

Administración Electrónica: Nuevos Desafíos que propone la Contratación Administrativa De Soluciones Tecnológicas en el Uruguay

Dr. Ramiro Prieto Aguiar¹

¹ Investigador Independiente. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Candidato a Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo, Uruguay. Consultor Jurídico en Derecho de las Nuevas Tecnologías en la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC), Uruguay.

Mail: ramioprietoa@gmail.com

Resumen. El presente trabajo, tiene por objeto el análisis de los nuevos desafíos jurídicos a los que se enfrenta la Administración Pública a la hora de contratar herramientas y soluciones tecnológicas en el marco de la implementación de la Administración Electrónica.

Con foco en la experiencia uruguaya, analizaremos el nuevo contexto de actuación al que se enfrentan las entidades públicas, propiciado por el auge de las tecnologías de la información y la comunicación (Tic) y los desafíos a los que ellas se enfrentan a la hora de contratar dichos servicios, imprescindibles para el desarrollo de la Administración Electrónica.

Centraremos nuestro análisis en el marco jurídico aplicable en Uruguay, y analizaremos la posición en la que se encuentra la Administración Pública frente a esos nuevos proveedores. Asimismo, plantearemos algunos desafíos que ella debe enfrentar, a los cuales el derecho debe acoplarse e intentar dar respuesta.

1. Nuevo escenario de actuación para la Administración Pública

1.1 Globalización

Carlos E. DELPIAZZO, al caracterizar la relación entre la globalización y el derecho, refiere a internet como el ambiente o espacio posibilitador de la globalización o mundialización a la que asistimos. Al respecto, el profesor ya contemplaba la dificultad existente para lograr consenso y uniformidad en la definición del referido fenómeno, y citando al Prof. Mario LOSANO, aludía a las implicancias de carácter subjetivo que rodeaban al concepto de globalización con motivo de la distinta concepción y visión que de ese fenómeno tiene cada individuo.ⁱ

Asimismo, lo caracteriza desde la observación de la realidad como “...un fenómeno caracterizado por la interdependencia mutua entre los países del mundo ocasionada por el creciente volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, y por la aceleración de la difusión de las tecnologías de las comunicaciones.”. Por otro lado, el referido profesor lo analiza desde el punto de vista económico, indicando: “...con el termino globalización se suele designar el acelerado proceso de integración de los mercados nacionales en un gran mercado mundial...”, en dicho marco, indica que el comercio electrónico se manifiesta como la expresión máxima de este fenómeno de la globalización en el contexto empresarial. Por último, nos brinda una conceptualización desde el punto de vista tecnológico, indicando que: “...la globalización supone una infraestructura de redes, constituida actualmente por Internet, en cuyo ámbito se verifican intercambios, encuentros y desencuentros sin otros límites que los del mundo.”ⁱⁱ

Al analizar la incidencia que este fenómeno ha tenido en la información, señala que la convergencia tecnológica de las telecomunicaciones y la informática ha provocado una aceleración del tiempo y el acortamiento de las distancias que han aumentado de manera significativa la información circulante, lo que ha provocado que en la emergente sociedad de la información; la información se ha convertido en un elemento de poder, sometida a las reglas del mercado y pasible de ser consumida, almacenada o procesada. Al respecto, indica que mientras en la sociedad industrial nos encontrábamos frente a una dinámica de

SID 2016, 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho
trabajo articulada a las categorías de espacio y tiempo, en la Sociedad de la Información, enfrentamos el trabajo en tiempo real y con movilidad extrema, en la que la información es la materia prima y el conocimiento es el producto.ⁱⁱⁱ

1.2 De la Globalización a la Sociedad de la Información y el Conocimiento

Analizado el concepto de globalización propuesto por el Dr. DELPIAZZO, creemos pertinente hacer mención al concepto de Sociedad de la Información como el escenario presente en el que se desarrolla la Administración Electrónica y al cual la Administración Pública debe acoplarse, utilizándolo como herramienta para la implementación de políticas públicas que redunden en el beneficio de la población en su conjunto.

Si bien la Sociedad de la Información, tiene una conceptualización muy discutida -debido a que las definiciones dadas, pecan en algunos casos de ser muy escuetas o muy amplias, o porque su inicio es de difícil identificación histórica o por los diferentes enfoques que aporta cada autor al analizar el fenómeno- lo proponemos como complementario al de globalización, por entenderlo un poco más amplio y abarcativo de otros elementos tecnológicos, funcionales, sociales, culturales o económicos, que entendemos trascendentes y de necesaria consideración por la Administración Pública en el desarrollo de la Administración Electrónica.

Una de las tantas definiciones propuestas fue elaborada por la IBM Community Development Foundation, la cual conceptualizó en el año 1997 a la Sociedad de la Información como: *“una sociedad caracterizada por un alto nivel de intensidad de información en la vida cotidiana de la mayoría de los ciudadanos, organizaciones y sitios de trabajo, por el uso de tecnología común compatible para un amplio rango de actividades de negocio, educacionales, personales o sociales, y por la habilidad de transmitir recibir e intercambiar datos digitales rápidamente entre sitios indistintamente de la distancia”*.^{iv}

Como mencionamos, su punto de partida histórico es de difícil precisión en virtud de que la mencionada amplitud del concepto y de las referencias que se hacen del mismo a situaciones en apariencia distintas pero todas ellas vinculadas e integrantes del mismo fenómeno, genera la dificultad de su ubicación en un momento histórico preciso y determinado.

Igualmente, se entiende que su origen es anterior al auge de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y de hecho algunos autores remontan su origen al año 1914, con el inicio de la primera guerra mundial, en ocasión de la referencia y conceptualización que de la sociedad post-industrial hace Arthur J. PENTY, el cual entendía que el paso de una etapa a la otra en la evolución de la sociedad se encontraba fuertemente marcada por la comunicación y el intercambio de información entre personas.

Otros autores sitúan el puntapié inicial en el año 1973 y le atribuyen la nomenclatura al sociólogo estadounidense Daniel BELL quien continuando la línea propuesta por Penty introdujo el concepto de Sociedad de la Información al mundo occidental. Bell señalaba que una sociedad post-industrial es básicamente una sociedad de la Información, y que el intercambio de información en términos de varios tipos de procesamiento y almacenamiento de datos, investigaciones de mercado, entre otras son la base de la mayoría de los cambios económicos.

Posteriormente, el concepto resultó más difundido y adquiriendo mayor preponderancia lo que generó diversas definiciones.

En dicho marco, Ana Laura RIVOIR citando a CORONA Y JASSO señala: *“La SIC se define a partir de una doble capacidad social que surge de las posibilidades que brindan las TIC, y de la organización social de la ciencia y la tecnología para la solución de los antiguos y nuevos problemas surgidos a partir de una nueva dinámica productiva, tecnológica y económica.”*^v. Asimismo, menciona que ninguna de las definiciones propuestas resultan ingenuas o neutrales, sino que manifiestan distintas concepciones o enfoques que se tienen del al fenómeno.

2. Administración Electrónica

2.1 El desembarco de la Administración Electrónica en Uruguay

Si bien es en Europa, en donde encontramos los primeros impulsos gubernamentales de fomento al fenómeno, en Latinoamérica también se intentaron planes y proyectos con la finalidad de adecuarse a las

SID 2016, 16° Simposio Argentino de Informática y Derecho
ventajas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, y los mismos pusieron énfasis en motivar a los Estados de la región a utilizar las herramientas que proponía este nuevo escenario.

Al respecto, la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL), en el año 2005 señalaba: *“...Las TIC como tecnologías de propósito general, pueden contribuir a modernizar y revitalizar las actividades productivas tradicionales de la región, así como a tornar más eficientes e inclusivos los servicios públicos. Las nuevas plataformas y redes de información están transformando radicalmente los sistemas de toma de decisiones y modelos operativos en industrias como la minería, la pesca, la agricultura, el transporte y el turismo, así como en muchos otros servicios. Los datos abiertos y el Big Data están llamados a revolucionar completamente la gestión de la información, seguridad y logística en las grandes ciudades (Smart Cities). Las pequeñas empresas pueden apoyarse en las TIC para dar saltos en la eficiencia de su gestión y en sistemas productivos y comerciales, así como para ingresar en mercados antes difíciles de alcanzar, como el de compras públicas y el internacional. El comercio electrónico abre nuevas oportunidades para las micro y pequeñas empresas que consigan participar de estas plataformas...”*²

El comienzo en la implementación de políticas públicas de TIC y desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento en América Latina y El Caribe puede identificarse aproximadamente a finales de la década de los 90' a través de estrategias implementadas en Brasil, Chile y Colombia.

Las mismas, posteriormente se vieron reforzadas por el advenimiento de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) en los años 2003 y 2005 y por la elaboración de los Planes de Acción Regional sobre Sociedad de la Información para América Latina y El Caribe denominados eLAC2007, eLAC2010 y eLAC2015 respectivamente.

El referido contexto mundial y regional, resultó influyente para que a partir del año 2005, comiencen a proliferar Agendas Digitales, la institucionalización de entidades públicas e iniciativas que proyecten, controlen y replanteen los objetivos fijados para el avance de los planes de Sociedad de la Información y Conocimiento en los respectivos países latinoamericanos.

En el caso de Uruguay se aprobó la Agenda Digital Uruguay 2008-2010, y la Agenda Digital Uruguay 2011-2015, al día de hoy vigente, sin perjuicio de la aparición de normas que han regulado el intercambio de información entre las entidades públicas, el procedimiento administrativo electrónico, la simplificación de trámites, los tramites en línea y las comunicaciones y notificaciones electrónicas entre otras.

El referido marco normativo, sumado a una institucionalidad sólida, ha permitido la progresiva incorporación de TIC en la gestión gubernamental, permitiendo el desarrollo de la Administración Electrónica en la gestión gubernamental uruguaya.

2.2 Conceptualización

La Administración Electrónica, entendida como una de las manifestaciones del Gobierno Electrónico, es conceptualizada por el Dr. DELPIAZZO como aquella que *“... comprende y designa todos aquellos mecanismos e infraestructuras informáticas y telemáticas, que permiten la prestación de servicios, tanto a los ciudadanos como a las empresas, así como los que facilitan la interconexión y la gestión integrada de los asuntos internos entre los distintos órganos y organismos que componen la Administración.”*³

Con referencia a este concepto, el profesor indica que nos encontramos ante una nueva modalidad de descentralización, en este caso operativa, no en el entendido jurídico clásico, extendido en el Derecho Público, de ruptura del vínculo jerárquico y su sustitución por la relación de control, sino desde la perspectiva de lo que identifica como el “Estado descentralizado en internet”, lo cual implica una descentralización con dimensión social y con efectos en la gestión de la Administración Pública, a partir del objetivo de lograr el acercamiento de ésta a los ciudadanos, en donde sea que ellos se encuentren.⁴

Por lo tanto, para cumplir con los objetivos propuestos a nivel normativo y afrontar la prestación de sus servicios a los ciudadanos, la Administración Pública debe ajustar su funcionamiento al contexto actual.

² Estrategias de TIC ante el desafío del cambio estructural en América Latina y el Caribe. Colección documentos de proyectos CEPAL. Santiago de Chile, Chile, 2005, Pág. 41.

³ DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Págs.107 y 108

⁴ DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Pág. 111.

Tales resultados serán alcanzados a partir de la inversión Estatal en infraestructura tecnológica, el desarrollo de software a medida de las necesidades del servicio y la contratación de herramientas de hardware necesarias para su ejecución.

3. Contratación administrativa en el marco de la Administración Electrónica

3.1 De la contratación convencional a la contratación electrónica

La Administración Electrónica, es analizada por DELPIAZZO, como uno de los elementos que han incidido para el tránsito o la mutación que ha venido teniendo la contratación administrativa en el mundo, más específicamente, su incidencia ha provocado el tránsito de la contratación convencional a la contratación electrónica.

Al respecto, indica que este nuevo escenario, le permite a la administración pública, una serie de posibilidades como: la adquisición de un determinado bien en el país o en el exterior, ya sea directamente o por medio de un llamado público a interesados, la posibilidad de que las propias entidades públicas celebren negocios electrónicamente y también al día de hoy hasta los abonen electrónicamente.^{vi}

Dicho marco electrónico, en opinión de DELPIAZZO provoca ciertas singularidades en lo que respecta a la contratación administrativa como son: el medio de realización del contrato es electrónico o digital, la contratación se realiza en el ciberespacio (lo que trae consecuencias con referencia a la territorialidad de la transacción); hay desmaterialización (con el consecuente advenimiento de nuevos mecanismos probatorios); son desarrollados en internet (ámbito con regímenes jurídicos distintos para cada participante); el intercambio desborda fronteras (habitualmente no hay un único territorio); la interconexión (que promueve la aparición de nuevos intermediarios como proveedores de acceso, prestadores de servicios de certificación y prestadores de servicios de almacenamiento); nuevos riesgos; y por último, mayor rapidez en la realización de las transacciones.^{vii}

Estas singularidades propias del entorno electrónico, son los desafíos a los que se enfrenta la Administración Electrónica, y a los cuales el derecho y el marco normativo deben acoplarse y dar respuesta, para que no se conviertan en obstáculos que impidan la prestación de servicios públicos en beneficio del colectivo.

3.2 Contratación administrativa de Hardware en Uruguay

La contratación administrativa de herramientas de hardware por las entidades públicas para el desempeño de su gestión, es un tema que no reviste ningún tipo de novedad. Tal cual indicamos, el desarrollo de la Administración Electrónica implica la necesidad de infraestructura local por parte del Estado ante tal realidad.

En Uruguay, uno de los procedimientos de compra previstos en el Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado (TOCAF) aplicables a la Administración Electrónica, son los denominados Convenios Marco, los cuales son herramientas novedosas que se han aplicado para la contratación de hardware por parte de las entidades públicas.

El art. 36 del TOCAF, comete al Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales (ACCE), y previo dictamen del Tribunal de Cuentas, a la creación de un régimen de convenios marco, para bienes, obras y servicios de uso común en las Administraciones Públicas Estatales. Los mismos requieren: un objeto contractual claramente definido; llamado público a proveedores; debe existir un número mínimo, en lo posible de 2 proveedores en precios, condiciones de compra y especificaciones de cada objeto de compra por un periodo de tiempo definido; se deben publicar los catálogos electrónicos de bienes y servicios que se incluyen el convenio, previa intervención del gasto; de corresponder se deben escalar precios o costos, según el volumen de compras realizadas en el período; y por último los bienes y servicios que se incluyan en este régimen deberán ser objetos de estudios de mercado previos a su inclusión.^{viii}

Con fundamento en el referido artículo, con fecha 27 de enero de 2015, se dicta por parte del Poder Ejecutivo el Decreto N° 42/015, el cual reglamenta la creación de este régimen de convenios marco.

Dicho Decreto, concibe a tal procedimiento de contratación, como una herramienta para fomentar la eficiencia, eficacia y transparencia en el proceso de compra, además de la estandarización de bienes de uso

SID 2016, 16° Simposio Argentino de Informática y Derecho
genérico, entendiéndose que la contratación corporativa del Estado, provocará economías de escala y la estimulación de la participación de más oferentes, lo cual promoverá la competencia.

Asimismo, señala que esta posibilidad de que cada organismo pueda seleccionar y adjudicar las propuestas que ofrezcan mayores ventajas para el Estado en su conjunto, generará mayor control y rendimiento de las compras que redundarán en su beneficio.

El art. 1, define a los convenios marco, como aquel procedimiento de contratación de proveedores de bienes, obras y servicios de uso generalizado por las entidades públicas, estableciendo las condiciones técnicas y comerciales en que los productos serán ofertados a cualquier Administración Pública Estatal a través de una tienda virtual, por un periodo determinado.

En dicho marco, se señala que se publicara un listado de productos, en el que se establecen proveedores, precios y condiciones de compra por un tiempo predefinido, previa superación de las condiciones establecidas en el llamado para integrarlo. Sobre tal listado, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa, los productos que se listan en las condiciones que allí se establecen.

La entidad promotora del Convenio será denominada Unidad Administradora, la cual debe realizar un estudio de mercado previo al convenio, redactará las condiciones de los pliegos particulares, dará publicidad al llamado a cotizar, recibe ofertas, las evalúa y califica, para finalmente adjudicar las ofertas que reúnan lo exigido por el convenio.

Tal entidad será autorizada por el Poder Ejecutivo, previo asesoramiento de la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales (ACCE).

Esta última, será el órgano responsable del funcionamiento de la tienda virtual como portal de compra, con la consecuente responsabilidad del acceso a la información y su disponibilidad. También evaluará y dará seguimiento al funcionamiento del convenio marco de que se trate.

Con respecto a la compra, la Administración Pública interesada en adquirir un producto que conste en el convenio, podrá adquirirlo directamente al proveedor, no siendo necesario gestionar un nuevo procedimiento, previa intervención preventiva del gasto por el Tribunal de Cuentas, sin que se considere fraccionamiento del gasto la contratación a través de este medio.

Tales contrataciones se formalizarán con la orden de compra sin necesidad de trámite adicional entre adjudicatario y comprador. Dicha orden de compra se comunicará por interoperabilidad al sistema de información del comprador.

Las obligaciones derivadas de las compras realizadas por este medio para las administraciones públicas, deberán ser canceladas en un plazo máximo de 60 días.

Con el marco generado por el art. 36 del TOCAF y el Decreto N° 42/2015, se celebró el primer Convenio Marco N° 1/2015, el cual tiene como Unidad Administradora a la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) y posee una lista de productos de hardware, con especificaciones técnicas concretas, que uniformizan la contratación de tales herramientas, para que se adapten a las necesidades actuales de la Administración.

La constitución de AGESIC como administrador, responde a la especialidad de la entidad en el ámbito de la Administración Electrónica, con el consecuente rol de promotor y asesor en la implementación de tecnologías de la información y la comunicación en las entidades públicas uruguayas.

3.3 Contratación administrativa de software en Uruguay

Así como la inversión en hardware, es un pilar necesario en el desarrollo de la Administración Electrónica, por ser la infraestructura de la gestión de la Administración, del mismo modo lo es el software, o los programas de informática, los cuales permitirán la automatización de la gestión y el procesamiento rápido y eficaz de la información, para el mejor desarrollo de los cometidos públicos y la mejora en la calidad de los servicios al ciudadano.

Al respecto, con fecha 27 de diciembre de 2013 se promulgó la Ley N° 19.179 de software libre y formatos abiertos en el Estado.

La referida Ley consagra que en las dependencias e instituciones públicas, así como en aquellas empresas en donde el Estado tenga mayoría accionaria, cuando se contraten licencias de software se dará preferencia

SID 2016, 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho
a licenciamientos de software libre y en caso de que se opte por software privativo se deberá fundamentar tal razón.

Al respecto, la propia norma en su art. 5 define al software libre, como aquel que esta licenciado de forma que pueda ser usado para cualquier propósito; tenga acceso a su código fuente, siendo posible su estudio y modificación para adaptarlo a distintas necesidades; pueda ser copiado y distribuido; y permita la mejora del programa y la liberación de ellas a la ciudadanía.

Asimismo, se define en el propio artículo al software privativo, por oposición, en el entendido de que reviste tal carácter cuando no cumple con las condiciones o libertades anteriormente señaladas.^{ix}

Tal previsión, vino a romper con la tradición existente en la Administración Pública uruguaya, en donde la regla era la contratación de software privativo, siendo excepcionales los casos de contratación de software libre.

Con motivo de lo señalado, el art. 4, consagra que el Poder Ejecutivo en un plazo de 180 días, reglamentará, condiciones, tiempos y formas en las que se producirá la transición al régimen previsto y en ella orientará las licitaciones y contrataciones futuras de programas de computación realizadas a cualquier título.

Al día de hoy tal reglamentación no se ha dictado, por lo que no existen certezas de cómo se implementará el régimen.

4. Nuevo posicionamiento de la Administración Pública al contratar en la Sociedad de la Información y del Conocimiento

4.1 Primacía de la Administración como característica tradicional de la contratación administrativa

La preminencia o superioridad de la Administración Pública frente a su contraparte en una relación jurídica, ha sido un argumento históricamente manejado como trascendente en la distinción entre el derecho público y el derecho privado.

Al respecto, enseña SAYAGUÉS, que el derecho público, se caracteriza por la preminencia que uno de los sujetos en la relación jurídica, la entidad estatal, tiene sobre la otra, que le está subordinada, a diferencia del derecho privado, en donde ambas partes están en una situación de igualdad, de allí, se desprende que las normas de derecho público sean imperativas, mientras que en el derecho privado las relaciones jurídicas que se traban son de coordinación.^x

En el marco de la contratación administrativa, tal situación se trasluce en el concepto de subordinación, entendida esta, como la primacía de la Administración Pública con respecto al co-contratante la cual también ha sido históricamente uno de los elementos distintivos utilizados por la doctrina para caracterizar a los contratos de la Administración.

SAYAGUÉS, al tratar el punto, describe la dificultad clásica existente en la doctrina con referencia a la admisibilidad o no de los contratos administrativos, y de éstos como categoría distinta a los contratos de derecho privado. En dicho marco, señalaba que entre aquellos autores que admitían tal diferenciación, se esgrimían distintos criterios^{xi}.

DELPIAZZO también hace alusión a tales criterios de diferenciación, compartiendo alguno de los propuestos por Sayagués y ampliando la lista a ocho criterios que pueden identificarse a nivel doctrinario.^{xii}

En dicho marco, señala que se han esgrimido como diferenciadores, criterios subjetivos (la sola presencia de una entidad estatal hace que nos encontremos frente a un contrato de la Administración); criterios procesales (la intervención de la Administración determina una jurisdicción aplicable y los contratos del derecho privado otra); criterios formales (la diferenciación responde a los trámites y ritualidades o al procedimiento seguido para contratar por la Administración, que lo distingue de otros contratantes); criterio de servicio público (si la finalidad de celebración del contrato responde a un servicio público, hablamos de contratos de la Administración con la consecuente aplicación del derecho público); criterio del fin (en el entendido de que cuando la celebración de un contrato comprometa al interés público nos encontramos ante un contrato de la Administración); criterio de la sustantividad (se centra en que la materia objeto de estos contratos, refiere a cuestiones que son inherentes a las entidades públicas).

En la reseña mencionada, el autor menciona también el criterio de las cláusulas exorbitantes y el criterio de la subordinación como distintivos utilizados por parte de la doctrina, los cuales también son identificados por SAYAGUÉS para definir la presencia de los contratos de la Administración.

Con referencia al criterio de las cláusulas exorbitantes, DELPIAZZO, refiriendo a DE LAUBADERE y VEDEL señala que los propulsores de esta posición entienden que la presencia de dichas cláusulas exorbitantes, inusuales en el derecho común e instauradas en el ejercicio de poderes públicos, determinarían la existencia o no de un contrato de la Administración.

Posteriormente, al mencionar el criterio de la subordinación, refiere a tal condición como clásico elemento utilizado para distinguir al derecho público del derecho privado, el que determina que cuando las partes o sujetos actúan en una relación de igualdad, ésta se encuentra regida por el derecho privado, siendo que cuando una de las partes se encuentra en relación de supremacía con el otro, prima el derecho público.

Lo expuesto, dentro del género contratación, indefectiblemente nos llevaría a concluir que si la parte estatal se encuentra en relación de superioridad con respecto a la contraparte, estaríamos frente a un contrato de la Administración.^{xiii}

El propio DELPIAZZO, con referencia a los caracteres tradicionales, propios de la contratación reseña algunos que refieren directamente a la posición de la Administración con referencia al particular con el que contrata.

En primer término, indica la limitación de la libertad de las partes, la que responde a la limitación en la esfera de actuación que tiene la Administración y la cual se manifiesta respecto del particular con cual contrata, el que muchas veces se encuentra frente a la disyuntiva de contratar o no, máxime frente a los contratos de adhesión, en las cuales es la Administración la que predispone y elabora las cláusulas contractuales.

En segundo lugar, caracteriza a la desigualdad jurídica como elemento diferenciador, en este caso refiriendo a la subordinación jurídica en la que se encuentra el co-contratante, originada en la diversidad de propósitos perseguidos por ambos, en el caso de la Administración en la persecución del interés público, en el caso del co-contratante el privado.

DELPIAZZO, manifiesta que tal desigualdad se manifiesta en el poder que tiene la Administración a la hora de adoptar y ejecutar el contrato por sí o por un tercero ante la posibilidad de incumplimiento y dejar sin efecto el contrato cuando se den las hipótesis previstas.

Otro de los caracteres referidos es la mutabilidad del contrato, hipótesis que contempla la posibilidad de que el contrato varíe si ocurre lo mismo con las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al momento de contratar, tal circunstancia es una nota distintiva y propia de los contratos de Derecho Público.

La flexibilidad del contrato también es identificada como característica propia, en el sentido de que es la nota que permite satisfacer el interés público y el interés privado que se entrelaza. Cabe tener presente que desde la óptica de la Administración, podrá ajustarse el contrato a lo necesario para respetar al fin público y las necesidades colectivas, manifestándose tal potestad desde la óptica del co-contratante con el derecho al cobro de las indemnizaciones previstas.

También nos encontramos con la nota de conmutabilidad que tiene la contratación administrativa, en este caso concebida por oposición a la nota de aleatoriedad propia de la contratación entre privados.

Asimismo, indica la intransferibilidad propia de los contratos de la Administración.

Y por último, menciona al régimen jurídico especial, característico que algunos autores manejan como derivada de la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, lo que se denota en tres aspectos: un sistema de interpretación especial de su contenido, la rescisión unilateral por la Administración, y su ejecución directa cuando procede.

4.2 Mutación de la Primacía de la Administración frente al co-contratante

Como hemos señalado, la concepción de la preeminencia de la Administración frente al otro sujeto contraparte en la relación jurídica, ha sido un concepto más que extendido en la doctrina como diferenciador entre la contratación pública y la privada.

Pero así como la sociedad evoluciona y muta, también lo hace el derecho, y este debe adaptarse a tal realidad, encontrándonos al día de hoy frente a un derecho administrativo más centrado en la persona o individuo, situación de la cual no está exenta la contratación estatal.

Con referencia a este punto el Dr. DELPIAZZO al realizar un reexamen de las características de la contratación administrativa tradicional, advierte que la desigualdad o subordinación de una parte con referencia a la otra, ha dado paso a una relación de colaboración.

Indica que el avance de la Administración concertada, se manifiesta principalmente en el diseño de políticas económicas que requieren por parte de la Administración de la presencia del administrado para que puedan concretarse, situación que deja de manifiesto esa colaboración.^{xiv}

Asimismo, señala que el criterio de subordinación, (al que anteriormente aludíamos citando a SAYAGUÉS), también se encuentra cuestionado como criterio diferenciador entre el derecho público y el derecho privado, puesto que señala que hay contratos de derecho público en donde se advierte igualdad y no subordinación, citando por ejemplo los contratos de suministro que suscribe el Estado, ya sea al contratar con otro ente público o con una empresa de gran porte que tenga el monopolio en el mercado.

Por último señala, que de hecho existen casos en donde hay subordinación contraria, en el entendido de que la contraparte se encuentra en una relación de superioridad respecto a la Administración.^{xv}

4.3 Subordinación de la Administración frente al co-contratante proveedor de tecnologías

Lo señalado en el punto anterior, nos da pie para el análisis de lo que entendemos es el nuevo posicionamiento de la Administración Pública frente al co-contratante, cuando el objeto de la contratación implica bienes y servicios electrónicos propios de la Administración Electrónica en el marco de la Sociedad de la Información y el Conocimiento.

En este marco, puede ocurrir que la Administración Pública al celebrar contratos necesarios para el desarrollo de la Administración Electrónica se encuentre subordinada al proveedor de tecnología, lo cual viene a romper con el paradigma clásico de la preeminencia o subordinación de la misma respecto al particular co-contratante, máxime, cuando tal proveedor pueda ser un prestador de servicios del exterior del país.

Tales situaciones pueden percibirse por ejemplo en diversas situaciones, una de ellas cuando Administración contrata o compra herramientas de hardware, en donde la evolución de las mismas y la discontinuidad del insumo adquirido, puede provocarle la necesidad de adaptarse a tal condición, modificando las condiciones contractuales preestablecidas.

Esto, sin perjuicio de que tales cuestiones tienen incidencia en el mantenimiento o soporte de tales insumos los cuales en definitiva responden a los instrumentos de gestión pública.

Por otro lado, podemos identificar situaciones de este tipo, con referencia a lo contratación de software o de programas informáticos, donde también nos encontramos ante la hipótesis de preeminencia del proveedor o contratante, o más específicamente, al sometimiento de la Administración a los parámetros o reglas que éste estipula para la prestación del servicio, ya sea por necesidad o ajuste de dicha solución técnica, o porque simplemente la especialidad del proveedor en el desarrollo de la misma, obliga a que el margen de decisión se acote y la Administración se vea casi obligada a contratar y con escaso margen de decisión.

También encontramos servicios que al contratarse prevén para la Administración -o para cualquier particular que las contrate- la adhesión a ciertas cláusulas o términos y condiciones predeterminados por el proveedor de tecnología como: cuestiones de mantenimiento o actualización del software, almacenamiento de información del programa o aplicación y jurisdicción aplicable.

Dichas hipótesis generan una serie de desafíos que entendemos vienen a romper con premisas clásicas de la contratación administrativa.

En primera instancia, con referencia al mantenimiento o actualización de esos programas informáticos, resulta menester recordar que la Administración Electrónica tiene como uno de sus beneficios que el ciudadano acceda dentro de las 24 horas del día, los 7 días a la semana a vincularse con el Estado, por lo que la indisponibilidad de determinadas herramientas sin que tal situación tenga la anuencia de la Administración o se realice sin su previa coordinación, puede provocar defectos en la prestación del servicio con las concomitantes consecuencias para la gestión administrativa.

En segunda instancia, con respecto al almacenamiento de la información, tal situación plantea un nuevo desafío e interrogante por la masiva difusión de la computación en la nube, la cual provoca que la mayoría de los servidores que alojan la información captada por los programas informáticos se ubiquen en el exterior del país, con la consecuencia de que el país de destino de dicha información, pueda no brindar las garantías suficientes para su protección y la de los datos personales que se recaben y sobre los cuales asume la responsabilidad de su custodia y seguridad el Estado.

Respecto a esto, Uruguay ha previsto en el art.3 del Decreto N° 92/2014 de fecha 7 de Abril de 2014, el que los sistemas informáticos integrantes de la Administración central, deberán estar alojados en centros de datos ubicados en el territorio nacional, exceptuándose aquellos sistemas que no constituyen un riesgo para el organismo.

Por otra parte la Ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales y Habeas Data ha previsto en su artículo 23, así como en los artículos 4 Lit. H), 34 y 35 de su Decreto Reglamentario N° 414/009 de fecha 31 de agosto de 2009 regulan específicamente las transferencias internacionales de datos.

Dicho art. 23, parte de regla de la prohibición transferencias internacionales de datos, exceptuando de la misma, a algunas situaciones.

Para los casos de contratación administrativa analizados, tal transferencia internacional se admitiría: cuando el titular de los datos personales haya prestado su consentimiento inequívocamente; cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales tomadas a petición del interesado; y por último, también es admitida la transferencia cuando la misma sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar en interés del interesado entre el responsable de tratamiento y un tercero.

La referida norma consagra que el destino de tales datos, debe ser un país que garantice niveles adecuados de protección, o en su defecto, si no las brinda, tal transferencia debe ser autorizada por la Unidad de Protección de Datos Personales (URCDP), cuando se acredite que el país de destino de los datos ofrezca garantías suficientes para la protección de los derechos de los titulares, dentro de las condiciones que prevén los arts. 34 y 35 del N° 414/009.

En efecto, en Uruguay cuando la Administración Pública pretenda contratar con un proveedor del exterior que almacene la información recabada fuera del territorio nacional, tendrá que ajustarse a la referida normativa.

Por último, y sin que los mencionados sean los únicos desafíos a los que se enfrenta la Administración Pública frente a estos nuevos objetos contractuales, nos encontramos frente a la hipótesis donde el contrato al cual debe adherir la Administración prevea como jurisdicción aplicable, los tribunales del país de residencia de la empresa proveedora siendo esta extranjera, lo cual también es común en estos tipos de contractuales y es una situación sobre la cual debe prestar especial atención la Administración al momento de su rúbrica.

5. Conclusiones

En el marco de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, la utilización de herramientas informáticas de software y hardware por parte de las entidades públicas en el desarrollo de la Administración Electrónica, se ha convertido en uno de los instrumentos que han modificado la gestión gubernamental y la forma en que se produce el relacionamiento del Estado con el ciudadano.

Dicho escenario, requiere que las distintas entidades estatales deban realizar la necesaria renovación de su infraestructura a través de inversiones tendientes a la incorporación de herramientas de hardware y software y la mejora en la gestión de sus procesos internos, con el objetivo de tornarse más eficientes en la prestación de sus servicios a la ciudadanía.

La contratación administrativa de dichas soluciones tecnológicas como herramientas centrales de la Administración Electrónica, propone nuevos desafíos jurídicos para la Administración a la hora de contratar, principalmente respecto a la posición de subordinación en la que podría encontrarse frente al proveedor de dichas soluciones tecnológicas.

Esto se debe en primer lugar, a la adhesión de determinadas cláusulas contractuales y condiciones de servicio propuestas por los proveedores de tecnología (especialistas en cada rubro y propietarios de las

SID 2016, 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho
soluciones necesarias para las implantaciones estatales) las que no solamente colocan a la Administración en relación de subordinación, sino que además le obligan a afrontar una serie de riesgos a los cuales debe adecuarse desde el punto de vista jurídico.

Tales riesgos podría ser: la prestación efectiva de los servicios en el marco de la Administración Electrónica, el almacenamiento de la información estatal, la protección de los datos personales de los ciudadanos y la jurisdicción aplicable en casos de conflicto con dicho proveedor.

Frente a estos desafíos, compartimos lo esgrimido por DELPIAZZO en relación a que a falta de normas concretas que resuelvan tales cuestiones, se debe acudir a los principios generales de derecho como postulados esenciales de la disciplina, ya que ellos han permitido que las particularidades de cada sistema jurídico, se hayan ido matizando con la generalización o universalización de principios generales tales como la dignidad humana y el bien común.^{xvi}

6. Referencias

-
- ⁱ DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Pág.7.
- ⁱⁱ DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Págs.7 y 8
- ⁱⁱⁱ DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Págs.9 y 10
- ^{iv} CRESPI SERRANO, Albert y CAÑABATE CARMONA, Antonio. Análisis de la Evolución y Tendencias Futuras de la Sociedad de la Información. Cátedra Telefónica UPC. Barcelona, España. 2010. Pág. 7.
- ^v RIVOIR, Ana Laura. La Sociedad de la Información y el Conocimiento: hacia un paradigma complejo. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el aula. Plan CEIBAL - MEC – Montevideo, Uruguay, 2009. Págs. 12 y 13.
- ^{vi} DELPIAZZO, Carlos. Comentarios al TOCAF II. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 2015. Pág.39
- ^{vii} DELPIAZZO, Carlos. Comentarios al TOCAF II. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 2015. Pág. 40
- ^{viii} Ley N° 18.834, de 4 de noviembre de 2011, artículo 22.
- ^{ix} Ley N° 19.179 de 27 de diciembre de 2013, artículo 5.
- ^x SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002, pág. 35
- ^{xi} SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002, pág. 527.
- ^{xii} DELPIAZZO, Carlos. Contratación Administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 1999. Pág.11.
- ^{xiii} DELPIAZZO, Carlos. Contratación Administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 1999, Pág.12
- ^{xiv} DELPIAZZO, Carlos. Contratación Administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 1999, Pág.16
- ^{xv} DELPIAZZO, Carlos. Contratación Administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 1999, Pág.17
- ^{xvi} DELPIAZZO, Carlos y VIEGA, María José. Lecciones de Derecho Telemático Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2009, Pág. 9