

Administración | Transparencia en la contratación del sector público

Canut Zazurca, Pedro J.

2009

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1181>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>

Seminario Internacional
El Derecho Informático como Punto de
Inflexión en la Ciencia Jurídica

Memorias Jurídicas 6

Pedro Canut
Aíslan Vargas Basilio
Felipe M. Carrasco Fernández
Alejandro Loredo

Felipe M. Carrasco Fernández
Coordinador



LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
P U E B L A

Directorio

Mtro. David Fernández Dávalos, S. J.
Rector

Mtro. Juan Luis Hernández Avendaño
Director General Académico

Dr. Francisco Valverde Díaz de León
Director de Investigación y Posgrado

Mtra. Ana Lidya Flores Marín
Directora del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades

Mtra. Ana Ma. E. Ramírez Santibáñez
Asuntos Jurídicos y Procuradora de Derechos Universitarios

Dr. Felipe M. Carrasco Fernández
Coordinador de Posgrados en Derecho

Ing. Ramón Felipe Tecólt González
Administrador Página Electrónica

Dr. Felipe M. Carrasco Fernández
Coordinador de la Serie Memorias Jurídicas 6

SEMINARIO INTERNACIONAL

EL DERECHO INFORMÁTICO

COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA CIENCIA JURÍDICA

PEDRO CANUT
AÍSLAN VARGAS BASILIO
FELIPE M. CARRASCO FERNÁNDEZ
ALEJANDRO LOREDO

MEMORIAS JURÍDICAS 6

FELIPE M. CARRASCO FERNÁNDEZ
COORDINADOR

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA PUEBLA.
2009.

PRESENTACIÓN

El derecho informático constituye en la actualidad la piedra angular de los nuevos escenarios del Derecho, por tal motivo los legisladores en diversos países han expedido leyes y reformas legales para estar acorde a los nuevos retos y realidades que las actuales tecnologías han ocasionado así como su incidencia en el Derecho; es por lo que encontramos un gran interés en la protección de datos de carácter personal desde el ámbito jurídico así como las implicaciones de las nuevas tecnologías en el derecho del trabajo, como es en relación a los derechos del empleado ante el control empresarial, el uso adecuado de las bases de datos empresariales, el uso de internet y del correo electrónico en los entornos laborales.

De igual manera la influencia de las nuevas tecnologías la encontramos en la protección de los Derechos Humanos en las aplicaciones de la biología y la medicina, generando el análisis de los derechos de las personas ante la investigación biomédica, de la historia clínica electrónica y de los aspectos legales de la protección de datos del personal; de igual manera la influencia de las tecnologías en temas relativos a los documentos electrónicos y firma electrónica, así como la administración electrónica en diversos países generando la e-justicia y la e-administración entre otros aspectos, como son el legal, la contratación electrónica, así como las ventajas y los inconvenientes de estas tecnologías para el consumidor y la importancia de la prestación de servicios en la sociedad de la información, así como el derecho de las telecomunicaciones y vinculación entre nuevas tecnologías y protección penal.

El anterior listado demuestra la gran importancia que tienen las nuevas tecnologías en el Derecho, lo que ha generado los nuevos paradigmas que deben ser analizados comparados estudiados por los profesionales del Derecho; por tal motivo siendo todos estos temas de actualidad e importancia trascendental en el ejercicio de la profesión del abogado la Universidad Iberoamericana Puebla a través de la Coordinación de la Licenciatura en Derecho y de la Coordinación de

Posgrados en Derecho organizó el Seminario Internacional Titulado “**EL DERECHO INFORMÁTICO COMO PUNTO DE INFLEXION EN LA CIENCIA JURÍDICA**”, al cual fueron invitados algunos expertos en el tema, quienes abordaron diversos tópicos relacionados con dicho seminario y en atención a la gran aceptación del público que asistió y a la importancia del contenido de las exposiciones se decidió realizar la presente memoria con la finalidad de continuar con otro número de la colección denominada Memorias Jurídicas que tanto en formato impreso como digital, tienen como finalidad dejar constancia de temas actuales y trascendentales relacionados con el Derecho.

Es así que el presente número contiene las aportaciones de especialistas de España, Brasil y México, que enviaron sus intervenciones en el Seminario Internacional antes citado y que a continuación se menciona: de España el Dr. Pedro Canut con el tema “E-Administración. Transparencia en la Contratación del Sector Público”, así mismo la intervención del Dr. Aíslan Vargas Basilio de Brasil con el tema: “Contratos Electrónicos y la Web 3.0, La Nueva Realidad Jurídica Tecnológica y las Intervenciones”; de Felipe Miguel Carrasco Fernández y Alejandro Loredo de México los temas “Uso de las Bases de Datos de la Empresa por el Trabajador” y “El Derecho Moral de Autor en el Entorno de Internet”, respectivamente.

*Felipe Miguel Carrasco Fernández
Coordinador de Posgrados en Derecho
Universidad Iberoamericana, Puebla, México.*

ADMINISTRACIÓN | TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Pedro J. Canut Zazurca

La e-administración se ha convertido en uno de los retos de los Estados para el S. XXI; no sólo buscando el ahorro en papel, lo que reduce asombrosamente el gasto público y contribuye a la sostenibilidad del planeta, sino como forma de acercar la Administración al ciudadano, contribuir a la ruptura de la brecha digital en beneficio de los sectores en riesgo de exclusión social y lograr una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos.

Sin embargo, en ocasiones, olvidamos uno de los objetivos perseguidos y que fortalecen la democracia: la transparencia, la transparencia en la gestión y en el gasto público, dado que las NN.TT. posibilitan – atendido el estado actual de la tecnología – eliminar la discrecionalidad en la contratación pública, haciendo bueno el deseo del parlamentarismo de la Restauración del XIX en España: “¡luz y taquígrafos!”.

Este reto hacía necesaria una batería de normas que trasladara los procedimientos administrativos al mundo online y equiparara – y, me atrevo a afirmar, mejorara – la gestión pública atendiendo a los principios garantistas de los derechos de los ciudadanos que inspiran toda la regulación administrativa en nuestro entorno jurídico.

La Unión Europea ha hecho un encomiable esfuerzo regulador en los últimos

años; y de la Comisión y el Parlamento han salido distintas Directivas que

representan el sustrato jurídico sobre el que edificar la normativa propia de la transparencia del sector público. Entre las más relevantes cabe destacar:

- Directiva de protección de datos, destinada a garantizar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa. (Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre)
- Directiva de firma electrónica, con la que se pretende equiparar los efectos legales de la firma electrónica a la firma manuscrita, y que crea la figura de las autoridades de certificación como TERCERA PARTE CONFIABLE. (Directiva 99/93/CE, de 13 de diciembre)
- Directiva de comercio electrónico, con el fin de abordar la regulación del tráfico mercantil en la red de redes, con la creación del TERCERO DE CONFIANZA (conocido en algunas partes de Iberoamérica como “notario digital”). (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio)

Las Directivas citadas han sido objeto de trasposición a los ordenamientos de los diferentes Estados miembros; y así, para el caso de España:

- L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.
- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Este conjunto de leyes ha propiciado, como decía, el marco jurídico sobre el que edificar otro tipo de normativa, de carácter administrativo y – sustancialmente – procedimental para la implantación de mecanismos informáticos que, con todas

las garantías constitucionales, haga posible el objetivo de alcanzar una e-administración con los efectos enunciados al comienzo de este ensayo.

En España, por trasposición de las Directivas comunitarias 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, de suministro y de servicios; D. 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (establece las obligaciones para los Estados miembros de facilitar por medios electrónicos el acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios y a la información de interés tanto para los prestadores como para los destinatarios de los mismos); y Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público se han dictado las siguientes disposiciones:

- Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratación del sector público.
- Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre *reutilización* de la información del sector público

Ley 56/2007 y Ley 37/2007

De la Ley 56/2007, y por lo que al desarrollo de la sociedad de la información en materia de contenidos se refiere merecen destacarse, por su carácter innovador, las DD.AA. XIV, XVI y XVII, que introducen como novedad el mandato a las administraciones públicas de poner a disposición de los ciudadanos

a través de acuerdos de licencia *online* (“*en los términos legalmente establecidos*”) los programas de ordenador (*software*) y materiales culturales de su titularidad desde un enfoque *open innovation* ; es decir, en consonancia con los principios fundacionales de la U.E. de libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, la Ley 56/2007 y la Ley 37/2007 (respecto de la información generada por las administraciones públicas) instan a la puesta a disposición de la información y los materiales culturales de su titularidad en favor de la sociedad civil (mediante el establecimiento – o no – de tasas por la reutilización) a fin de favorecer una “segunda vida en el tráfico mercantil” bajo condición de que esos usos y reusos – con fines comerciales – permitan a su vez el uso y reuso de los mismos y de sus obras derivadas en el futuro mediante el establecimiento de cláusulas contractuales de cesión de derechos en cadena (*cláusulas víricas*); la Entidad Pública Empresarial Red.es, locomotora de la sociedad de la información en España, es pionera en la implantación de estas normas y, desde noviembre de 2008, viene poniendo a disposición de los internautas los informes y estudios digitalizados utilizando acuerdos de licencia ColorIURIS para la cesión de los derechos de uso.

Ley 30/2007 y Ley 11/2007

La disposición legal *genérica* en materia de e-administración en España es, sin duda, la Ley 11/2007 que equipara el acceso a la información y servicios de las administraciones públicas por parte de la sociedad civil (ciudadanos y empresas) en un entorno virtual al acceso tradicional (*analógico*) vigente hasta el momento.

Si la Ley 11/2007 es el *genérico*, la Ley 30/2007 es la norma *específica* en materia contratación y, según se desprende de su exposición de motivos, busca la transparencia en la contratación que lleva a cabo el sector público. No es objeto

de esta exposición la pormenorización de los diferentes procedimientos establecidos en la nueva norma, ni el estudio comparativo respecto a la anterior regulación (cuya casuística poco o nada aporta a estas breves notas). Baste saber que se redefinen procedimientos y se equiparan - a efectos legales - los procedimientos de contratación *online* a los procedimientos existentes hasta la fecha.

Sí es relevante al objeto que aquí nos ocupa el mandato de publicación fehaciente en el sitio web de los poderes adjudicadores en orden a la transparencia en la gestión y el gasto público que ordenan ambas disposiciones. Mandato contenido en el artículo 42.3 LCSP, que crea la figura del **Perfil del Contratante**, a cuyo tenor literal:

Artículo 42. Perfil de contratante.

1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación.

2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125 las

licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos.

3. El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

4. La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III.

Estas leyes de reciente promulgación han suscitado no pocas controversias en cuanto a su interpretación y precisan, para su correcta interpretación, acudir a aquella primera batería de normas de las que hablábamos al principio.

Del mismo modo que la puesta a disposición de información, software y materiales culturales de la administración pública y las previsiones de uso y reuso contempladas en las leyes 11/2007 y en las DD.AA. de la Ley 56/2007 deben interpretarse a la luz de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (en concreto a la luz de su artículo 23) y de la Ley de Propiedad Intelectual (concretamente en la comprensión de la expresión “*en los términos legalmente establecidos*”), la “*acreditación fehaciente del momento de inicio de la*

difusión pública”, piedra angular del nuevo sistema de transparencia en la contratación del sector público instaurado por la Ley 30/2007 , debe interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley de firma electrónica que se cohonesta con los avances tecnológicos conocidos desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Por la tecnología sabemos que la acreditación fehaciente del momento de difusión pública en web de determinada información viene dada por la comunicación de los servidores donde está alojada dicha información con un servidor NTP (servidor de tiempo) y la estampación **instantánea** de un certificado de firma.

Sin embargo, en materia de transparencia y garantías en la contratación del sector público, debemos acudir a criterios jurídicos; criterios jurídicos que dimanen de un análisis hermenéutico de nuestro ordenamiento jurídico y de la aplicación – en España – de la Ley de firma electrónica.

Conforme a estos criterios jurídicos tenemos que, por un lado, NUNCA puede ser el propio poder adjudicador quien – aún contando con la tecnología – certifique la fecha de difusión pública (*“solución”* adoptada por el 99,9 % de los poderes adjudicadores españoles); por que faltará el componente de fehaciencia que – en derecho – sólo puede provenir de un tercero. De ahí que, conforme a las disposiciones de la Ley de firma electrónica y la Ley de servicios de la sociedad de la información, la tecnología aplicada debe provenir de una tercera parte confiable; una autoridad de certificación que, a su vez, haya merecido la calificación de Autoridad de Fechado, y de un tercero de confianza (*“notario digital”*) garante de la realidad del acto jurídico y de la contratación celebrada.

Entre las escasas – y plausibles – excepciones a la regla se encuentra la Universidad de Castilla La Mancha que, aparte un gestor documental intuitivo y ágil de desarrollo propio para la difusión web, cuenta con el dispositivo informático que – de forma instantánea – garantiza el momento de la difusión de los anuncios de licitación y las adjudicaciones, provisional y definitiva, de los concursos públicos de este poder adjudicador. El servicio de fehcencia y custodia se ha encomendado a un Tercero de Confianza (artículo 25 LSSICE) a través del cual opera – como proveedor del servicio – la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, que actúa como Tercera Parte Confiable en los términos de la Ley de firma electrónica en su calidad de Autoridad de Fechado reconocida por el ministerio de industria de España.

De este modo la Universidad de Castilla La Mancha se configura como poder adjudicador referente de la e-administración y la transparencia en la contratación a nivel internacional.

Son muchos, y apasionantes, los retos que deparan al estudioso del derecho informático las nuevas realidades que informan este nuevo paradigma que es Internet. La legislación, en el ámbito de la Unión Europea, ya existe – desde la nueva perspectiva y, sin embargo, respetando los principios tradicionales de nuestro Derecho – y, la aplicación práctica ya tiene sus referentes en la administración pública española.