

Bogotá D.C., 28/05/2020 Hora 12:48:19s

N° Radicado: 2202013000004343

Señor

Concepto C — 292 de 2020

Temas: MEDIOS ELECTRÓNICOS — Contratación estatal — Régimen jurídico / COVID-19 — Estado de emergencia económica, social y ecológica / DOCUMENTO FIRMADO — Concepto — Clases de firma / FIRMA MANUSCRITA, ELECTRÓNICA Y DIGITAL — Requisitos legales / RECEPCIÓN DE OFERTAS — Correo electrónico

Radicación: Respuesta a consulta # 4202013000002653

Estimado señor Hernández,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de abril de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta: las entidades que adelantan los procesos de contratación a través del SECOP I, ¿pueden recibir las ofertas por medio electrónico o, por el contrario, existe alguna disposición que lo prohíba?

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas contractuales, ii) normas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19 que permiten la implementación de la virtualidad en el ejercicio de la función pública y, finalmente, iii) validez de las firmas de los documentos enviados por correo electrónico.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la utilización de los medios electrónicos en el Concepto C-016 del 21 de abril de 2020, así como en los Conceptos C-245, C-247, C-253 y C-254 del 7 de abril de 2020. Igualmente, también expidió los Conceptos 4201912000005683 del 12 de septiembre de 2019 y C-044 del 24 de marzo de 2020, en los que se explicó el contexto normativo de las firmas manuscritas, electrónicas y digitales. Las ideas expuestas en esas ocasiones se reiteran a continuación:

2.1. Uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas, y en especial en la contratación pública: la tendencia a simplificar de los trámites y cultura del cero papel

Desde hace varios años se ha presentado una tendencia que consiste en la eliminar los trámites innecesarios relacionados con las actuaciones que se adelantan ante las autoridades. Lo que se busca es que las personas tengan una mejor calidad de vida, como resultado de la facilidad para realizar los trámites ante el Estado, de manera que puedan utilizar este tiempo en otras actividades.

Anteriormente las actuaciones oficiales, es decir, las que se efectuaban ante las entidades públicas, debían adelantarse de manera presencial o a través del envío de documentación física, muchas veces cumpliendo con el requisito de la presentación personal. En la actualidad se viene invierte la lógica que rige la relación de los ciudadanos con el Estado: i) en lugar de presencialidad, se privilegia la virtualidad y ii) del reconocimiento de validez y autenticidad, exclusivamente, a la documentación física, hoy también se admiten dichos atributos respecto de la documentación electrónica.

La función de las normas «antitrámites», para que dicho cambio se produzca, ha sido decisiva. El Decreto 2150 de 1995 constituye un primer antecedente en la materia. Posteriormente, el artículo 6º de la Ley 962 de 2005¹ dispuso que las entidades públicas podían utilizar medios electrónicos para cumplir sus funciones². El artículo 7º de la misma

¹ «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos».

² «Artículo 6º. Medios tecnológicos. Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

Ley permite la publicidad electrónica de las normas y actos generales de la Administración pública³, e igualmente, el artículo 10^o exige que las entidades estatales tengan un correo electrónico habilitando para la recepción de mensajes enviados por las personas⁴.

»La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

»Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública.

»En los casos de peticiones relacionadas con el reconocimiento de una prestación económica en todo caso deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama.

»La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

»Parágrafo 1°. Las entidades y organismos de la Administración Pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.

»Parágrafo 2°. En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

»Parágrafo 3°. Cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realice por medios electrónicos, las firmas autógrafas que los mismos requieran, podrán ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor, de conformidad con lo que para el efecto establezca el Gobierno Nacional».

³ «Artículo 7°. Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial.

»Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

»A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública».

⁴ «Artículo 10. Utilización del correo para el envío de información. Modifíquese el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995, el cual quedará así: "Artículo 25. Utilización del correo para el envío de información. Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos, propuestas o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado y por correo electrónico.

»En ningún caso, se podrán rechazar o inadmitir las solicitudes o informes enviados por personas naturales o jurídicas que se hayan recibido por correo dentro del territorio nacional.

»Las peticiones de los administrados o usuarios se entenderán presentadas el día de incorporación al correo, pero para efectos del cómputo del término de respuesta, se entenderán radicadas el día en que efectivamente el documento llegue a la entidad y no el día de su incorporación al correo.

»Las solicitudes formuladas a los administrados o usuarios a los que se refiere el presente artículo, y que sean enviadas por correo, deberán ser respondidas dentro del término que la propia comunicación señale, el cual empezará a contarse a partir de la fecha de recepción de la misma en el

Entretanto, el Decreto 19 de 2012 continuó la tendencia de poner a disposición de los particulares y de las entidades estatales los medios electrónicos, como instrumentos idóneos para el desarrollo de sus actividades cotidianas⁵. Conviene destacar de este Decreto los siguientes artículos: el 14, que permite usar medios electrónicos para la presentar peticiones⁶; el 38, que establece como función del Departamento Administrativo de la Función Pública, el «Facilitar el acceso a la información y ejecución de los trámites y procedimientos administrativos por medios electrónicos, creando las condiciones de confianza en el uso de los mismos» y el 223, que elimina el Diario Único de Contratación y obliga a las entidades a publicar la actividad contractual exclusivamente en el SECOP⁷, entre otros. De igual manera, el Decreto 2106 de 2019⁸ establece que «Para lograr mayor nivel de eficiencia en la administración pública y una adecuada interacción con los ciudadanos y usuarios, garantizando el derecho a la utilización de medios electrónicos, las autoridades deberán integrarse y hacer uso del modelo de Servicios Ciudadanos Digitales»⁹. Además, reconoce que las personas pueden adelantar sus trámites a través de

domicilio del destinatario. Cuando no sea posible establecer la fecha de recepción del documento en el domicilio del destinatario, se presumirá a los diez (10) días de la fecha de despacho en el correo.

»Igualmente, los peticionarios podrán solicitar el envío por correo de documentos o información a la entidad pública, para lo cual deberán adjuntar a su petición un sobre con porte pagado y debidamente diligenciado.

»Parágrafo. Para efectos del presente artículo, se entenderá válido el envío por correo certificado, siempre y cuando la dirección esté correcta y claramente diligenciada».

⁵ «Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública».

⁶ «Artículo 14. Presentación de solicitudes, quejas, recomendaciones o reclamos fuera de la sede de la entidad. Los interesados que residan en una ciudad diferente a la de la sede de la entidad u organismo al que se dirigen, pueden presentar sus solicitudes, quejas, recomendaciones o reclamaciones a través de medios electrónicos, de sus dependencias regionales o seccionales. Si ellas no existieren, deberán hacerlo a través de aquellas en quienes deleguen en aplicación del artículo 9 de la Ley 489 de 1998, o a través de convenios que se suscriban para el efecto. En todo caso, los respectivos escritos deberán ser remitidos a la autoridad correspondiente dentro de las 24 horas siguientes».

⁷ «Artículo 223. Eliminación del diario único de contratación. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicarán en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007».

⁸ «Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública».

⁹ Artículo 9.

«todos los portales, sitios web, plataformas, ventanillas únicas, aplicaciones y soluciones existentes»¹⁰ y autoriza la gestión documental electrónica¹¹.

Pero no solo las disposiciones que integran lo que comúnmente se conoce como normativa «antitrámites» –que se acaba de reseñar– ha permitido o exigido el uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas. También lo han hecho: la Ley 527 de 1999, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1437 de 2011.

En efecto, la Ley 527 de 1999¹² establece, en el artículo 10º, que «En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original». De igual manera, define el «mensaje de datos» como «La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax»¹³ y «sistema de información» como «todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos»¹⁴. Bajo este entendido, las aplicaciones web, que posibilitan el envío de mensajes de datos escritos o audiovisuales, como *Skype*, *Facetime*, *Whatsapp*, *Teams*, entre otras, constituyen sistemas de información, permitidos por el legislador en las actuaciones administrativas.

Adicionalmente, la Ley 1150 de 2007¹⁵ incorporó la posibilidad de utilizar dichos sistemas de información, y en general los medios electrónicos en las actuaciones contractuales. Así se infiere del artículo 3, el cual dispone:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los

¹⁰ Artículo 14.

¹¹ Artículo 16.

¹² «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones».

¹³ Artículo 2, literal a).

¹⁴ Artículo 2, literal f).

¹⁵ «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos».

cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

- a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;
- b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
- c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
- d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso la administración del Secop supondrá la creación de una nueva entidad.

El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República¹⁶.

Como se observa, esta norma introduce en la contratación estatal la regulación contenida en la Ley 527 de 1999, permitiendo que el trámite de los procedimientos

¹⁶ Sin embargo, debe recordarse que el artículo 222 del Decreto 019 de 2012 dispone: «Derogase la Ley 598 de 2000, la cual creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación estatal, SICE, el Catalogo Único de Bienes y Servicios CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia PURF, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública.

»En desarrollo del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, la Contraloría General de la República podrá obtener un análisis de precios de mercado de valor de los contratos que se registran en los sistemas de información o en los catálogos existentes sobre la contratación pública o privada, nacional o internacional; en virtud de lo cual, existirán los sistemas de registros de precios de referencia y los catálogos que las necesidades de análisis de precios aconsejen, para racionalizar la vigilancia a los precios de la contratación».

contractuales se realice por medios electrónicos; medios en los que cabe, como se indicó, el uso de sistemas de información para el envío de mensajes de datos.

La Ley 1341 de 2009¹⁷ establece la «masificación del gobierno en línea», indicando en el artículo 2, numeral 8, que:

Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos.

La Ley 1437 de 2011¹⁸ continúa la línea explicada, que consiste en el reconocimiento de validez a las actuaciones realizadas en sede virtual, y dedica un capítulo a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo¹⁹. En efecto, el artículo 5º, numeral 1, consagra, como derecho de las personas ante las autoridades, el de presentar peticiones y adelantar o promover estas actuaciones «por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público»; derecho al que le es correlativo el deber en cabeza de las autoridades de «Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos», previsto en el artículo 7º, numeral 6. Así mismo, el artículo 35 establece que «Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley»; en tanto que los artículos 53 al 64 regulan: i) la posibilidad de adelantar las actuaciones administrativas por medios electrónicos, ii) el registro para el uso de medios electrónicos, iii) el documento público por medio electrónico, iv) la notificación electrónica, v) el acto administrativo electrónico, vi) el archivo electrónico de documentos, vii) el expediente electrónico, viii) la sede electrónica, ix) la recepción de documentos electrónicos por parte de las autoridades, x) la prueba de recepción en envío de mensajes de datos por la autoridad, xi) las sesiones virtuales y xii) los estándares y protocolos.

¹⁷ «Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones».

¹⁸ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

¹⁹ Artículos 53 al 64.

La utilización de los medios electrónicos en la contratación estatal, regulados en la Ley 1437 de 2011, es posible a partir de la remisión efectuada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del CPACA²⁰, que a su vez, como se indicó, remite a las disposiciones de la Ley 527 de 1999.

2.2. Disposiciones expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19, que permiten la implementación de la virtualidad en el ejercicio de la función pública y en la contratación estatal

Actualmente el mundo –incluido Colombia– atraviesa una situación grave en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020²¹.

Desde que se tuvo conocimiento de la posibilidad de que este virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional²². A partir de esta fecha, el Ministerio, al igual que otras autoridades, han venido expidiendo una serie de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, tendientes a prevenir los contagios o, por lo menos, a disminuir la velocidad de incremento del brote. También se han expedido circulares que prevén recomendaciones como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de al menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc. El 17 de marzo, el presidente de la república decretó²³ el Estado de emergencia económica, social y ecológica, con fundamento en el

²⁰ El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone: «En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

»Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

»[...]».

²¹ En sitio web: <https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>.

²² En sitio web: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx>.

²³ Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.



artículo 215 de la Constitución²⁴, ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m., hasta el 31 de mayo de 2020²⁵. Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19», medida prorrogada hasta el 27 de abril de 2020 conforme al artículo 1 del Decreto 531 del 8 de abril de 2020.

A la fecha, la extensión del aislamiento obligatorio se ha prorrogado mediante tres Decretos: i) Decreto 593 del 24 de abril de 2020, el cual ordenó el aislamiento desde las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, ii) el Decreto 636 del 6 de mayo de 2020, por medio del cual se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio entre las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de mayo de 2020 y iii) el Decreto 689 del 22 de mayo de 2020 que lo amplió hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 31 de mayo de 2020.

Adicionalmente, dentro de los actos expedidos por las autoridades gubernamentales a nivel nacional, esta Subdirección destaca las directrices y recomendaciones que tienen que ver con la implementación de los medios electrónicos o virtuales –no presenciales– en el trámite de las actuaciones administrativas, pues la exhortación al uso de tales medios también es aplicable a las actuaciones contractuales.

En efecto, dentro de los actos administrativos que se han expedido, adoptando la metodología del teletrabajo e implementando el uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en el ejercicio de la función pública, pueden mencionarse los siguientes:

a) Circular Externa N° 0018²⁶ del 10 de marzo de 2020, del Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, que establece «acciones de contención ante el COVID-19 y la prevención de enfermedades asociadas al primer pico epidemiológico de enfermedades

²⁴ Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.
[...].».

²⁵ En: <https://twitter.com/IvanDuque/status/1240114356911734791>.

²⁶ En sitio web: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/circular-0018-de-2020.pdf>

respiratorias», y que prevé, como instrucción, principalmente para los ambientes laborales, la autorización del teletrabajo.

b) Resolución N° 385 del 12 de marzo de 2020²⁷, disponiendo, entre otras directrices, la suspensión de eventos con aforo de más de 500 personas²⁸ y ordenando «a los jefes, representantes legales, administradores o quienes hagan sus veces a adoptar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID-19», indicando al respecto que «Deberá impulsarse al máximo la prestación del servicio a través del teletrabajo»²⁹. Conviene destacar además lo establecido en el artículo 5, según el cual «La violación e inobservancia de las medidas adoptadas mediante el presente acto administrativo, dará lugar a las sanciones penales y pecuniarias previstas en los artículos 368 del Código Penal y 2.8.8.1.4.21 del Decreto 780 de 2016, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar».

c) Directiva Presidencial N° 02 del 12 de marzo de 2020, que establece «medidas para atender la contingencia generada por el COVID-19, a partir del uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones –TIC–»³⁰, implementando el trabajo en casa por medio del uso de las TIC³¹.

²⁷ «Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, y se adoptan medidas para hacer frente al virus».

En: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-385-de-2020.pdf>

²⁸ Artículo 2º.

²⁹ Numeral 2.6. del artículo 2º.

³⁰ En sitio web:

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%C2%B0%2002%20DEL%2012%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>.

³¹ El numeral 2 de esta Directiva prevé lo siguiente:

«2. USO DE HERRAMIENTAS COLABORATIVAS

»2.1. Minimizar las reuniones presenciales de grupo, y cuando sea necesario realizarlas, propender por reuniones virtuales mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

»2.2. Acudir a canales virtuales institucionales, transmisiones en vivo y redes sociales, para realizar conversatorios, foros, congresos o cualquier tipo de evento masivo.

»2.3. Usar las herramientas tecnológicas para comunicarse, el acuerdo marco de precios de nube pública vigente, trabajo colaborativo y telepresencial -videoconferencia-, para evitar el uso, impresión y manipulación de papel.

»2.4. Adoptar las acciones que sean necesarias para que los trámites que realicen los ciudadanos se adelanten dándole prioridad a los medios digitales.

»2.5. Hacer uso de herramientas como e-learning, portales de conocimiento, redes sociales y plataformas colaborativas, para adelantar los procesos de capacitación y formación que sean inaplazables.



d) Circular Interna N° 0020 del 16 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio del Trabajo, estableciendo «directrices transitorias para trabajo en casa por el COVID-19».

Estas medidas han sido adoptadas no solo por el Gobierno nacional, sino también por los órganos judiciales y de control. El Fiscal General de la Nación expidió la Circular N° 005 del 16 de marzo de 2020, dirigida a todos los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, autorizando el trabajo desde la casa para el cumplimiento de las funciones que puedan llevarse a cabo por este medio. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación expidió la Directiva N° 009 del 16 de marzo de 2020, que establece «medidas de contención para limitar la expansión del COVID-19», indicando que «La Oficina de Sistemas dispondrá el uso de los instrumentos informáticos de la entidad que serán utilizados para el trabajo en casa para garantizar la óptima prestación del servicio [...]». También expidió la Resolución N° 0127 de la misma fecha, que autoriza la realización de audiencias de conciliación por razones de salud pública, «en la modalidad no presencial a través de comunicación simultánea o sucesiva»³². De igual manera, la Contraloría General de la República, mediante Resolución Reglamentaria Ejecutiva N° 0063 del 16 de marzo de 2020 determinó la suspensión de la atención al público de manera presencial, disponiendo de los canales electrónicos necesarios para la recepción de peticiones de la ciudadanía, en armonía con la Circular N° 003 de 2020 del Contralor General de la República, que «impartió instrucciones con el fin de minimizar los efectos negativos en la salud de los funcionarios, contratistas, usuarios y demás personas que permanecen en las instalaciones de la Contraloría General de la República, frente a la expansión del virus COVID-19 en el país».

En conclusión, el estado de emergencia social, derivado de la situación sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19, ha justificado que se implementen –por parte de las autoridades administrativas, judiciales y de control– medidas tendientes a aminorar el riesgo de contagio en los ambientes laborales, y es por ello que, como se puede notar a partir del recuento normativo efectuado, se ha impartido la directriz de evitar al máximo la presencialidad y de utilizar las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, pues tales herramientas electrónicas permiten la reproducción simultánea de los mensajes de datos. Estas directrices también deben aplicarse en la contratación estatal, por ser una actividad que se tramita en espacios laborales al interior de las entidades estatales.

Pero, sin lugar a dudas, dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación

»El uso de las tecnologías de la información y telecomunicaciones deberá garantizar el cumplimiento de los lineamientos establecidos en materia de ciberseguridad por la entidad y con sujeción a la legislación vigente en materia de habeas data.

»Por último, se invita a todas las entidades territoriales para que dentro de sus competencias, acojan las directrices del presente acto administrativo».

³² Artículo primero.

pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron idénticas en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020. En tal sentido, se adoptaron algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección³³. De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto establece que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se pueden llevar a cabo por medios electrónicos³⁴.

Como se observa, tal artículo se armoniza con las disposiciones contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, con las cuales es viable concluir que las audiencias

³³ En efecto, dentro de los considerandos del Decreto se expresa: «Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permitan continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia».

³⁴ El artículo 1 establece: «Para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección podrán realizarse a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, antes de control, y a cualquier ciudadano interesado en participar.

»La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.

»En todo caso, debe garantizarse el procedimiento de intervención de los interesados, y se levantará un acta de lo acontecido en la audiencia.

»Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

»Parágrafo 1. En los procedimientos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias».

públicas en los procedimientos de selección contractual se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la telepresencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales. De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estatales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

En virtud de estas medidas, conforme al marco normativo anteriormente citado, además de la realización de audiencias virtuales, las entidades públicas, a través del pliego de condiciones o la invitación, pueden disponer la recepción de las ofertas a través del correo electrónico que indiquen para el efecto, pues es una decisión acorde a las medidas de aislamiento preventivo durante el estado de emergencia por el COVID-19, la cual no solo evita el riesgo de contacto sino que también permite la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Sin embargo, en la medida que algunos de los documentos de la propuesta deben entregarse firmados –por ejemplo, la carta de presentación, las pólizas, el certificado de pago de la seguridad social, entre otros–, es necesario analizar las circunstancias en las que son procedentes la firma manuscrita, electrónica y digital.

2.3. Requisitos de las firmas manuscritas, electrónicas y digitales

El artículo 836 del Código de Comercio define la firma como «la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal», es decir, la forma por la cual se identifica a una persona ya sea con el nombre del suscriptor, un símbolo o signo. Dentro del concepto general, la *firma manuscrita* es «[...] un rasgo o signo impuesto del puño y letra de una persona, con el cual, de forma general y reiterada, se compromete con el contenido de los documentos que la consignan, o da fe de que lo allí registrado obedece a la realidad»³⁵.

Por otra parte, frente a la *firma electrónica*, el artículo 1 del Decreto 2364 de 2012 la define como «aquella que se realiza a través de métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente». En este sentido, los atributos jurídicos que debe tener la firma electrónica son: i) identificar el firmante, ii) asegurar que el documento

³⁵ REMOLINA, Nelson y PEÑA, Lisandro De los títulos valores y de los valores en el contexto digital. Bogotá: Temis, 2011. p. 120.

firmado es exactamente el mismo que el original y iii) asegurar que los datos que utiliza el firmante para realizar la firma son únicos y exclusivos.

Finalmente, el artículo 2 de la Ley 527 de 1999 define la *firma digital* como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación³⁶. Además, esta normativa prevé que podrán emitir certificados en relación con las firmas digitales las entidades de certificación³⁷.

El Documento CONPES 3620 de 2009 explica que «La firma digital y la firma electrónica son formas de identificación personal en el contexto digital, que pueden ser empleadas para cumplir funciones de identificación, de la integridad de un mensaje de datos y el no repudio del mismo. La firma electrónica es el concepto genérico a través del cual se identifica un firmante asociado a un mensaje de datos y se entiende su aprobación al contenido del mismo, mientras la firma digital es una especie de firma electrónica». De hecho, bajo el principio de equivalencia funcional, estas firmas deben cumplir con las mismas funciones de la firma manuscrita, es decir, debe servir para identificar a una persona como el autor del documento, dar certeza de la participación exclusiva de dicha persona en la firma y asociar esta última al contenido del mensaje de datos.

Por ello, en relación con las firmas que se realizan por un mensaje de datos, el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 señala que se deben cumplir los siguientes requisitos: i) se ha utilizado un método que permita identificar el iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, y ii) el método es tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Debido a que la firma electrónica se genera por un mensaje de datos deberá cumplir los requisitos explicados anteriormente. Dentro de este marco, es necesario distinguir dos (2) situaciones: i) el documento original tiene la firma manuscrita y luego se escaneó para enviarlo a la entidad estatal por correo electrónico y ii) el documento tiene una imagen con la firma y se adjunta como archivo para enviarlo a la entidad.

³⁶ Ley 527 de 1999: «Artículo 2. Definiciones [...] c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación [...]».

³⁷ Ley 527 de 1999: «Artículo 30. Actividades de las entidades de certificación. Las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades: [...] 1. Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas o digitales de personas naturales o jurídicas [...]».

En el *primer supuesto*, es válido el documento con firma manuscrita que se escanea posteriormente para enviarlo a la entidad estatal, pues aquel está firmado con el puño y letra de la persona que lo suscribe; razón por la cual el hecho de que se escanee para enviarlo por correo electrónico no es un motivo para rechazar su presentación, ya que el pliego solo podrá exigir que los documentos de la oferta estén firmados, no que se presenten en original. De acuerdo con el numeral 15 de la Ley 80 de 1993, «Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales»³⁸. Conforme a lo anterior, si el oferente envía el documento que con firma manuscrita y luego lo escanea para enviarlo por correo electrónico, éste será válido, toda vez que, la normativa no exige que se tenga que enviar el documento en original sino solo que tenga la firma que quien lo suscribe.

En el *segundo supuesto*, el documento tiene una imagen con la firma y se adjunta como archivo para enviarlo al correo electrónico, la entidad verificará si el archivo cumple con los requisitos de la firma digital o electrónica. Como se mencionó, el artículo 2 de la Ley 527 de 1999 regula la firma digital como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación. En este sentido, la entidad deberá determinar con las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia si esa firma digital se encuentra o no registrada. Por otro lado, tratándose de una firma electrónica, la entidad deberá verificar i) la identidad del firmante, ii) que el documento firmado es exactamente el mismo que el original y iii) los datos que utiliza el firmante para realizar la firma son únicos y exclusivos.

En materia probatoria, tanto la firma electrónica como la firma digital pueden producir los mismos efectos jurídicos como mecanismos de autenticación, pero su diferencia tiene que ver con la carga probatoria, pues mientras en la firma digital, por existir una entidad de certificación que avala la identidad del titular de la firma, de manera automática introduce la autenticidad, integridad y no repudio; en el caso de la firma electrónica es necesario probar dichos elementos, a más de la trazabilidad, disponibilidad y el demostrar que se trata el mecanismo confiable y apropiable.

³⁸ En concordancia, el artículo 246 de la Ley 1564 de 2012 dispone que «Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

»Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente».

En conclusión, para que un documento con la imagen de una firma sea válido, la entidad estatal deberá determinar si cumple los requisitos de una firma digital o electrónica. Si no cumple los requisitos se entiende que el documento no se presentó con firma alguna y, por lo tanto, la entidad podrá rechazarlo si no se subsanó el documento durante el término concedido por la ley. Si el proponente aporta el documento con firma manuscrita y lo escanea para enviarlo a la entidad estatal, deberá considerarse como válido, porque estos documentos son una copia simple del original y tienen validez, salvo que una norma expresa imponga la entrega del original.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se responderá el interrogante planteado.

3. Respuesta

Las entidades que adelantan los procesos de contratación a través del SECOP I, ¿pueden recibir las ofertas por medio electrónico o, por el contrario, existe alguna disposición que lo prohíba?

De conformidad con las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, y con los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, se concluye que, para contener la expansión del COVID-19, las entidades públicas –siempre que no estén obligadas a utilizar el SECOP II en los términos de las Circulares Externas No. 1 de 2019, No. 2 de 2019 y No. 3 de 2020– pueden disponer la recepción de las ofertas a través de correo electrónico, pues –además de que no existe norma prohibitiva– es una decisión acorde a las medidas de aislamiento preventivo, la cual no solo evita el riesgo de contacto sino que también permite la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

En todo caso, si bien no todos los documentos de la propuesta se entregan firmados, la Administración analizará la validez de aquellos que la requieran. En esta medida, si el documento tiene firma manuscrita y se escanea para enviarlo a la entidad estatal, éste es completamente válido porque es una copia simple del original debidamente suscrito. Por su parte, si el documento está firmado por medio de una imagen, será válido únicamente si cumple los requisitos de las firmas electrónicas y digitales, conforme a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999. De lo contrario, se entenderá que el documento no tiene firma y, por lo tanto, se podrá rechazar la oferta, si la subsanación del documento no se realiza oportunamente.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original firmado
Fabián Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual

Aprobó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual