes adjudicadores el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”. Dentro de la categoría de “organismos de Derecho público” se comprende todo aquél:

- a. creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b. dotado de personalidad jurídica; y
- c. cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En lo que refiere a la recepción de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública, la directiva contempla dos acciones diferenciadas: el uso de los medios electrónicos como herramientas de apoyo a la contratación y la implantación de procedimientos llevados a cabo por medios electrónicos<sup>14</sup>.

Por una parte, en cuanto a los aspectos de soporte a los procedimientos de contratación, se destaca la publicación por medios electrónicos de la información relativa a los contratos y la presentación, por vía electrónica, de las ofertas que realicen los distintos operadores.

13 Vigente desde el 30 de abril de 2004, fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 83).

14 Medina, Teresa. “La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa”. En Fernando Galindo (coordinador). *Gobierno, Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Ob. cit., pp. 535 y siguientes.

Tal como se manifiesta en la parte expositiva de la directiva, “conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información” (considerando 35).

En ese sentido, el apartado 1 del artículo 42, capítulo VI, titulado “Normas de publicidad y transparencia”, prevé que “Todas las comunicaciones y todos los intercambios de información [...] podrán hacerse, a elección de los poderes adjudicadores, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a los apartados 4 y 5, por teléfono en los casos y condiciones contemplados en el apartado 6, o mediante una combinación de dichos medios”.

De acuerdo con el remitido apartado 4, se establece que “Los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general”.

A su vez, el apartado 5 dispone que para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y los dispositivos de recepción electrónica de las solicitudes de participación se aplicarán las normas siguientes:

- a. la información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas;
- b. podrá exigirse que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una firma electrónica;
- c. los oferentes deberán presentar los documentos que no estén disponibles en forma electrónica, antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas; y
- d. deberán cumplirse los requisitos contemplados en el anexo X (que refiere a garantías técnicas mínimas).

Por otra parte, respecto a los procedimientos electrónicos de contratación, la directiva regula dos, a los que denomina sistemas dinámicos de adquisición y subasta electrónica.

Para caracterizar a cada uno de ellos, cabe tener en cuenta la ya citada disposición del artículo 1, definiciones, que incluye las siguientes:

[...] un sistema dinámico de adquisición es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de

selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones (numeral 6); y

[...] una subasta electrónica es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticas (numeral 7).

Asimismo, corresponde destacar que los artículos 33 y 54 regulan detalladamente la utilización y tramitación de ambos tipos de procedimientos electrónicos.

### I.3. Mercosur

El Mercado Común del Sur fue fundado el 26 de marzo de 1991 como un ámbito de integración intergubernamental (sin supranacionalidad) mediante el tratado de Asunción suscrito por los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>15</sup>.

En virtud de la Decisión del Consejo del Mercado Común 27/04, del 9 de diciembre de 2004, se aprobó el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur<sup>16</sup>.

Interesa destacar que su artículo 1, numeral 2, destaca la importancia de los principios generales de Derecho en la materia<sup>17</sup>, al prever que “Los procesos de contrataciones públicas de bienes, servicios y obras públicas deberán ser realizados de forma transparente, observando los principios básicos de legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, vinculación al instrumento de la convocatoria, concurrencia y los demás principios que concuerden con ellos”. A ellos se agregan los de no discriminación (artículos 5 y 19, numeral 1) y defensa de la competencia (artículo 28).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 2 dispone que “El Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que las entidades de todos los niveles de gobierno federales y sub federales celebren para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas mediante cualquier método contractual”, e incluye en el anexo

15 Gros Espiell, Héctor; Carlos E. Delpiazzo y otros. *El Derecho de la integración del Mercosur*. Montevideo: U.M., 1999, pp. 35 y siguientes.

16 No vigente en virtud de que, conforme al numeral cuarto de la Decisión del CMC, su efectiva aplicación “estará subordinada a la aprobación de su Reglamento... y a su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes”, lo que no ha ocurrido.

17 Delpiazzo, Carlos E. *Normas y principios de la contratación administrativa*. Montevideo: F.C.U., 2002, pp. 28 y siguientes; “Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa”. En *Derecho administrativo*. Tomo XIII, pp. 65 y siguientes; y “Los principios generales en la contratación pública”. En Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Isern (directores). *La contratación pública*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 543 y siguientes.

I a las entidades comprendidas en la norma —cuya amplitud desborda el ámbito exclusivo de las administraciones públicas en sentido estricto de cada país—.

En materia de utilización de nuevas tecnologías, se advierte una perspectiva marcadamente instrumental manifestada en los siguientes aspectos principales:

- a. la imposición a cada Estado de procurar implementar un sistema electrónico unificado para la difusión de la información referida a las contrataciones públicas regionalmente (artículo 10, numeral 6);
- b. el estímulo al uso electrónico de medios electrónicos de divulgación para publicar los avisos de licitación y la información para participar en contrataciones públicas (artículo 22, numeral 4);
- c. la procura por cada Estado Parte de implementar un sistema electrónico único de información para la divulgación de los avisos de sus respectivas entidades (artículo 22, numeral 6);
- d. la previsión de la licitación electrónica (artículo 22, numeral 8); y
- e. la procura por cada Estado Parte de poner a disposición del público a través de medios electrónicos la información relativa a los resultados de las licitaciones (artículo 26, numeral 4).

Significa que, aunque el grado de desarrollo del protocolo mercosuriano es mucho menor que el de la directiva europea vigente, su normativa participa de similar visión instrumental en cuanto a la viabilidad de la contratación pública electrónica.

## II. SUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En general, la contratación electrónica plantea una serie de peculiaridades que la diferencian de la contratación convencional e impone un conjunto de requerimientos para ser jurídicamente viable.

### II.1. Variantes que plantea

El actual contexto de la contratación electrónica presenta una serie de características que no pueden dejar de ser consideradas, con independencia de que ella refiera al sector público o al sector privado.

Según se ha destacado con acierto, pueden señalarse los siguientes caracteres o rasgos que la singularizan<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> Vicente Blanco, Dámaso Javier. "Administración electrónica y regulación estatal: problemas de Derecho internacional privado contractual en materia de contratos electrónicos de consumo". En Fernando Galindo (coordinador). *Gobierno, Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Ob. cit., pp. 562 y 563.

- a. el medio de realización del contrato es electrónico o digital, ya que se lleva a cabo a través de un computador conectado a la red de redes;
- b. la contratación se realiza en el denominado ciberespacio, definiendo como “el lugar sin lugar”, o sea en un “espacio deslocalizado”, de modo que a priori no se pueden identificar con inequívoca seguridad las vinculaciones territoriales de los distintos elementos de la relación jurídica (ubicación de las partes, lugar de celebración o de ejecución de las obligaciones, etcétera);
- c. implica la “desmaterialización” —que antes llamé “despapelización”<sup>19</sup>— y, por ende, el requerimiento de nuevos mecanismos de prueba que den seguridad y soporte a las operaciones;
- d. el ámbito en que actúan las partes (internet) es una red abierta con participantes heterogéneos (consumidores, empresas, administraciones) sometidos a regímenes jurídicos diferenciados;
- e. el intercambio desborda los territorios soberanos, ya que no pasa por controles fronterizos geográficos;
- f. la interconexión permite relaciones directas que posibilitan la eliminación de los intermediarios tradicionales, aunque aparecen otros necesarios, tales como proveedores de acceso y prestadores de servicios de certificación<sup>20</sup>;
- g. aparecen nuevos riesgos<sup>21</sup>; y
- h. las transacciones se realizan con mayor rapidez.

Tal conjunto de caracteres muestra que no es imprescindible un régimen jurídico propio y nuevo para los contratos electrónicos, pero sí una adaptación de las reglas clásicas a las nuevas exigencias impuestas por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones.

## II.2. Respuestas que exige

La contratación en general y la pública en particular, cuando se realizan mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones —tanto en su formación como en su ejecución (cuando esta sea posible a través de ellas)—, requieren una adecuación del marco normativo, tanto por razones de facilitación como de seguridad jurídica.

<sup>19</sup> Delpiaggio, Carlos E. “Regulación del procedimiento administrativo electrónico”. En *Procedimiento administrativo electrónico*. Montevideo: O.N.S.C., 1998, pp. 151 y siguientes; “Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del decreto 65/998 sobre procedimiento administrativo electrónico”. *Revista Derecho de la Alta Tecnología*, Año X, Nº 116, Buenos Aires, 1998, pp. 24 y siguientes; e “Informatización del procedimiento administrativo común”. En VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Montevideo, 1998, pp. 776 y siguientes.

<sup>20</sup> Delpiaggio, Carlos E. y María José Viega. *Lecciones de Derecho telemático*. Ob. cit., pp. 79 y siguientes.

<sup>21</sup> Delpiaggio, Carlos E. *Oportunidades y obstáculos del e-commerce*. Ob. cit., pp. 221 y siguientes.

Según se ha destacado, una vez aceptada la validez jurídica de los documentos electrónicos y el reconocimiento de la firma electrónica con valor igual entre la administración pública y los privados, la convergencia permite poner en marcha esta nueva forma de vinculación, propia del llamado gobierno electrónico<sup>22</sup>.

En efecto, documentación electrónica y firma electrónica son los dos pilares fundamentales que sustentan los procedimientos y actos administrativos electrónicos y, consiguientemente, la tramitación en expediente electrónico que permite el relacionamiento del administrado con la administración los 365 días del año, sin limitación de horario de atención al público, o sea, las 24 horas de cada día de la semana.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que los derechos positivos nacionales cada vez tienen menos relevancia en lo que refiere a las transacciones que se realizan en el ciberespacio —que no tiene fronteras territoriales ni reconoce soberanías—, corresponde destacar la creciente relevancia de las regulaciones convergentes generadas desde las instancias internacionales y regionales.

Adicionalmente, es preciso enfatizar la importancia de la aplicación de los principios generales de Derecho<sup>23</sup> como reglas jurídicas aplicables a la solución de los nuevos problemas que plantea la contratación electrónica, también cuando una de las partes en ella es una entidad estatal.

En tal sentido, cabe hacer caudal en los principios generales que sustentan el comercio electrónico por un lado y en aquellos que refieren a la contratación pública por otro.

En materia de comercio electrónico, tanto entre particulares como con organismos públicos, se han señalado como reglas universales de carácter principal las siguientes: equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras; inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos; exigencia de buena fe; y, finalmente, reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto<sup>24</sup>.

En primer término, el principio de la equivalencia funcional ha sido formulado al decir que “la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con

22 Martino, Antonio. “E-government: la convergencia es su motor, la privacy su límite”. En *Anales de las 30 jornadas argentinas de informática e investigación operativa*. Buenos Aires, 2001, p. 508.

23 Delpiazzo, Carlos E. *Derecho administrativo uruguayo*. México: Porrúa UNAM, 2005, pp. 12 y siguientes; y Delpiazzo, Carlos E. y María José Viega. *Lecciones de Derecho telemático*. Ob. cit., pp. 73 y siguientes.

24 Illescas ortíz, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid: Civitas, 2001, p. 37.

independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado”<sup>25</sup>. Este principio ha encontrado expresión concreta en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas gestadas en el ámbito de la cnudmi. Asimismo, ha sido reconocido implícitamente en múltiples legislaciones nacionales.

En segundo término, conforme al principio de la neutralidad tecnológica, se pretende que las normas que se dicten en relación con el ciberespacio abarquen no solo la tecnología existente en el momento que se formulan, sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación<sup>26</sup>.

En tercer término, el principio de la inalteración del Derecho preexistente parte del reconocimiento de que la telemática no es sino un nuevo soporte y ámbito de encuentro de voluntades pero no un nuevo derecho regulador de su significación jurídica.

En cuarto término, el principio de buena fe, de honda raigambre en los sistemas jurídicos occidentales, connota la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva —particularmente en las relaciones de la administración con los administrados<sup>27</sup>— y que es especialmente relevante en el mundo de las relaciones a distancia en internet. Según se ha destacado con acierto, el principio de buena fe representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico<sup>28</sup> y, concretamente, el valor de la confianza en la conducta de los actores en el ciberespacio.

En quinto término, el principio de libertad es una manifestación más de la inalterabilidad del derecho preexistente, especialmente en materia contractual, tal como lo reconoce, por ejemplo, el artículo 1.1 de los principios de unidroit para los contratos de comercio internacional, según el cual “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”<sup>29</sup>.

A su vez, en materia de contratación pública, suelen destacarse como principios generales de derecho más relevantes los siguientes: flexibilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario, publicidad, igualdad y

---

25 Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Ob. cit., p. 41.

26 Rico Carrillo, Mariliana. *Comercio electrónico, internet y Derecho*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2005, pp. 69 y siguientes.

27 González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 36 y siguientes, y especialmente pp. 44 y siguientes.

28 Brito, Mariano R. “Principios del procedimiento administrativo común”. En Autores varios. *Procedimiento administrativo*. Montevideo: UCUDAL, 1991, pp. 14 y 15; y Frugone Schiavone, Héctor. “Principios del procedimiento administrativo”. En Autores varios. *El nuevo procedimiento administrativo*. Montevideo: PRONADE, 1991, p. 35.

29 Ver: Unidroit. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma, 1995.

concurrencia<sup>30</sup>, los cuales “servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”<sup>31</sup>.

Entre ellos, interesa destacar por su especial relevancia en orden a la contratación electrónica los principios de flexibilidad, ausencia de ritualismo y materialidad, a los que debe agregarse el principio de transparencia edictado en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en las legislaciones nacionales que la desarrollan.

En primer término, por lo que refiere al principio de flexibilidad, este aboga contra la rigidez de los mecanismos y expedientes convencionales de contratación. En segundo lugar, el principio de ausencia de ritualismo postula la viabilidad del empleo de nuevas tecnologías en la medida que juzga a la actividad administrativa —también la contractual— en función de la sustancia y no de las meras formas.

En tercera instancia, el principio de materialidad conduce a igual conclusión ya que apunta a la significatividad, a lo relevante o trascendente por oposición a lo que no importa tanto, como es el caso de las formalidades superables.

Finalmente, el principio de transparencia coadyuva al conocimiento pleno del obrar público a través de la diafanidad del quehacer estatal, facilitado por las nuevas tecnologías de la información. Al respecto, he señalado antes de ahora, con específica referencia a la contratación administrativa, que “la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver, simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal”<sup>32</sup> —en este caso, a través de internet—.

### III. CONCRECIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Teniendo en cuenta los supuestos indicados, corresponde referirse a cómo se concreta la contratación electrónica del sector público, tanto en lo procesal como en lo sustantivo. Para ello, se partirá de algunas consideraciones generales de base para referirse luego a su recepción normativa en los derechos español y uruguayo, como exponentes respectivamente de las realidades convergentes de la Unión Europea y el Mercosur.

30 Delpiazzo, Carlos E. *Normas y principios de la contratación administrativa*. Ob. cit., pp. 27 y siguientes; *Manual de contratación administrativa*. Tercera edición actualizada. Ob. cit. Tomo I, pp. 40 y siguientes; y *Contratación Administrativa*. Ob. cit., pp. 19 y siguientes.

31 Delpiazzo, Carlos E. *Texto ordenado de contabilidad y administración financiera*. Sexta edición. Montevideo: F.C.U., 2008, pp. 85.

32 Delpiazzo, Carlos E. “Transparencia en la contratación administrativa”. En *Liber amicorum discipulorumque José Aníbal Cagnoni*. Montevideo: F.C.U., 2005, pp. 129 y siguientes; y “Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa”. *Revista trimestral de Dereito Público*, N° 46, São Paulo, 2007, pp. 5 y siguientes.

### III.1. En los procedimientos de contratación

Con carácter general, reconocidas la validez y eficacia del documento electrónico y de la firma electrónica, no solo es posible que el procedimiento administrativo común y muchos procedimientos administrativos especiales —como los de selección de contratistas<sup>33</sup>— se desarrollem íntegramente mediante expediente electrónico, sino que se facilita enormemente la actuación de los interesados, no acotados por horarios y distancias para realizar sus presentaciones y gestiones.

Además, la interactuación electrónica entre las administraciones y los administrados no solo posibilita a estos acceder a multiplicidad de informaciones, sino que también permite a la administración la realización de consultas públicas sin asistencia física simultánea de los convocados y demás interesados en participar. Ello da un nuevo rostro a viejos procedimientos como el de la audiencia pública.

Como lógica consecuencia de la automatización de la actividad administrativa, se posibilita la realización de nuevos procedimientos, tales como la subasta electrónica u otros.

Adicionalmente, se hace posible la automatización los actos administrativos, ya que, como bien se ha dicho, la voluntad humana puede ser sustituida por el computador siempre que el acto sea la consecuencia de ciertos supuestos objetivamente constatables y cuando esté excluida toda posibilidad de valoración<sup>34</sup>.

Sobre el particular, ya he tenido oportunidad de sostener reiteradamente<sup>35</sup> la viabilidad jurídica de automatizar todas aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración productoras de efectos jurídicos (actos administrativos) correspondientes a actividades integralmente regladas o aún discretionales —como es el caso de la adjudicación—. En este último caso, mediante la implementación de sistemas expertos capaces de emular la conducta de un experto humano dentro de un dominio limitado<sup>36</sup> a partir del llamado “razonamiento cibernético” que, al margen de sus radicales diferencias con el

33 Delpiazzo, Carlos E. “La licitación electrónica”. *Revista Derecho y Tecnología Informática*, N° 6, Bogotá, 1995, pp. 49 y siguientes.

34 Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Invalidez de los actos administrativos*. Montevideo: Universidad, 1984, p. 21.

35 Delpiazzo, Carlos E. “Acto administrativo automático”. En VI Congreso Iberoamericano de Derecho e informática. Montevideo, 1998, pp. 943 y siguientes; “El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático”. En Autores Varios. *Recopilación de conferencias y exposiciones*. Montevideo: UTE, 1999, pp. 46 y siguientes; “Acto administrativo y reglamento en el Derecho uruguayo”. En *Jornadas sobre acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: R.A.P., 2002, pp. 574 y siguientes; y “Notas para una caracterización actual del acto administrativo”. En *Derecho administrativo*. Tomo IX. Montevideo, 2002, pp. 25 y siguientes.

36 Martino, Antonio A. “Sistemas expertos legales”. *Revista Informática y Derecho*, vol. 1, Buenos Aires, 1987, pp. 136 y siguientes; y Pérez Luno, Antonio Enrique. “Sistemas expertos jurídicos: premisas para un balance”. *Revista Informática y Derecho*, vol. 5, Buenos Aires, 1996, pp. 97 y siguientes.

razonamiento jurídico, constituye una herramienta útil para la adopción de decisiones<sup>37</sup>.

En el Derecho español, la ley de contratos del sector público 30/2007 no refiere expresamente al expediente de contratación tramitado electrónicamente (artículos 93 a 97), pero acude a internet para dar a conocer el perfil de la administración contratante (artículo 42) y para realizar los anuncios de contratación (artículo 125) y dar publicidad a las adjudicaciones (artículo 138).

Al respecto, especial mención merece el artículo 309, a cuyo tenor la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado “pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una *plataforma electrónica* que permita dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos” (numeral 1). Agrega que “La plataforma deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma” (numeral 2) y que “El acceso de los interesados a la plataforma de contratación se efectuará a través de un portal único” (numeral 4).

Por otra parte, la ley regula en los siguientes términos la subasta electrónica (artículo 132):

- a. se define como “un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos” (numeral 1);
- b. “la invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica”; índice igualmente que “la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten” (numeral 6);
- c. “la subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas” (numeral 8);

37 Sánchez Jiménez, Enrique. “El razonamiento cibernetico como sistema de ayuda a la decisión jurídica”. En *Informática y Derecho*, N° 12-15, Mérida, 1996, pp. 1671 y siguientes; Guibourg, Ricardo A. *Informática jurídica decisoria*. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 215 y siguientes; y Guerrero, María Fernanda. “Los sistemas jurídicos expertos: la inteligencia artificial aplicada al Derecho”. En III Encuentro sobre la informática en las facultades de Derecho. Madrid, 1989, pp. 193 y siguientes.

- d. “a lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento”, anunciando “el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad” (numeral 9); y
- e. el cierre de la subasta se fijará por referencia a uno o varios de los siguientes criterios: el señalamiento de una hora y fecha concretas, la falta de presentación de nuevos precios o valores, o la finalización del número de fases establecido en la invitación a participar de la subasta (numeral 10).

En el Derecho uruguayo, no solo se reconoce plena validez al documento electrónico<sup>38</sup> y a la firma electrónica<sup>39</sup>, sino que se ha avanzado en la regulación del expediente electrónico<sup>40</sup>.

Ya en 1993 se concluía en nuestro país en la viabilidad de automatizar los procedimientos de contratación administrativa en base a los siguientes supuestos<sup>41</sup>:

- a. es posible la utilización de medios electrónicos en sustitución del expediente tradicional;
- b. cuando una resolución adoptada en un expediente electrónico sea objeto de recursos administrativos, deberán imprimirse los antecedentes y tramitarlos en forma tradicional;
- c. en caso de solicitud de vista, la impresión no es preceptiva pudiendo usarse otros medios idóneos; y

38 Delpiaggio, Carlos E. *Derecho informático uruguayo*. Montevideo: Idea, 1995, pp. 45 y siguientes; “El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay”. En *XVIII Jornadas iberoamericanas y XI jornadas uruguayas de Derecho Procesal*. Montevideo: F.C.U., 2002, pp. 734 y siguientes; “El documento electrónico frente a la integración”. En *VI Congreso Iberoamericano de Derecho e informática*. Montevideo, 1998, pp. 333 y siguientes; y “Documentación electrónica de los negocios en internet”. En *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e informática*. México, 2000, pp. 462 y siguientes.

39 Delpiaggio, Carlos E. “Autenticación de las operaciones en internet”. En *Derecho informático*. Tomo I. Montevideo: F.C.U., 2001, pp. 253 y siguientes; “Validez y eficacia de la firma electrónica”. En *Tribuna del abogado*, Nº 117, Montevideo, 2000, pp. 16 y 17; “De la firma manuscrita a la firma electrónica: un caso de impacto de la tecnología sobre el derecho”. *Revista de Antiguos Alumnos del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo*, Año 4, Nº 1, Montevideo, 2001, pp. 76 y siguientes; “De la caligrafía a la criptografía”. En *Anales de las 30 jornadas argentinas de informática e investigación operativa*. Buenos Aires, 2001, pp. 209 y siguientes; y “Relevancia jurídica de la encriptación y la firma electrónica en el comercio actual”. En *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e informática*. México, 2000, pp. 130 y siguientes.

40 Delpiaggio, Carlos E. “El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información”. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, Nº 48, Montevideo, 1992, pp. 420 y siguientes; “Informatización de la actividad administrativa. Hacia el expediente electrónico en Uruguay”. *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Nº 6, Buenos Aires, 1997, pp. 3 y siguientes; “Regulación del procedimiento administrativo electrónico”. Ob. cit., pp. 151 y siguientes; “Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del decreto 65/998 sobre procedimiento administrativo electrónico”. Ob. cit., pp. 24 y siguientes; e “Informatización del procedimiento administrativo común”. Ob. cit., pp. 776 y siguientes.

41 Pascale, Maricarmen. “Evolución en la sustitución del expediente tradicional por el expediente electrónico en la administración nacional de usinas y trasmisiones eléctricas”. En *Derecho informático*. Tomo III. Montevideo: F.C.U., 2003, pp. 553 y siguientes.

d. en cuanto a la prueba judicial, se presentará a los juzgados la impresión de lo archivado en la memoria de la computadora debidamente autenticado.

Estudiado el tema por el Tribunal de Cuentas, este se pronunció fundamentalmente con fecha 20 de julio de 1994 “sin objeciones al procedimiento propuesto”<sup>42</sup>. El desarrollo posterior de tal tipo de aplicaciones ha conducido a la generalización del expediente electrónico en los procedimientos de contratación.

Por otra parte, diversas normas han contemplado la difusión de los llamados pliegos de condiciones y contrataciones directas en el sitio web <[www.comprasestatales.gub.uy](http://www.comprasestatales.gub.uy)>.

Además, por virtud del artículo 163 de la ley 17.556 de 18 de septiembre de 2002, se dispuso que todos los organismos públicos estatales “deberán dar a publicidad el acto de adjudicación de las licitaciones públicas y abreviadas, las contrataciones en régimen de excepción —básicamente, las directas— las ampliaciones de las mismas [sic] y los actos de reiteración del gasto por observación del Tribunal de Cuentas” (inciso 1). Añadió la norma que “Dichos organismos tendrán la obligación de enviar al medio electrónico que determine el Poder Ejecutivo, la mencionada información en la forma y condiciones que establezca la reglamentación, sin que ello genere costo adicional alguno para el organismo obligado” (inciso 2).

Dicha disposición fue reglamentada por el decreto 191/007 de 28 de mayo de 2007, a cuyo tenor:

Todos los organismos públicos referidos en el artículo 2º del TOCAF deberán dar publicidad al acto de adjudicación de las licitaciones públicas y abreviadas, las contrataciones en régimen de excepción, las ampliaciones de las mismas y los actos de reiteración del gasto por observación del Tribunal de Cuentas. Dichos organismos enviarán al sitio web “[www.comprasestatales.gub.uy](http://www.comprasestatales.gub.uy)” la referida información y contarán para ello con un plazo de 10 días hábiles luego de producido el acto que se informa.

### III. 2. En la contratación en sí misma

Con carácter general, dos aspectos convocan especialmente la atención respecto a los contratos electrónicos: su celebración y su ejecución a través de la red.

CONTRATACIÓN  
PÚBLICA  
ELECTRÓNICA EN  
EUROPA Y AMÉRICA  
LATINA  
ELECTRONIC  
PROCUREMENT IN  
EUROPE AND LATIN  
AMERICA

42 Delpiazzo, Carlos E. “Derecho informático uruguayo”. Ob. cit., pp. 211 y 212.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos a través de medios electrónicos, este depende de la índole del acuerdo del que se trate, habida cuenta de que oferta y aceptación tendrán lugar electrónicamente<sup>43</sup>.

En principio, solo pueden celebrarse electrónicamente los contratos consensuales, es decir, los que se perfeccionan por el consentimiento de las partes, ya que los contratos solemnes requieren formalidades específicas para su nacimiento mientras que los reales precisan la entrega de la cosa objeto del contrato<sup>44</sup>.

Además, para determinar el momento y lugar de la celebración del contrato, suele distinguirse según las voluntades negociales se intercambien entre presentes o entre ausentes. Cuando se habla de contratos concluidos entre ausentes o presentes, se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de conocerse o recibirse la respuesta, de modo que las partes están ausentes cuando el proponente y el destinatario de la oferta se encuentran en distinto lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal), mientras que están presentes cuando se hallan en el mismo lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal)<sup>45</sup>.

Si bien el intercambio electrónico ha determinado que puedan existir contratos entre ausentes con consentimiento formado de modo instantáneo —como si fuera entre presentes—, en los casos en que al acuerdo de partes se llega progresivamente, el Derecho comparado exhibe cuatro sistemas para precisar el momento de nacimiento del contrato<sup>46</sup>:

- a. el sistema de la aceptación, de acuerdo al cual el consentimiento se concluye con la sola exteriorización de la voluntad de aceptación;
- b. el sistema de la expedición, conforme al cual se exige, para completar el acuerdo de voluntades, la aceptación exteriorizada y la emisión formal de ella;
- c. el sistema de la recepción, según el cual se requiere que la aceptación llegue al proponente;
- d. el sistema del conocimiento, para el cual se necesita no solo que el destinatario reciba la aceptación, sino que además tome conocimiento efectivo de ella.

43 Delpiaggio, Carlos E. y María José Viega. *Lecciones de Derecho telemático*. Ob. cit., pp. 119 y siguientes.

44 Rico Carrillo, Mariliana. "Comercio electrónico, internet y Derecho". Ob. cit., pp. 123.

45 Fernández, Gabriel. "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento". *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Tomo 81, N° 1-6, Montevideo, 1995, pp. 53 y siguientes.

46 Mantero, Elias. "Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año II, N° 4, Montevideo, 2003, p. 129.

En el caso de los contratos públicos, se agrega como cuestión adicional la de determinar la naturaleza jurídica y los efectos de la decisión del poder adjudicador interviniente, según se expondrá más adelante.

Por otra parte, en cuanto a la ejecución de los contratos electrónicos, es habitual distinguir entre los directos y los indirectos según la transacción refiera a bienes intangibles —susceptibles de ser entregados a través de la red— o a bienes tangibles —de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no pueden tener lugar en línea—<sup>47</sup>.

Paralelamente, un capítulo importante en materia de ejecución contractual electrónica es el relativo a los medios de pago a través de la red<sup>48</sup>, ya que el uso de los medios tradicionales —que implican la entrega física de dinero u otros instrumentos de pago— resulta inapropiado cuando la formación del contrato y la ejecución del resto de las prestaciones relevantes tiene lugar por vía electrónica.

En el Derecho español, si bien la ley de contratos del sector público 30/2007 no contempla expresamente la celebración y ejecución de los contratos públicos mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, es preciso tener en cuenta que otras disposiciones precedentes habilitan avanzar en tal sentido<sup>49</sup>.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos electrónicos, la vigencia del principio de libertad de forma posibilita que la mayor parte de los contratos puedan cerrarse cuando se produzca el acuerdo de voluntades<sup>50</sup>.

Por otra parte, en cuanto a la ejecución, cabe hacer referencia al artículo 192 de la citada ley, a cuyo tenor “Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”. Conforme a dicha norma remitida, “Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado”.

47 De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho privado de internet*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 2001, pp. 321 y 388 y siguientes.

48 Delpiazzo, Carlos E. y María José Viega. *Lecciones de Derecho telemático*. Ob. cit., pp. 141 y siguientes.

49 Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *Manual de Derecho informático*. Sexta edición. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, pp. 227 y siguientes.

50 Guisado Moreno, Ángela. *Formación y perfección del contrato en internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 173 y siguientes.

Además, debe tenerse en cuenta que en los contratos públicos, la ejecución está requerida muchas veces —como es el caso de las obras— de prestaciones materiales no susceptibles de ser concretadas digitalmente.

En el Derecho uruguayo, la doctrina clásica ha estado dividida en cuanto al perfeccionamiento de los contratos resultantes de procedimientos competitivos —especialmente la licitación pública— promovidos por la administración; y dicha diferencia de posturas conceptuales es trasladable al ámbito de la contratación electrónica.

Así, desde una posición se ha enseñado que, si no se exige la firma del contrato u otra formalidad, el vínculo contractual queda perfeccionado luego de la adjudicación en el entendido de que ella implica la aceptación de una propuesta y, por ende, la conjunción de propuesta más aceptación determinan el perfeccionamiento del contrato, de lo cual el interesado toma conocimiento mediante la notificación<sup>51</sup>.

A su vez, desde otra posición se ha separado conceptualmente la adjudicación del contrato, entendiendo que la licitación pública es un procedimiento administrativo previo y distinto a la contratación, por lo que la adjudicación debe reputarse un acto administrativo precontractual con el que se cierra la fase esencial de la licitación —mediante la designación del candidato seleccionado para contratar— y comienza la fase integrativa o de perfeccionamiento del contrato —en la que se manifestará el consentimiento no contenido en la previa adjudicación—<sup>52</sup>.

En cuanto a la ejecución, cabe señalar que, por resolución del Poder Ejecutivo 1.177/999 del 15 de diciembre de 1999, se aprobó un sistema de pago por transferencia electrónica a proveedores del Estado. En virtud de dicha disposición, se adecuó al ámbito específico de la relación entre las administraciones públicas y sus cocontratantes la normativa y experiencia preexistente en materia de transferencias electrónicas de fondos<sup>53</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, cabe expresar que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones no solo están transformando la administración, sino también los modos de relacionarse con terceros, particularmente en el campo contractual.

51 Sayagués Laso, Enrique. "Tratado de Derecho administrativo". Tomo I. Ob. cit., pp. 555 y siguientes. 52 Carballo Victoria, Juan José. Consulta publicada en la *Revista de Derecho Público y Privado*, Tomo 41, Montevideo, 1958, pp. 282 y siguientes.

53 Delpiazzo, Carlos E. "Regulación jurídica de las transferencias electrónicas de fondos". *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Montevideo, 1992, pp. 11 y siguientes; "Transferencias electrónicas de fondos. Los medios de prueba". *Revista Tributaria*, Tomo XVI, N° 90, Montevideo, 1989, pp. 216 y siguientes, y en *Revista Felaban*, N° 74, Bogotá, 1989, pp. 73 y siguientes; y *Derecho informático bancario*. Montevideo: IEEM, 1990, pp. 27 y siguientes.

Frente a esta nueva realidad, corresponde al Derecho encauzarla a través de un doble rol: de facilitación y de garantía<sup>54</sup>. En cuanto a la facilitación, más allá de la obligación de la administración de poner a disposición de los administrados —estén donde estén— los medios técnicos necesarios para el acceso —a fin de no ensanchar la brecha tecnológica—, dichas nuevas tecnologías posibilitan la transparencia del obrar público, la difusión de la información administrativa y, en definitiva, un mayor acercamiento a la sociedad.

Respecto al papel de garantía, el incremento de las actuaciones a distancia —mediante el empleo de medios informáticos y telemáticos— no puede realizarse con desmedro de los principios que sustentan el Estado de Derecho.

Es que el cambio cualitativo que significa el uso de las nuevas tecnologías no debe hacer perder de vista la esencial servicialidad de la administración, de la cual deriva su naturaleza instrumental o vicarial para el logro del bien común —su ser para otros—, a fin de que los componentes del cuerpo social —todos— puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

De ahí que el camino a seguir transite hacia la facilitación sin desmedro de las garantías.

54 Delpiazzo, Carlos E. “¿Hacia dónde va el Derecho de internet?”. En *Derecho informático*. Tomo IV. Montevideo: F.C.U., 2004, pp. 247 y siguientes.