

MEDIOS ELECTRÓNICOS – Contratación estatal – Régimen jurídico

[...] la Ley 527 de 1999 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» y «sistema de información» como «todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos». 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 2007 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, [...].

Como se observa, este enunciado normativo introduce en la contratación estatal la regulación contenida en la Ley 527 de 1999, permitiendo que el trámite de los procedimientos contractuales se realice por medios electrónicos; medios en los que cabe, como ya se indicó, el uso de sistemas de información para el envío de mensajes de datos.

MEDIOS ELECTRÓNICOS – CPACA – Posibilidad

La Ley 1437 de 2011 continúa la línea explicada, consistente en el reconocimiento de validez a las actuaciones realizadas en sede virtual, y dedica un capítulo completo a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. 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.

EMERGENCIA SANITARIA – Decreto 491 – Decreto 537

Pero, sin lugar a dudas, dentro de las disposiciones normativas que se expidieron durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que incidieron en la contratación pública, las más importantes estuvieron 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, en este se adoptaron



algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continuaran cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual. Dentro de estas medidas estuvo la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección. De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto estableció que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se podían llevar a cabo por medios electrónicos.

[...]

También es importante mencionar, dentro de las disposiciones normativas expedidas en el marco de la emergencia sanitaria, el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, que ratificó la posibilidad –que, como se ha indicado, ya se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico– de realizar la comunicación o notificación de los actos administrativos por medios electrónicos. Tanto esta norma, como las del Decreto 537 de 2020, quedaron sujetas a la condición de que permaneciera vigente la *emergencia sanitaria*.

FIRMAS – Firma electrónica – Firma digital – Concepto

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».

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 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.

Adicionalmente, 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 transformación. Además, esta normativa prevé que podrán emitir certificados en relación con las firmas digitales las entidades de certificación.

EMERGENCIA SANITARIA – Pérdida de vigencia – Medios electrónicos – Viabilidad – Normativa

En la consulta bajo análisis se indaga si, a pesar de haber perdido vigencia las normas expedidas en el contexto de la emergencia sanitaria, para permitir la realización de actuaciones por medios electrónicos –en especial, las previstas en los Decretos 491 y 537 de 2020–, estos pueden continuarse empleando. Concretamente, se pregunta i) si las entidades estatales están habilitadas para seguir realizando audiencias virtuales en los procedimientos de selección y en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, ii) si pueden continuar notificando los actos administrativos,



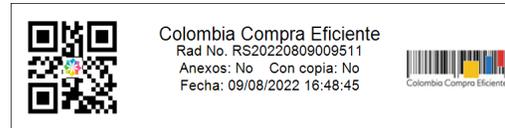
que no tengan una regla especial de notificación, a través de medios electrónicos, y iii) si les está permitido continuar suscribiendo los documentos mediante firma autógrafa y escanearlos, cuando no cuenten con firma digital.

En efecto, el 30 de junio de 2022 finalizó el estado de emergencia sanitaria declarado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, y que se mantuvo vigente, ininterrumpidamente, a través de las Resoluciones No. 844, 1462 y 2230 de 2020; 222, 738, 1315 y 1903 de 2021; 304 y 666 de 2022. Por su parte, varias disposiciones contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020 quedaron sujetas a la condición de que se mantuviera vigente el estado de emergencia sanitaria. Así sucedió, por ejemplo, con los artículos 1 y 11 del Decreto 491 de 2020, que permitieron, respectivamente, «hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria», la notificación o comunicación de los actos administrativos por medios electrónicos y la firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada de los actos, providencias y decisiones. Así también quedó dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 537 de 2020, que habilitaron, respectivamente, a las entidades estatales, «durante la vigencia de la emergencia sanitaria», para realizar las audiencias públicas en los procedimientos de selección contractual y adelantar la audiencia del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por medios electrónicos.

Esta Agencia considera que no obstante la pérdida de vigencia de estas disposiciones normativas – debido al cese del estado de emergencia sanitaria ocurrido el 30 de junio de 2022–, las entidades estatales pueden, por regla general, continuar adelantando sus actuaciones administrativas a través de medios electrónicos, salvo norma expresa en contrario, es decir, salvo que exista un precepto que las obligue a realizar alguna actuación de manera presencial. Esto, por cuanto la desaparición de los efectos de las normas contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020 no hace que pierdan vigencia las normas a las que se hizo referencia en el numeral 2.1. de este concepto, que permiten el empleo de herramientas electrónicas en las actuaciones administrativas. En tal sentido, tanto las audiencias de los procedimientos de selección contractual, como las que deban surtirse durante la ejecución del contrato estatal –incluida la del procedimiento administrativo sancionatorio, regulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011–, pueden seguir realizándose de manera virtual. También los documentos, por regla general, pueden continuar suscribiéndose en forma manuscrita –o de manera electrónica o digital, según su disponibilidad– por parte de los servidores públicos, para ser, posteriormente, escaneados –con excepción de lo indicado respecto del SECOP II–. De igual modo, los actos administrativos pueden continuar notificándose de manera electrónica.



Bogotá D.C., 09/08/2022 16:48:45



Doctor
José Camilo Guzmán Santos
Director Unidad de Compras Públicas
Consejo Superior de la Judicatura
Bogotá, D.C.

Concepto C – 521 de 2022

Temas: MEDIOS ELECTRÓNICOS — Contratación estatal — Régimen jurídico / MEDIOS ELECTRÓNICOS – CPACA – Posibilidad / EMERGENCIA SANITARIA – Decreto 491 – Decreto 537 / FIRMAS – Firma electrónica – Firma digital – Concepto / EMERGENCIA SANITARIA – Pérdida de vigencia – Medios electrónicos – Viabilidad – Normativa.

Radicación: Respuesta a consulta # P20220630006495

Estimado Doctor Guzmán,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de junio de 2022, 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 las siguientes preguntas:

«a. ¿Pueden las Entidades Estatales continuar realizando las audiencias públicas previstas en los diferentes Procesos de Contratación y la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de manera virtual? ¿Cuál es el sustento jurídico?»



»b. ¿Pueden las Entidades Estatales continuar notificando o comunicando los actos administrativos derivados de los Procesos de Contratación (que no tienen regla especial de notificación o comunicación) por medios electrónicos? ¿Cuál es el sustento jurídico?

»c. ¿Pueden las autoridades a que se refiere el artículo 1 del Decreto 491 de 2020, cuando no cuenten con firma digital, continuar válidamente suscribiendo los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios? ¿Cuál es el sustento jurídico?

»d. En caso que las respuestas a los interrogantes a y b sean negativas, ¿cómo deben manejarse las audiencias en los Procesos de Contratación y Actuaciones Administrativas (artículo 86 Ley 1474 de 2011) en curso?»

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas; especialmente, en la contratación pública, ii) disposiciones normativas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19, que ratificaron la implementación de la virtualidad en el ejercicio de la función pública y en la contratación estatal, iii) requisitos de las firmas manuscritas, electrónicas y digitales, y iv) posibilidad de emplear medios electrónicos en las actuaciones administrativas contractuales, a pesar de la pérdida de vigencia de las disposiciones relativas a este tema, contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en reiteradas oportunidades, ha analizado la procedencia de los medios electrónicos, como instrumentos permitidos para la sustanciación de las actuaciones administrativas contractuales. Así lo hizo en los conceptos: C-243 del 24 de marzo de 2020, C-245 del 7 de abril de 2020, C-247 del 7 de abril de 2020, C-253 del 7 de abril de 2020, C-254 del 7 de abril de 2020, C-016 del 21 de abril de 2020, C-017 del 27 de abril de 2020, C-262 del 27 de abril de 2020, C-296 del 21 de mayo de 2020, C-287 del 27 de mayo de 2020, C-292 del 28 de mayo de 2020, C-754 del 23 de diciembre de 2020, C-193 del 3 de mayo de 2021, C-753 del 6 de febrero de 2022 y C-030 del 25 de febrero de 2022. La tesis sostenida en dichos pronunciamientos será reiterada a continuación, complementándola con algunas ideas adicionales frente a la consulta que se estudia en esta ocasión.

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



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

Anteriormente la totalidad de las actuaciones oficiales, es decir, las que se efectuaban ante las entidades públicas, debían surtirse 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 produciendo una inversión en la lógica que rige la relación de los ciudadanos con el Estado: i) en lugar de la presencialidad, se ha comenzado a privilegiar 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 que han jugado 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 6° de la Ley 962 de 2005¹ dispuso que las entidades públicas podían servirse de medios electrónicos para el cumplimiento de sus funciones². El

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 6°. 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.

»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.



artículo 7° de la misma Ley permite la publicidad electrónica de las normas y actos generales de la Administración pública³, e igualmente, el artículo 10° exige que las entidades estatales tengan un correo electrónico habilitando para la recepción de mensajes enviados por las personas⁴. Entretanto, el Decreto 19 de 2012⁵ 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 cotidianas. Conviene destacar de este Decreto los artículos: 14 –que permite el uso de medios electrónicos para

»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 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».



la realización de peticiones⁶, 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 «todos los portales, sitios web, plataformas, ventanillas únicas, aplicaciones y soluciones existentes»¹⁰ y autoriza la gestión documental electrónica¹¹. En igual sentido, el artículo 5 de la Ley 2052 de 2020 prevé la digitalización de los trámites¹².

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.

¹⁰ Artículo 14.

¹¹ Artículo 16.

¹² «Los sujetos obligados en los términos de la presente ley deberán automatizar y digitalizar la gestión interna de los trámites que se creen a partir de la entrada en vigencia de esta ley, los cuales deberán estar automatizados y digitalizados al interior de las entidades, conforme a los lineamientos y criterios establecidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

»El Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, determinarán los plazos y condiciones para automatizar y digitalizar los trámites existentes antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

»PARÁGRAFO. Los sujetos obligados en los términos de la presente ley, salvo autorización legal, no podrán incrementar las tarifas o establecer cobros adicionales a los trámites en razón de su automatización y/o digitalización, so pena de la correspondiente sanción disciplinaria a la que haya lugar».



Pero no solo las disposiciones que integran lo que comúnmente conocemos como normativa «antitrámites» –y que se acaban de reseñar– han sido las que han permitido o exigido el uso de medios electrónicos en las actuaciones normativas. 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 1999¹³ 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»¹⁴ y «sistema de información» como «todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos»¹⁵. 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 2007¹⁶ 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, a cuyo tenor:

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

¹³ «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».

¹⁴ Artículo 2, literal a).

¹⁵ Artículo 2, literal f).

¹⁶ «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».

»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 República»¹⁷.

Como se observa, este enunciado normativo introduce en la contratación estatal la regulación contenida en la Ley 527 de 1999, permitiendo que el trámite de los procedimientos contractuales se realice por medios electrónicos; medios en los que cabe, como ya se indicó, el uso de sistemas de información para el envío de mensajes de datos.

¹⁷ 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».



La Ley 1341 de 2009¹⁸ 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 2011¹⁹ continúa la línea explicada, consistente en el reconocimiento de validez a las actuaciones realizadas en sede virtual, y dedica un capítulo completo a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo²⁰. 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.

La utilización de los medios electrónicos regulados en la Ley 1437 de 2011 en la contratación estatal es posible a partir de la remisión efectuada por el artículo 77 de la Ley

¹⁸ «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»

¹⁹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

²⁰ Artículos 53 al 64.



80 de 1993 a las normas del CPACA²¹, que, a su vez, como se indicó, se remite a las disposiciones de la Ley 527 de 1999.

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

A raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Estado colombiano expidió distintas disposiciones normativas que incidieron en la contratación pública. Dentro de estas normas destacan las contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron idénticas en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020²². En tal sentido, en este se adoptaron algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continuaran cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual. Dentro de estas medidas estuvo la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección²³. De este modo, el artículo 1 de

²¹ 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.

»[...]».

²² «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19».

²³ 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».



dicho Decreto estableció que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se podían llevar a cabo por medios electrónicos²⁴.

Como se observa, tal artículo se armonizaba 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 públicas en los procedimientos de selección contractual y, en general, las audiencias en la contratación estatal, se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia, 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.

También es importante mencionar, dentro de las disposiciones normativas expedidas en el marco de la emergencia sanitaria, el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, que ratificó la posibilidad –que, como se ha indicado, ya se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico– de realizar la comunicación o notificación de los actos administrativos por medios electrónicos²⁵. Tanto esta norma, como las del Decreto 537 de

²⁴ 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, entes 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».

²⁵ El referido artículo, dispuso: «Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.



2020, quedaron sujetas a la condición de que permaneciera vigente la *emergencia sanitaria*. Por eso, resulta necesario precisar si, en la actualidad, cuando dicha emergencia ha cesado, las entidades estatales pueden o no continuar realizando audiencias virtuales en los procedimientos adelantados en materia contractual y notificar los actos administrativos por medios electrónicos. La Agencia precisa, de antemano, que esto aún es posible, pero antes de plantear los argumentos jurídicos que respaldan esta tesis, como en la consulta también se pregunta por la viabilidad de las firmas manuscritas escaneadas, se tornan pertinentes algunos preliminares sobre este tema, para, posteriormente, en el último acápite de este concepto, exponer las conclusiones sobre los interrogantes contenidos en la consulta.

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»²⁶.

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

»En relación con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la expedición del presente Decreto, los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones. Las autoridades, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la expedición del presente Decreto, deberán habilitar un buzón de correo electrónico exclusivamente para efectuar las notificaciones o comunicaciones a que se refiere el presente artículo.

»El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

»En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011».

PARAGRAFO. La presente disposición no aplica para notificación de los actos de inscripción o registro regulada en el artículo 70 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

²⁶ REMOLINA, Nelson y PEÑA, Lisandro De los títulos valores y de los valores en el contexto digital. Bogotá: Temis, 2011. p. 120.



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 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.

Adicionalmente, 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 transformación²⁷. Además, esta normativa prevé que podrán emitir certificados en relación con las firmas digitales las entidades de certificación²⁸.

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

²⁷ 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 [...]».

²⁸ 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 [...]».



subirlo a una plataforma o enviarlo a un destinatario por medio electrónico y ii) el documento tiene una imagen con la firma y se adjunta como archivo para remitirlo al destinatario.

En el *primer supuesto*, es válido el documento con firma manuscrita que se escanea posteriormente para subirlo a una plataforma digital o enviarlo, 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 insertarlo o enviarlo a través de un medio electrónico no es un motivo para negar su autenticidad. Por el contrario, el documento es una copia simple del original y que se presume auténtica, salvo que una norma expresa lo contrario, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 019 de 2012²⁹.

En el *segundo supuesto*, es decir, cuando se trata de un documento que tiene una imagen con la firma y se adjunta como archivo en un medio electrónico, la entidad debe verificar que el archivo cumpla 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, se debe determinar con las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia que esa firma digital se encuentra registrada. Por otro lado, tratándose de una firma electrónica, se debe verificar i) la identidad del firmante, ii) que el documento firmado es exactamente el mismo que el original y iii) que 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

²⁹ Esta norma indica: «Todos los actos de funcionario público competente se presumen auténticos. Por lo tanto no se requiere la autenticación en sede administrativa o notarial de los mismos. Los documentos producidos por las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones, siempre que reposen en sus archivos, tampoco requieren autenticación o reconocimiento.

»Ninguna autoridad administrativa podrá exigir la presentación, suministro o entrega de documentos originales autenticados o copias o fotocopias autenticados, sin perjuicio de los controles o verificaciones que dichas entidades deban realizar, salvo para el reconocimiento o pago de pensiones.

»Los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales y de las actas de asamblea general de accionistas, junta de socios y demás actos de personas jurídicas que deban registrarse ante las Cámaras de Comercio, las cuales deberán ser presentadas personalmente por sus otorgantes ante el secretario de la respectiva Cámara.

»Las copias simples que expidan los notarios de los documentos que reposan en los respectivos protocolos no se autenticarán, salvo que el interesado así lo solicite».



autenticidad, integridad y no repudio; en el caso de la firma electrónica es necesario probar dichos elementos, a más de la trazabilidad, disponibilidad, y demostrar que se trata el mecanismo confiable y apropiable.

En todo caso, debe precisarse que en los supuestos en los cuales la entidad estatal se encuentre obligada a realizar su actividad contractual a través del SECOP II, la suscripción de los documentos por parte del servidor público competente debe realizarse dentro de aquella plataforma electrónica, pues dicha versión del SECOP tiene carácter *transaccional*. Esto quiere decir que las actuaciones se deben efectuar en línea y no resulta, en principio, admisible que se firmen los documentos en forma manuscrita, para luego escanearlos y subirlos adjuntos al aplicativo³⁰.

2.4. Posibilidad de emplear medios electrónicos en las actuaciones administrativas contractuales, a pesar de la pérdida de vigencia de las disposiciones relativas a este tema, contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020

En la consulta bajo análisis se indaga si, a pesar de haber perdido vigencia las normas expedidas en el contexto de la emergencia sanitaria, para permitir la realización de actuaciones por medios electrónicos –en especial, las previstas en los Decretos 491 y 537 de 2020–, estos pueden continuarse empleando. Concretamente, se pregunta i) si las entidades estatales están habilitadas para seguir realizando audiencias virtuales en los procedimientos de selección y en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, ii) si pueden continuar notificando los actos administrativos, que no tengan una regla especial de notificación, a través de medios electrónicos, y iii) si les está permitido continuar suscribiendo los documentos mediante firma autógrafa y escanearlos, cuando no cuenten con firma digital.

En efecto, el 30 de junio de 2022 *finalizó el estado de emergencia sanitaria* declarado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, y que se mantuvo vigente, ininterrumpidamente, a través de las Resoluciones No. 844, 1462 y 2230 de 2020; 222, 738, 1315 y 1903 de 2021; 304 y 666 de 2022. Por su parte, varias disposiciones contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020 quedaron sujetas a la condición de que se mantuviera vigente el estado de emergencia sanitaria. Así sucedió, por ejemplo, con los artículos 1 y 11 del Decreto 491 de 2020, que permitieron, respectivamente, «hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria», la notificación o comunicación de los actos administrativos por medios electrónicos y la firma

³⁰ «El SECOP II funciona como una plataforma transaccional con cuentas para las Entidades Estatales y los Proveedores. Cada cuenta tiene unos usuarios asociados a ella. Desde sus cuentas las Entidades Estatales crean, evalúan y adjudican Procesos de Contratación. Los Proveedores pueden hacer comentarios a los Documentos del Proceso, presentar ofertas y seguir el proceso de selección en línea». En: <https://www.colombiacompra.gov.co/node/22829>



autógrafo mecánica, digitalizada o escaneada de los actos, providencias y decisiones. Así también quedó dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 537 de 2020, que habilitaron, respectivamente, a las entidades estatales, «durante la vigencia de la emergencia sanitaria», para realizar las audiencias públicas en los procedimientos de selección contractual y adelantar la audiencia del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011³¹, por medios electrónicos.

³¹ El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula la audiencia del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, del siguiente modo: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

»a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

»b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

»c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

»d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

»<Texto adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:>

»Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

»La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

»Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto».

Esta Agencia considera que no obstante la pérdida de vigencia de estas disposiciones normativas –debido al cese del estado de emergencia sanitaria ocurrido el 30 de junio de 2022–, las entidades estatales pueden, por regla general, continuar adelantando sus actuaciones administrativas a través de medios electrónicos, salvo norma expresa en contrario, es decir, salvo que exista un precepto que las obligue a realizar alguna actuación de manera presencial. Esto, por cuanto la desaparición de los efectos de las normas contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020 no hace que pierdan vigencia las normas a las que se hizo referencia en el numeral 2.1. de este concepto, que permiten el empleo de herramientas electrónicas en las actuaciones administrativas. En tal sentido, tanto las audiencias de los procedimientos de selección contractual, como las que deban surtirse durante la ejecución del contrato estatal –incluida la del procedimiento administrativo sancionatorio, regulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011–, pueden seguir realizándose de manera virtual. También los documentos, por regla general, pueden continuar suscribiéndose en forma manuscrita –o de manera electrónica o digital, según su disponibilidad– por parte de los servidores públicos, para ser, posteriormente, escaneados –con excepción de lo indicado respecto del SECOP II–. De igual modo, los actos administrativos pueden continuar notificándose de manera electrónica.

En otras palabras, la pérdida de vigencia de las disposiciones de los Decretos 491 y 537 de 2020 que habían quedado sujetas a que perdurara la emergencia sanitaria no supone la derogatoria de las normas analizadas anteriormente, 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. En ese sentido, es posible afirmar que los medios electrónicos, incluidos los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia y permiten una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales, continúan siendo medios válidos para adelantar las actuaciones administrativas. 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.

De igual modo, la notificación y comunicación electrónica de los actos administrativos sigue siendo una posibilidad válida, tanto en los casos especiales en los que se realiza mediante el SECOP, como en la circunstancia regulada en el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011, en virtud de la remisión prevista en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993³². Asimismo, se continúa presumiendo la autenticidad de la firma manuscrita y

³² 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.



escaneada, de conformidad con la normativa antitrámites, siempre que el régimen contractual no exija formas especiales de suscripción documental, como sucede con los documentos que se expiden en línea, de manera transaccional, en el SECOP II, caso en el cual prevalece esta metodología especial.

3. Respuesta

«a. ¿Pueden las Entidades Estatales continuar realizando las audiencias públicas previstas en los diferentes Procesos de Contratación y la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de manera virtual? ¿Cuál es el sustento jurídico?

»[...]

»d. En caso que las respuestas a los interrogantes a y b sean negativas, ¿cómo deben manejarse las audiencias en los Procesos de Contratación y Actuaciones Administrativas (artículo 86 Ley 1474 de 2011) en curso?»

Esta Agencia considera que no obstante la pérdida de vigencia de las disposiciones normativas previstas en los Decretos 491 y 537 de 2020 que permitían la realización de audiencias virtuales –debido al cese del estado de emergencia sanitaria ocurrido el 30 de junio de 2022–, las entidades estatales pueden, por regla general, continuar adelantando sus actuaciones administrativas a través de medios electrónicos, salvo norma expresa en contrario, es decir, salvo que exista un precepto que las obligue a realizar alguna actuación de manera presencial. Esto, por cuanto la desaparición de los efectos de las normas contenidas en los Decretos 491 y 537 de 2020 no hace que pierdan vigencia las normas a las que se hizo referencia en el numeral 2.1. de este concepto, que permiten el empleo de herramientas electrónicas en las actuaciones administrativas. En tal sentido, tanto las audiencias de los procedimientos de selección contractual, como las que deban surtirse durante la ejecución del contrato estatal –incluida la del procedimiento administrativo sancionatorio, regulada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011–, pueden seguir realizándose de manera virtual.

En otras palabras, la pérdida de vigencia de las disposiciones de los Decretos 491 y 537 de 2020, que habían quedado sujetas a que perdurara la emergencia sanitaria, no supone la derogatoria de las normas analizadas anteriormente, contenidas en las Leyes

»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.

»PARÁGRAFO 1.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

»PARÁGRAFO 2.- Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina».



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. Más aún, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 dispone, expresamente, que en las actuaciones contractuales se podrán utilizar los medios electrónicos.

Es posible concluir entonces que los medios electrónicos, incluidos los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia y permiten una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales, continúan siendo medios válidos para adelantar las actuaciones administrativas. 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.

«b. ¿Pueden las Entidades Estatales continuar notificando o comunicando los actos administrativos derivados de los Procesos de Contratación (que no tienen regla especial de notificación o comunicación) por medios electrónicos? ¿Cuál es el sustento jurídico?»

La notificación y comunicación electrónica de los actos administrativos en las actuaciones contractuales sigue siendo una posibilidad válida, tanto en los casos especiales en los que se realiza mediante el SECOP, como en la circunstancia regulada en el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011, en virtud de la remisión prevista en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y también con fundamento en las leyes 527 de 1999, 962 del 2005 y 1341 de 2009, y en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019. Además, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 permite el uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas contractuales.

«c. ¿Pueden las autoridades a que se refiere el artículo 1 del Decreto 491 de 2020, cuando no cuenten con firma digital, continuar válidamente suscribiendo los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios? ¿Cuál es el sustento jurídico?»

Como se indicó en las consideraciones de este concepto, en principio, se presume la autenticidad del documento con firma manuscrita que se escanea posteriormente para subirlo a una plataforma digital o enviarlo, 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 insertarlo o enviarlo a través de un medio electrónico no es un motivo para negar su autenticidad. Por el contrario, el documento es una copia simple del original y que se presume auténtica, salvo que una norma expresa lo contrario, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 019 de 2012.



En el *segundo supuesto*, es decir, cuando se trata de un documento que tiene una imagen con la firma y se adjunta como archivo en un medio electrónico, la entidad debe verificar que el archivo cumpla 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, se debe determinar con las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia que esa firma digital se encuentra registrada. Por otro lado, tratándose de una firma electrónica, se debe verificar i) la identidad del firmante, ii) que el documento firmado es exactamente el mismo que el original y iii) que los datos que utiliza el firmante para realizar la firma son únicos y exclusivos.

En todo caso, debe precisarse que en los supuestos en los cuales la entidad estatal se encuentre obligada a realizar su actividad contractual a través del SECOP II, la suscripción de los documentos por parte del servidor público competente debe realizarse dentro de aquella plataforma electrónica, pues dicha versión del SECOP tiene carácter *transaccional*. Esto quiere decir que las actuaciones se deben efectuar en línea y no resulta, en principio, admisible que se firmen los documentos en forma manuscrita, para luego escanearlos y subirlos adjuntos al aplicativo.

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

Atentamente,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E) ANCP – CCE

