

*“Hacia una nueva
ley de contratos
del sector público”*

Congreso Internacional
sobre
**CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

#CICP17



24 y 25 de enero de 2017



FACULTAD CIENCIAS SOCIALES **UCLM**
Avda. de Los Alfares, 44, Cuenca

Organizan:



Wolters Kluwer

Contratación electrónica e innovación

Nacho Alamillo

Abogado, DEA, CISA, CISM,
COBIT 5-f, ITIL v3-f





Previa – 1

■ Un modelo de administrar que impide la innovación

■ El modelo de administrar tradicional se sustenta en una tecnología existente, que ha establecido restricciones y condicionantes que han determinado de forma fundamental la regulación de dicho modelo y, más aún, el diseño de las garantías asociadas al mismo.

■ Se trata de la tecnología del soporte físico – con el papel como caso más paradigmático –, que emplea constructos sociales como la firma, el documento soporte, la carpeta, la entrega postal y otros muchos, para sustentar las diferentes actividades a realizar, construyendo garantías apropiadas al funcionamiento, y restricciones físicas, de dichas tecnologías.

■ La regulación del uso de las TIC se ha hecho a imagen y semejanza de estos artefactos, seguramente por un cierto temor a la pérdida de garantías, ignorando la posibilidad de emplear las TIC de forma radicalmente innovadora.



Previa – 2

■ La “administración electrónica” tampoco fomenta excesivamente la innovación

■ La Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPACAP), no ha incorporado innovaciones disruptivas, pero alguna novedad resulta significativa.

■ Tampoco la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP), aunque impone las relaciones interadministrativas en forma exclusivamente electrónicas, y extiende la aplicación de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad a todo el sector público, siempre que se ejerzan potestades públicas.

■ Entendiendo aplicable la LPACAP también a la contratación de las entidades del sector público con la condición de Administración Pública, sin perjuicio de las especialidades lógicas, se presentan oportunidades para una mayor innovación en la contratación pública.



Innovación en el punto de acceso – 1

■ La sede electrónica prevista en la LRJSP trae cuenta de su correlato físico, la dependencia administrativa

■ Definición en la LRJSP (¿ad intra?), prácticamente idéntica a la LAE.

■ Dirección electrónica es (Anexo I de la LAE), “identificador de un equipo o sistema electrónico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicaciones”, que podrá ser una IP, aunque normalmente vendrá indicada en forma de URL, para el acceso público.

■ La sede es un espacio públicamente accesible a través de una dirección (típicamente, <http://>, pero también podría ser <ftp://>, u otros).

■ Es un lugar al que se desplaza el ciudadano para iniciar y mantener un intercambio de mensajes, conforme al protocolo correspondiente.

■ Debe ser un lugar seguro (<https://>, <ftps://>, etc).



Innovación en el punto de acceso – 2

■ Novedad en la LRJSP es el “portal de internet” del artículo 39 LRJSP

■ Definido como “el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente”, olvidándose de definir el punto de acceso electrónico.

■ Dudas acerca de si el punto de acceso y, por tanto, el portal es o no sede (relevante en términos de responsabilidad por la información publicada).

■ Pero en todo caso, es de nuevo un lugar donde se publica información y que da acceso a otro lugar, la sede.

■ El ciudadano se desplaza a este lugar y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente.



Innovación en el punto de acceso – 3

■ La relación administrativa de la LPACAP sucede “dentro de” la sede (o del punto de acceso, en el caso del acceso a información)

■ Lugar donde se debe comparecer para conceder apoderamientos electrónicos (artículos 5.4 y 6.5); el lugar a través de cual se accede al registro electrónico y en el que se publican los trámites que pueden iniciarse en el mismo (artículo 16); el lugar donde se hacen públicos los códigos de verificación empleados para la autenticación de las copias electrónicas (artículo 27); el lugar que rige el cómputo de plazos (artículo 31) y donde se publican las ampliaciones de plazo motivadas por incidencias técnicas del citado registro (artículo 32); el lugar donde se ponen a disposición electrónica las notificaciones tramitadas electrónicamente y en soporte papel (artículos 41 y siguientes); el lugar donde se ponen a disposición las copias electrónicas de documentos del expediente (artículo 53.1.a)); el lugar donde se publican los códigos de identificación de los órganos, centro o unidad administrativa a los que se dirigen las solicitudes de iniciación (artículo 66.1) y los modelos de presentación masiva de solicitudes (artículo 66.4); el lugar donde se solicita el acceso a la documentación en el trámite de información pública (artículo 84); el lugar donde se publican diarios y boletines oficiales (artículo 131); o el lugar donde se publica el directorio geográfico donde aparecen las oficinas de asistencia en materia de registros (disposición adicional cuarta).



Innovación en el punto de acceso – 4

■ Transformando la sede para potenciar la innovación

■ Las sedes electrónicas (así como los portales de internet y otros puntos de acceso electrónico) de la Administración suelen dirigirse única y exclusivamente a las personas físicas que se conectan a las mismas, adoptando un enfoque técnico de diseño de interfaz hombre-máquina (*Citizen 2 Administration*) que, aunque correcto, es limitado, especialmente en el ámbito de la contratación pública, que es por naturaleza *Business 2 Administration*.

■ Dado el incremento de la automatización, se debería complementar este enfoque con la implementación de una versión de la sede electrónica preparada para la interacción entre máquinas (más servicios web o microservicios).

■ Uso de metadatos para descubrimiento e integración de aplicaciones con los servicios públicos digitales.

■ OpenPeppol ofrece un excelente ejemplo en este sentido, mediante un punto de acceso para operaciones de contratación pública.



Innovación en el punto de acceso – 5

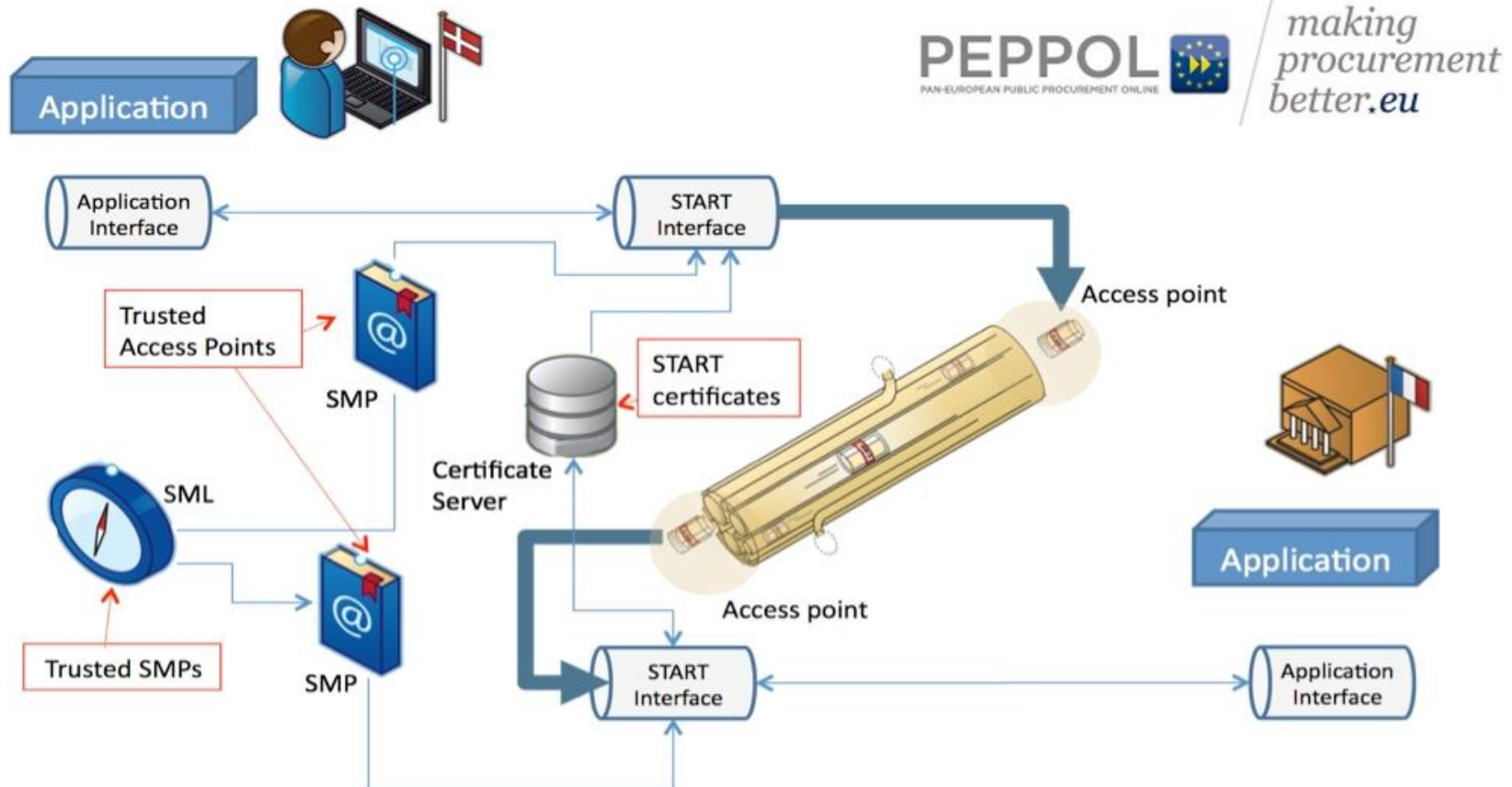
■ De forma similar a la sede electrónica, sucede con la regulación del registro electrónico, aun excesivamente dependiente de la tecnología del papel y de la interacción directa con la persona física a través de la web, incluyendo la presentación del escrito principal, y de los documentos anexos, que el ciudadano entrega manualmente a la Administración, y de los que obtiene otro documento, con la condición de recibo.

■ Se puede compatibilizar el artículo 16 de la LPACAP con la presentación de propuestas de contratación, de forma automatizada, mediante la conexión con el punto de acceso, por ejemplo mediante la infraestructura de transporte de OpenPeppol (que se trata de un servicio de e-Delivery o entrega electrónica certificada conforme al Reglamento eIDAS).



Innovación en el punto de acceso – 6

■ Entrega de catálogo electrónico, confirmación de recepción de pedido electrónico, factura electrónica...





Innovación en la notificación electrónica – 1

■ Asimetría de la notificación postal y electrónica

- Mientras la postal se remite al domicilio, la electrónica es depositada “dentro de” la sede electrónica o de la dirección electrónica habilitada única (no definida en la legislación básica).

- Innovador con respecto a su correlato en papel, cierto, pero es un modelo excesivamente limitado, y con el sector público como proveedor exclusivo, algo que puede resultar criticable por la evidente situación de preeminencia de la Administración sobre el ciudadano, que implica ubicar necesariamente la carga de la prueba en la propia Administración, y la prueba de “puesta a disposición”, que es diabólica.

- Incrementa también la carga que para el ciudadano supone atender a las notificaciones electrónicas en todo momento del año.

- Poco sentido en su aplicación a la contratación pública transfronteriza (*Administration 2 Business*).



Innovación en la notificación electrónica – 2

- La innovación permite reequilibrar a las partes, y una mayor eficiencia en las relaciones con los operadores económicos

- Se podría habilitar la interconexión de los sistemas de notificación electrónica con los servicios de entrega electrónica certificada previstos en el Reglamento eIDAS, algo que permitiría mejorar los envíos a grupos de empresas, por ejemplo, o a intermediarios que realicen procesos de negocio innovadores, como plataformas de intermediación titularidad de entidades privadas que ofrecen soporte a los operadores económicos.

- Dado que se va a hacer en las notificaciones transfronterizas (de nuevo, mediante el CEF e-Delivery service), ¿por qué no con el sector privado, , dentro de la comunidad OpenPeppol?

- El papel de los prestadores de servicios de confianza regulados en el Reglamento eIDAS, en especial de los terceros de confianza – como Logalty – puede ser muy importante en este ámbito.



Innovación en la identificación y firma electrónica – 1

■ Separación funcional y diferenciación de la firma

■ Una de las principales innovaciones de la LPACAP, autorizando que en general sólo sea preciso identificarse para la realización de actuaciones administrativas (artículo 11.1), sin perjuicio de los seis casos previstos para firma.

■ Obligación de admitir los sistemas de identificación de los restantes Estados miembros que cumplan en Reglamento (UE) 910/2014, eIDAS, cuando se admitan los sistemas nacionales.

■ Obligación de admitir los certificados cualificados para la identificación, de persona física – incluyendo al representante de la persona jurídica – y de persona jurídica.

■ Dificultades para determinar el nivel de seguridad de los sistemas de identificación, aún aplicando el Esquema Nacional de Seguridad, que remite al desarrollo del Reglamento (UE) 910/2014, eIDAS, debiéndose realizar un análisis de riesgos.



Innovación en la identificación y firma electrónica – 2

■ A diferencia del régimen de identificación (o del régimen de la LAE), NO existe en la LPACAP ninguna obligación de las AAPP de admitir sistemas de firma o sello avanzado, pudiendo emplear (para la firma) sólo sistemas de identificación electrónica.

■ La Directiva 2014/24/CE no impone de forma necesaria el uso de la firma electrónica en todos los casos, y su artículo 22 sólo considera la firma electrónica avanzada en el caso de las herramientas y dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y de recepción electrónica de las solicitudes de participación.

■ En otros casos, se podría plantear directamente la eliminación del requisito de la firma electrónica, siendo suficiente en muchos casos la simple identificación electrónica (subastas, por ejemplo).



Innovación en la identificación y firma electrónica – 3

■ Necesidad de realizar un análisis de riesgos para determinar si es preciso emplear una firma electrónica avanzada (artículo 22.6 de la Directiva), a cargo de los Estados miembros o los poderes adjudicadores

■ La LPACAP exige firma, pero no necesariamente avanzada, como hemos visto.

■ Innovación: Sustitución de la firma electrónica avanzada basada en certificado electrónico cualificado por una identificación electrónica, basada en una contraseña o en un certificado electrónico cualificado.

■ Necesidad de aportar controles compensatorios (ENS).

■ Impacta sobre la aplicación de los artículos 27 y 37 del Reglamento eIDAS, por lo que si no se exige firma electrónica avanzada a los nacionales tampoco es obligatorio admitir firmas electrónicas avanzadas de operadores de otros Estados miembros.



Innovación en la identificación y firma electrónica – 4

■ ¿Vamos a admitir el sello electrónico de persona jurídica? Ejemplo: Ley belga de 21 de julio de 2016, de modificación del Código de Derecho Económico.

- Eliminaría el problema de la representación.

- En una visión restrictiva, se podría admitir para la presentación de los “sobres cerrados” (cifrados), sin perjuicio de exigir firma electrónica de la propuesta contenida en dicho “sobre”.

■ ¿Y nuevas tecnologías de computación como *blockchain*? Permitiría aportar títulos valores electrónicos, o realizar *Smart Contracts*.

- Especialmente interesante en el ámbito de los contratos menores, o de la aportación de avales bancarios, por ejemplo.



Concluyendo...

- Disponemos de un marco legal europeo apropiado para la innovación, en especial en atención a las relaciones electrónicas transfronterizas en el ámbito de la contratación pública del sector público.
- Existen iniciativas que aplican parte de dichas innovaciones, facilitando la adopción de las técnicas de comunicación electrónica por parte de operadores económicos y poderes adjudicadores, como OpenPeppol y el CEF.
- El marco legal español propuesto en la futura LCSP, incluso aunque se apoyare en la LPACAP y la LRJSP de forma expresa, no parece incorporar las necesarias innovaciones, perdiéndose la oportunidad de la reforma legal.

Gracias por su atención

Nacho Alamillo:
nacho@astrea.cat

Colaboradores:



RED IBEROAMERICANA
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

