

Bogotá, 21 de enero de 2021

B.PFI-CI-1299-021-21

Ingeniero

OSCAR FERNANDO CASTELLANOS DOMÍNGUEZ

GERENTE DEL PROYECTO

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO N°1471299

senafe2020_fibog@unal.edu.co

La ciudad

Asunto: Concepto jurídico - firma digital para documentos derivados del contrato de fiducia.

Estimado profesor Oscar:

Mediante la presente el equipo jurídico del proyecto contrato Interadministrativo No CO1.PCCNTR.1471299 emite concepto jurídico sobre la *“Jurisprudencia que en tiempos de pandemia rige Colombia y en el Sector Financiero con respecto a la validez de la Firma Digital para la suscripción de los diferentes documentos (contratos o formatos)”*:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA suscribieron el día 23 de abril de 2020 el contrato interadministrativo No.CO1.PCCNTR.1471299, cuyo objeto es *“Contratar los servicios de gestión y operación de los recursos del Fondo Emprender para garantizar la administración de los recursos asignados a cada plan de negocio y la implementación de los mismos, conforme al modelo 4k y los lineamientos del SENA y el Fondo Emprender, como también brindar soporte técnico, administrativo, jurídico, financiero a los procesos que requiera el SENA Fondo Emprender para su operación, además de adelantar las acciones necesarias para la recuperación de la cartera.”*

SEGUNDO: El plazo de ejecución del contrato interadministrativo No.CO1.PCCNTR.1471299 fue previsto en treinta y seis (36) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato y la entrega por parte del SENA de la totalidad de la información necesaria para la ejecución del objeto del contrato. La vigencia del contrato estará compuesta por treinta (30) meses que corresponde al término de ejecución y seis (6) meses para su proceso de liquidación. El plazo de ejecución podrá ser prorrogado y modificado de mutuo acuerdo entre las partes.

TERCERO: El contrato interadministrativo No.CO1.PCCNTR.1471299 estableció en la cláusula quinta obligaciones específicas a la Universidad Nacional entre otras, las siguientes: (...) “1) Ejecutar los trámites presupuestales y financieros necesarios para la inclusión de los recursos y entrega de los mismos conforme a las instrucciones de la Dirección de Empleo y Trabajo del SENA.”

CUARTO: En las especificaciones técnicas del objeto a contratar establecidas por el SENA, en el aparte de “Gestión y manejo financiero de los recursos entregados a la luz del Contrato” se establecen las siguientes obligaciones a cargo de la Universidad Nacional de Colombia: “Estructurar el proceso pre y contractual de manera integral a través de una fiducia y una cuenta que reciba los recursos de monetización del Fondo Emprender, condicionando su uso para capital semilla y gastos derivados de la operación del Fondo Emprender”

QUINTO: El 7 de diciembre de 2020 se suscribió “CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 2 DE LA FACULTAD DE INGENIERÍA” CELEBRADO ENTRE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y FIDUCIARIA POPULAR S.A”

SEXTO: En ejecución del contrato, la Fiduciaria Popular ha solicitado a la Universidad Nacional de Colombia el envío de los documentos de vinculación, tarjeta de firmas y anexos con la firma manuscrita (ológrafa o autógrafa) de la decana (como Representante Legal) y de las firmas autorizadas.

De acuerdo con los anteriores hechos, nos permitimos dar solución a los siguientes:

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Pueden los documentos de vinculación, tarjeta de firmas y anexos, ser suscritos con firma digital, en el desarrollo del contrato de encargo fiduciario de administración y pagos No. 2 suscrito entre la Universidad Nacional y la Fiduciaria Popular S.A.?

Para responder se considera lo siguiente:

Consideraciones generales

El literal c, artículo 2° de la Ley 527 de 1999 define a 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”.

Por su parte, la firma electrónica se encuentra definida en el numeral 3, artículo 2.2.2.47.1 del Decreto 1074 de 2015 como “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”. Respecto a la confiabilidad contenida en la definición antes referida, el mismo Decreto 1074 de 2015 se ha pronunciado sobre este rubro en su artículo 2.2.2.47.4 al afirmar que:

“La firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

- 1. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.*
- 2. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.*

Parágrafo. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

- 1. Demuestre de otra manera que la firma electrónica es confiable, o*
- 2. Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable”.*

Dicha confiabilidad responde a la necesidad de revisarse, en cada caso concreto, los requisitos mínimos con los que debe contar una firma electrónica para poder ser reconocida como tal.

La firma digital y electrónica cuentan con plenos efectos jurídicos equivalentes a aquellos generados mediante el uso de una firma manuscrita - artículo 28 de la Ley 527 de 1999 y artículo 2.2.2.47.4 del Decreto 1074 de 2015 respectivamente -, lo cual responde al principio de equivalencia funcional que, según la Ley Modelo de Comercio Electrónico de las Naciones Unidas “se basa en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales”. Así mismo, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero del 2018 complementa esta postura, pues:

“(…)significa que la equivalencia funcional comprende aplicar al comercio electrónico el principio de la no discriminación por tratarse de mensaje de datos, pues pretende que estos produzcan los efectos jurídicos deseados por el emisor tal como si se tratara de documentos en papel, es decir, sin distinción alguna”. Subrayado y cursiva fuera del texto original.

Igualmente, se hace imperativo contar con entidades de certificación que soporten las firmas digitales y electrónicas expedidas. El Decreto - Ley 19 de 2012 en su artículo 160 redefine los preceptos consagrados en la Ley 527 de 1999 sobre entidades de certificación, estableciendo lo siguiente:

“CARACTERÍSTICAS Y REQUERIMIENTOS DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN.

El artículo 29 de la Ley 527 de 1999, quedará así:

Universidad
Nacional
de Colombia

"Artículo 29. Características y requerimientos de las entidades de certificación. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional (...)"

A su vez, el artículo 161 del mismo Decreto - Ley adiciona que estas entidades de certificación tengan la posibilidad de acreditar firmas electrónicas, escenario que no estaba contemplado en la Ley 527 de 1999.

Por último, en Concepto 243 del 2020, elaborado por la Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente, ha afirmado la intención de hacer uso de instrumentos tecnológicos en la contratación estatal dentro del marco de la pandemia ocasionada por Covid-19, así:

"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". Subrayado y cursiva fuera del texto original.

Dicho lo anterior, se torna relevante el uso de medios electrónicos como la firma digital con el fin de suplir las necesidades de la Universidad Nacional de Colombia, disminuir al máximo los contactos posibles contactos físicos e impulsar mayor eficiencia y celeridad en la gestión de los procesos.

Tomando como base las premisas anteriores

III. SE RESPONDE:

¿Pueden los documentos de vinculación, tarjeta de firmas y anexos, ser suscritos con firma digital, en el desarrollo del contrato de encargo fiduciario de administración y pagos No 2 con Fiduciaria Popular S.A.?

Si, estos documentos son susceptibles de ser suscritos utilizando para ello una firma digital, esta firma es extensiva incluso para la firma del SARLAFT, tal como lo concluye la Superfinanciera en Concepto 78156 del 22 de octubre de 2012. Es de indicar que incluso la misma Superfinanciera permite el Certificado digital para efectos de la remisión de información electrónica a la entidad¹.

Sin embargo, es claro que para ello se requiere que la entidad Fiduciaria ajuste sus procedimientos para este fin, teniendo en cuenta entre otras cosas las contingencias derivadas de la pandemia del Covid - 19; las limitaciones que con ocasión a la pandemia tiene la Universidad Nacional de Colombia en su calidad de FIDEICOMITENTE, y las directrices de la Gerencia Nacional Financiera expuestas en las circulares No. 005 y 009 del 2020 mediante las cuales se establecieron las “directrices en materia de gestión administrativa y Financiera ante la emergencia de contención y mitigación del Covid -19 “

Sin otro en particular,

Cordialmente,



Lida Yasmith González Saavedra- Abogada
T.P.169.393 del CSJ.
Coordinadora Contractual
Proyecto contrato interadministrativo No.
OSE-722-2020



Carolina Durán Negrete-Abogada
T.P. 126.231 del CSJ.
Representante Legal
Durán y Álvarez Asociados
Nit. 901224431
OCO No 14

¹ Circular externa No 24 del 20 de agosto de 2015