**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO ESTATAL – Requisitos de perfeccionamiento – Requisitos ejecución – Diferencia**

El Consejo de Estado aclaró la diferencia entre el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

La Sala concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere del perfeccionamiento; es decir, cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, «se perfecciona» cuando «se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito»; iii) es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 y iv) el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.

**MENSAJE DE DATOS – Medios electrónicos – Contratación estatal – Régimen jurídico**

[…] En efecto, la Ley 527 de 1999, «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» 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, «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», incorporó la posibilidad de utilizar dichos sistemas de información y en general los medios electrónicos en las actuaciones contractuales […]

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.

**PUBLICIDAD – Obligación – SECOP**

De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual, como garantía para los administrados para conocer las actuaciones y participar en el control de estas. Por ende, el SECOP es la herramienta que dispuso el Estado para que las entidades cumplan el principio de publicidad, y la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza pública o privada, o la pertenencia a una u otra rama del poder público.

**SECOP II – Funcionamiento**

El SECOP II es la segunda versión de la plataforma y se caracteriza por ser transaccional, esto es, permite la gestión en línea de los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a éstas, para las entidades y los proveedores, así como el acceso de consulta para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores, por su parte, pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y, en general, seguir el procedimiento de selección en línea.

**SECOP II – Secop I – Diferencia**

Es necesario aclarar que, dado que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, paulatinamente se va conformando un expediente electrónico, lo cual implica una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos que se publican posteriormente. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, por regla general, no es posible cargar en SECOP II actuaciones por escrito realizadas por la entidad, como ocurre en el SECOP I, sino que los documentos y actuaciones son electrónicos.

**SECOP II – Cargue – Documentos adicionales**

La plataforma SECOP II es totalmente transaccional, por lo que el trámite se realiza en línea y la publicidad de las actuaciones es concomitante, según transcurran cada una de las etapas del procedimiento, lo que descarta, en principio, la necesidad cargar documentación alguna. […] No obstante, eventualmente puede ocurrir que al SECOP II se deban cargar documentos suscritos o no por las partes. Esto ocurre, por ejemplo, con los estudios previos, el informe de evaluación, la resolución de adjudicación o con el clausulado del contrato, entre otras actuaciones en las que los usuarios quedan habilitados para cargar documentos en la plataforma.

**SECOP II – Cargue – Documentos adicionales – Contrato electrónico**

La Guía para hacer la gestión contractual en el SECOP II de Colombia Compra Eficiente señala el contenido de cada sección del contrato electrónico y cómo debe ser diligenciado; no obstante, puede ocurrir que sea necesario cargar documentos que por su contenido no se reflejan en el formulario generado automáticamente por la plataforma una vez adjudicado el proceso. Lo anterior es el caso de, entre otras, el clausulado del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad, en los casos en que los campos generados en el contrato electrónico en edición no sean suficientes para publicar la totalidad de las cláusulas contractuales o información contractual relevante, debe cargar dicha información a través de la sección «v) documentos del contrato».

**SECOP II – Contrato electrónico ‒ Composición**

De esta forma, los contratos en SECOP II están compuestos por: i) los mensajes de datos que la entidad envía al proveedor como «contrato», es decir, el formulario ‒correspondiente a las nueve secciones mencionadas‒, y los anexos ‒documentos que se cargan en la sección «v) documentos del contrato»‒ y, ii) por el mensaje de datos de aceptación por parte del proveedor, información que, sumada al sello de tiempo que provee la plataforma, configura el contrato electrónico, el cual tiene plena validez y fuerza obligatoria.

**SECOP – Información – Duplicidad – Prohibición**

Ahora, el hecho que la entidad publique documentos en la sección «v) documentos del contrato» no implica elaborar un contrato en físico, pues esto generaría duplicidad de la información del proceso. En ese sentido, la entidad debe tener en cuenta que los documentos que cargue en la mencionada sección deben corresponder a información adicional a la diligenciada en las nueve secciones.

**FIRMA ELECTRÓNICA – Concepto – Regulación**

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.

**SECOP II – Expediente electrónico – Valor probatorio**

A similares conclusiones se llega frente a los documentos electrónicos que conforman el expediente del SECOP II, pues, como se lee en la Circular Única Externa de Colombia Compra Eficiente, tales documentos «son válidos y tienen valor probatorio de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con el Código General del Proceso». Tal conclusión, como se observa en el documento transcrito, tiene fundamento en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

Para los efectos relacionados con el proceso de contratación estatal, los documentos contenidos en el expediente digital de la actuación adelantada en la plataforma SECOP II tienen plenos efectos probatorios, sin distingo que contengan la firma manuscrita de las partes del contrato estatal.

**CONTRATO ELECTRÓNICO ‒ Suscripción**

Así pues, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, para los efectos del SECOP II, el contrato electrónico se entiende suscrito con la aceptación de las partes, sin distingo que los mismos no tengan la firma manuscrita, primero, por lo señalado en la mencionada Guía y, segundo, porque la plataforma SECOP II es transaccional y, por ende, los documentos no son firmados por las partes de forma manuscrita.

Bogotá D.C., **16/06/2020 9:53:40s**

**N° Radicado: 2202013000004999**

Señora

**Sandra Milena Jiménez**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C ─ 366 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATO ESTATAL – Requisitos de perfeccionamiento y ejecución – Diferencia / MENSAJE DE DATOS – Medios electrónicos – Contratación estatal – Régimen jurídico / PUBLICIDAD – Obligación – SECOP / SECOP II – Funcionamiento / SECOP II – SECOP I – Diferencia / SECOP II – Cargue de documentos adicionales / SECOP II – Cargue de documentos adicionales – Contrato electrónico / SECOP II – CONTRATO ELECTRÓNICO ‒ Composición / SECOP – Prohibición de duplicar información / FIRMA ELECTRÓNICA – Concepto – Regulación / SECOP II – Expediente electrónico – Valor probatorio / CONTRATO ELECTRÓNICO ‒ Suscripción |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000003934 |

Estimada señora Jiménez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de mayo 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. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿el SECOP II le quitó la obligatoriedad a las entidades de publicar los contratos, es decir, con el solo registro de información muy básica en la plataforma, se elimina hacer los contratos físicos firmados y si se hacen no es obligatorio subirlos, como se veían en el SECOP I?»

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato; ii) el uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas y, en especial, en la contratación pública; iii) el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP; y iv) la posibilidad de utilizar la firma electrónica en los procedimientos contractuales.

**2.1. Requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006907 del 23 de octubre de 2019, reiterado y desarrollado en el concepto C–110 de 2020, estudió los requisitos para perfeccionar y ejecutar el contrato. La tesis desarrollada se expone a continuación:

La Ley 80 de 1993, respecto del principio de economía, brinda directrices relacionadas con algunas etapas de un procedimiento contractual, de manera que refleja dos aspectos que ocurren en la actividad contractual: i) la apertura del procedimiento y la suscripción del contrato y ii) la ejecución del contrato[[1]](#footnote-1). Por tanto, para cada una de estas etapas del procedimiento, la ley prevé requisitos que deben cumplir la entidad y los oferentes o contratistas, según corresponda, con el fin de que mediante la contratación se satisfaga la necesidad que le dio origen.

Con el fin de resolver su consulta, resulta relevante analizar el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que trata sobre los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato[[2]](#footnote-2). El inciso 1 enuncia los requisitos de perfeccionamiento: i) que exista acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y ii) que conste por escrito. El Consejo de Estado se pronunció sobre la solemnidad del contrato estatal y la imposibilidad de modificarla por voluntad de sus destinatarios:

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar[[3]](#footnote-3).

De esta manera, la existencia y perfeccionamiento del contrato se producen cuando se cumplen los elementos esenciales y de solemnidad, sin que las partes puedan suprimir los requisitos legales para esto, ya que la autonomía de la voluntad no prevalece sobre las normas de orden público. Sin embargo, para establecer la diferencia con los requisitos para la ejecución del contrato, a continuación se expondrán las reglas y la jurisprudencia sobre el tema.

El inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 enuncia los requisitos de ejecución, los cuales deben cumplir las partes antes de iniciar la ejecución del contrato: i) la aprobación de las garantías, ii) que el contratista esté al día en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y iii) la existencia de disponibilidad presupuestal –registro presupuestal–, salvo que se contrate con recursos de vigencias futuras. Ahora bien, en el marco de la autonomía de la voluntad las partes pueden establecer requisitos adicionales para iniciar la ejecución del contrato, tal es el caso de las actas de inicio, entre otros. El Consejo de Estado aclaró la diferencia entre el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, de la siguiente manera:

La Sala concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, «se perfecciona» cuando «se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito»; iii) es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 y iv) el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución[[4]](#footnote-4).

Se observa que la jurisprudencia asimila los conceptos de existencia y perfeccionamiento del contrato, pero no ocurre lo mismo con la ejecución, puesto que, a pesar de estar regulados en la misma norma, se hace una clara diferenciación y se enlistan los requisitos para cada uno de ellos, señalando que tanto la disponibilidad presupuestal –debiéndose entender registro presupuestal–, como estar al día con el Sistema de Seguridad Social Integral y la aprobación de las garantías son exigencia para ejecutar del contrato.

De esta manera, con la regulación del contrato estatal citada y, particularmente, teniendo en cuenta los requisitos de su perfeccionamiento y ejecución, a continuación se explicará el uso de los medios electrónicos en las actuaciones administrativas y su cumplimiento a través de la plataforma SECOP II, mediante el contrato electrónico –lo cual es el objeto de su consulta–, con el fin de establecer el deber de la entidad de publicar sus procedimientos según las funcionalidades establecidas para ello.

**2.2. 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 artículo 6º de la Ley 962 de 2005, «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», dispuso que las entidades públicas podían servirse de medios electrónicos para el cumplimiento de sus funciones[[5]](#footnote-5). El artículo 7º de la misma Ley permite la publicidad electrónica de las normas y actos generales de la Administración pública[[6]](#footnote-6), e igualmente, el artículo 10º exige que las entidades estatales tengan un correo electrónico habilitando para la recepción de mensajes enviados por las personas[[7]](#footnote-7). Entretanto, el Decreto 19 de 2012, «Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública», 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 esta Decreto los artículos: 14 –que permite el uso de medios electrónicos para la realización de peticiones–[[8]](#footnote-8), 38 –que establece como función del Departamento Administrativo de la Función Pública, «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 SECOP–[[9]](#footnote-9), entre otros. De igual manera, el Decreto 2106 de 2019 «Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública» 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»[[10]](#footnote-10). Además, reconoce que las personas pueden adelantar sus trámites a través de «todos los portales, sitios web, plataformas, ventanillas únicas, aplicaciones y soluciones existentes»[[11]](#footnote-11) y autoriza la gestión documental electrónica[[12]](#footnote-12).

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 1999, «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» 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]](#footnote-13) y «sistema de información» como «todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos»[[14]](#footnote-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 2007, «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», 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.

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.

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.

La Ley 1341 de 2009, «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 de Espectro y se dictan otras disposiciones» 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 2011, «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» 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[[15]](#footnote-15). 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.

**2.3. El Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP: transformación hacia la tecnología y los medios electrónicos**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000007253 del 4 de diciembre de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000007289 de la misma fecha y en los conceptos C‒170 y C‒172 del 6 de abril de 2020 y C‒295 del 30 de abril de 2020 analizó el SECOP como plataforma de publicidad y transaccionalidad de los procesos de contratación. La tesis desarrollada se expone a continuación:

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios que rigen las actuaciones dentro de los procedimientos contractuales que adelantan las entidades16, y se destaca el principio de transparencia, desarrollado por el artículo 24, que contiene las reglas que permiten a los interesados conocer las actuaciones contractuales, que son públicas para poder controvertirlas a través de observaciones, por lo que se conforma un expediente y se expiden copias, de acuerdo con lo dispuesto por la norma17. De esta forma, las entidades deben publicar sus actuaciones de los procedimientos contractuales en el medio que ha definido el Estado para tal fin.

Sobre el deber de publicidad, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 regula la publicidad en el SECOP, y el deber de las entidades de publicar en dicha plataforma los documentos que resulten de la actividad contractual18, lo cual permite el control de las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública. Así lo confirma el Consejo de Estado que analizó el principio de publicidad:

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quiénes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)19.

De acuerdo con esto, las entidades deben cumplir con el principio de publicidad respecto de su actividad contractual, como garantía para los administrados para conocer las actuaciones y participar en el control de estas. Por ende, el SECOP es la herramienta que dispuso el Estado para que las entidades cumplan el principio de publicidad, y la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única, recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza pública o privada, o la pertenencia a una u otra rama del poder público.

El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 señala que los actos relacionados con los procedimientos de contratación de las entidades pueden ser electrónicos, al igual que su publicidad, por lo que el Gobierno nacional debe definir los medios para llevarlo a cabo, y tiene la obligación de desarrollar el SECOP[[16]](#footnote-16). Este sistema debe contar con la información oficial de los procedimientos contractuales de las entidades, teniendo en cuenta que se ejecutan recursos públicos y por ende la ciudadanía tiene derecho a conocer cómo se invierten, y controlar que el objetivo sea la satisfacción de sus necesidades.

La norma citada genera un cambio en la contratación pública, donde las actuaciones de las entidades se realizaban por escrito y en papel, y ahora se crea un mecanismo eficiente que reduce costos para que se cumpla el principio de publicidad, como un deber de las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley les otorga. No obstante, la norma no establece como único supuesto para el deber de publicidad en el SECOP la ejecución de recursos públicos, ya que el deber es más amplio, teniendo en cuenta que dicha obligación está consagrada en una norma que aplica a las entidades estatales, esto es, que son ellas quienes deben publicar las actuaciones relacionadas con su actividad contractual, sin que sea relevante en el cumplimiento de este deber la ejecución o no de recursos públicos, a pesar de que cuando se ejecutan cobra mayor importancia que se cumpla el principio de publicidad, por involucrar un interés principal de la ciudadanía.

**2.3.1. El SECOP II, su despliegue y utilización como plataforma electrónica transaccional**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene como función administrar el SECOP[[17]](#footnote-17), por lo cual desarrolló la primera versión de la plataforma, denominada SECOP I, que funciona como medio de publicidad y no transaccional, lo que significa que, en la práctica, el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y que la entidad lleva un expediente físico, cuyos documentos se escanean para cargarlos en la plataforma por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II es la segunda versión de la plataforma y se caracteriza por ser transaccional, esto es, permite la gestión en línea de los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a éstas, para las entidades y los proveedores, así como el acceso de consulta para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores, por su parte, pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y, en general, seguir el procedimiento de selección en línea.

Es necesario aclarar que, dado que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, paulatinamente se va conformando un expediente electrónico, lo cual implica una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos que se publican posteriormente. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, por regla general, no es posible cargar en SECOP II actuaciones por escrito realizadas por la entidad, como ocurre en el SECOP I, sino que los documentos y actuaciones son electrónicos. En efecto, en una de las orientaciones jurídicas del SECOP II[[18]](#footnote-18), la Subdirección de Gestión Contractual explicó que:

[…] los contratos en SECOP II son electrónicos, por lo cual su publicación se da de manera simultánea a la actuación al ser una plataforma en línea. Teniendo en cuenta lo anterior no hay lugar a la publicación de manera posterior porque las actuaciones se hacen en la plataforma de manera inmediata.

Los contratos en el SECOP II están compuestos por el formulario y los anexos que son, mensajes de datos que la Entidad envía al proveedor como «contrato» y el mensaje de datos de aceptación por parte del proveedor, estos mensajes acompañados de la firma electrónica y el sello de tiempo que provee la plataforma constituyen el contrato electrónico el cual tiene plena validez y fuerza obligatoria.

La plataforma SECOP II es totalmente transaccional, por lo que el trámite se realiza en línea y la publicidad de las actuaciones es concomitante, según transcurran cada una de las etapas del procedimiento, lo que descarta, en principio, la necesidad cargar documentación alguna. Además, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 14 de la Ley 527 de 1999, en la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán expresarse por medio de un mensaje de datos, lo que implica que «[n]o se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos». Igualmente, el artículo 22 *ibidem* dispone que los contratos electrónicos compuestos por mensajes de datos tienen los efectos jurídicos según las normas aplicables al negocio jurídico contenido en dichos mensajes, esto es, las normas que regulan el sistema de contratación pública.

No obstante, eventualmente puede ocurrir que al SECOP II se deban cargar documentos suscritos o no por las partes. Esto ocurre, por ejemplo, con los estudios previos, el informe de evaluación, la resolución de adjudicación o con el clausulado del contrato, entre otras actuaciones en las que los usuarios quedan habilitados para cargar documentos en la plataforma. Se trata de algo excepcional, pues, se insiste, el SECOP II es una plataforma esencialmente transaccional, distinta de la SECOP I que es una herramienta eminentemente de publicidad.

Dicho carácter excepcional, además, se justifica en la necesidad de evitar los problemas que pueden surgir ante la duplicidad de información, como, por ejemplo, la discrepancia entre el texto tramitado en el SECOP II y el que la entidad carga a la plataforma.

Ahora bien, respecto a la obligación de utilizar la plataforma del SECOP II, Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo que expidió la Circular Externa No. 1 de 2019 sobre la obligatoriedad de su uso en el 2020, la cual dispone que: «a partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll». Las entidades públicas relacionadas en dicho anexo están obligadas al uso de la plataforma.

Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019, a través de la cual se amplió «la entrada en vigencia de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020». Con todo, de acuerdo a lo que se dispuso en la Circular Externa No. 3 de 2020, existen dos grupos de entidades que podrán seguir gestionando sus procesos contractuales por medio de la plataforma SECOP I: por un lado, la Gobernación del Chocó, la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Alcaldía de Quibdó, la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Popayán y, por el otro, la Gobernación de Guainía, la Alcaldía de Inírida, la Gobernación del Amazonas, la Alcaldía de Leticia, la Gobernación del Vichada, la Alcaldía de Puerto Carreño, la Gobernación del Guaviare, la Alcaldía de San José del Guaviare, la Gobernación de Vaupés y la Alcaldía de Mitú.

Los primeros, porque no alcanzaron a capacitarse en el uso de la plataforma SECOP II, dado que los programas de formación se suspendieron por el Coronavirus –COVID 19. Los segundos, debido a que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, por problemas de capacidad técnica de las redes.

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, no es posible realizar en SECOP II la totalidad de las actuaciones por escrito, ya que esto es propio del SECOP I; sino que los documentos y actuaciones son electrónicas, como se desarrollará a continuación.

**2.3.2. Pliego de condiciones electrónico**

En primer lugar, es posible referirse al pliego de condiciones que, en el SECOP II, es electrónico y está compuesto por: i) formulario y ii) documentos anexos que cargue la entidad. Después de elegir la modalidad de selección, el SECOP II crea el expediente electrónico del procedimiento y habilita la creación del pliego borrador electrónico. Este pliego electrónico es un formulario con seis secciones: i) información general, ii) configuración, iii) cuestionario, iv) evaluación, v) documentos del proceso y vi) documentos de la oferta.

Los formularios de los pliegos electrónicos abarcan la mayoría de los contenidos mínimos que debe contener un pliego de condiciones, con excepción del análisis de riesgos, las causales de rechazo, la minuta del contrato y la supervisión o interventoría, entre otros, los cuales, al igual que los demás componentes que la entidad considere conveniente incluir, en su autonomía contractual, pueden incluirse en la sección para adjuntar documentos.

En consecuencia, por el funcionamiento de la plataforma no es posible que exista un pliego de condiciones físico y que no se diligencie el formulario dispuesto en la plataforma, ya que sin esto el SECOP II no habilita el botón «ir a publicar», con el cual se crea formalmente el procedimiento y los interesados pueden conocerlo para presentar observaciones y ofertas. Esto significa que la publicación de un pliego de condiciones físico bloquea las funcionalidades de la plataforma para crear el procedimiento en línea, y para su desarrollo en cumplimiento de la normativa de contratación pública, por lo cual el procedimiento no existiría en el SECOP II y no sería posible conocerlo; pero esto no implica que las entidades no puedan adjuntar los documentos que sean necesarios y que complementen el pliego de condiciones electrónico.

**2.3.3. Acta de cierre**

La etapa de apertura y evaluación de ofertas del expediente electrónico, conformado en el SECOP II, se habilita cuando se cumple la fecha de cierre dispuesta en el cronograma que se configura en la plataforma. Una vez ocurrida esta fecha, el SECOP II permite abrir las ofertas, ingresando a la sección «lista de ofertas» del área de trabajo del Proceso, donde aparece el botón «Apertura de ofertas». La plataforma muestra un panel con las ofertas presentadas, y es necesario hacer clic en «Iniciar» y luego en «Abrir sobres» para que la plataforma desencripte las ofertas.

Luego de abrir los sobres, la entidad debe publicar el acta de cierre que genera automáticamente la plataforma, haciendo clic en «Publicar lista de oferentes», y se abre una venta emergente con la lista de proveedores que presentaron oferta en el procedimiento y la fecha y hora de llegada de cada oferta; y, al dar clic en el botón «Actualizar/Publicar lista de oferentes», queda publicada el acta de cierre. De esta actuación no queda evidencia en el expediente electrónico, si se realiza con un acta de cierre escrita, ya que la plataforma no la tiene en cuenta por no corresponder con su funcionamiento. Como se estableció para el pliego de condiciones electrónico, existen secciones en el SECOP II para cargue de documentos escritos, lo cual no reemplaza la función dentro de la plataforma, sin la cual no existe la actuación que se haya realizado por escrito mediante el cargue de documentos.

Al no utilizar el botón «Actualizar/Publicar lista de oferentes», esto no bloquea la continuidad del procedimiento en línea, pero no existirá trazabilidad en la plataforma de que se haya publicado el acta de cierre como lo exige la ley.

**2.3.4. Aprobación de las garantías**

De acuerdo con la Guía para hacer la gestión contractual en el SECOP II que expidió la Agencia[[19]](#footnote-19), después de aprobar y publicar el contrato, el proveedor debe enviar el enlace del expediente del procedimiento contractual a la aseguradora, gestionar las garantías y enviarlas a través de la plataforma. El usuario encargado en la entidad puede aprobar o rechazar las garantías y publicarlas, ingresando a la opción «Contratos» y en el detalle se encuentra la sección de «Condiciones», y luego la de «Garantías del proveedor».

La plataforma muestra las garantías en un listado y, al hacer clic en el botón «Detalle» de alguna de las garantías, el SECOP II abre una ventana emergente con los datos de la garantía y las opciones «aprobar» y «rechazar». Una vez seleccionada alguna de las opciones, el usuario encargado en la entidad da clic en «confirmar», ya que sin esto la garantía queda en estado «pendiente», lo cual a partir del 25 de abril de 2020 es bloqueante, y la entidad no puede continuar gestionando el contrato en el expediente electrónico hasta tanto no sean aprobadas, al menos una de las garantías configuradas en el proceso contractual. No obstante, al no aprobar las garantías de acuerdo con el procedimiento establecido en el SECOP II, descrito anteriormente, no existirá trazabilidad en la plataforma del cumplimiento de este requisito de ejecución del contrato como lo exige la ley.

**2.3.5. Contrato electrónico**

Después de que se adjudica el procedimiento en la plataforma y se carga el informe de evaluación, se da clic en «publicar» para que el SECOP II automáticamente cambie el estado del procedimiento a «adjudicado», con lo cual se genera el contrato electrónico en estado «en edición». La entidad debe buscar en la sección «contratos», el contrato electrónico para su configuración, dando clic en «editar», con lo cual se visualizan nueve secciones de un formulario: i) información general, ii) condiciones, iii) bienes y servicios, iv) documentos del proveedor, v) documentos del contrato, vi) información presupuestal, vii) ejecución del contrato, viii) modificaciones del contrato y ix) incumplimientos.

La Guía para hacer la gestión contractual en el SECOP II de Colombia Compra Eficiente señala el contenido de cada sección del contrato electrónico y cómo debe ser diligenciado; no obstante, puede ocurrir que sea necesario cargar documentos que por su contenido no se reflejan en el formulario generado automáticamente por la plataforma una vez adjudicado el proceso. Lo anterior es el caso de, entre otras, el clausulado del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad, en los casos en que los campos generados en el contrato electrónico en edición no sean suficientes para publicar la totalidad de las cláusulas contractuales o información contractual relevante, debe cargar dicha información a través de la sección «v) documentos del contrato».

De esta forma, los contratos en SECOP II están compuestos por: i) los mensajes de datos que la entidad envía al proveedor como «contrato», es decir, el formulario ‒correspondiente a las nueve secciones mencionadas‒, y los anexos ‒documentos que se cargan en la sección «v) documentos del contrato»‒ y, ii) por el mensaje de datos de aceptación por parte del proveedor, información que, sumada al sello de tiempo que provee la plataforma, configura el contrato electrónico, el cual tiene plena validez y fuerza obligatoria.

Ahora, el hecho que la entidad publique documentos en la sección «v) documentos del contrato» no implica elaborar un contrato en físico, pues esto generaría duplicidad de la información del proceso. En ese sentido, la entidad debe tener en cuenta que los documentos que cargue en la mencionada sección deben corresponder a información adicional a la diligenciada en las nueve secciones.

En conclusión, al existir un contrato electrónico dentro de la plataforma este es válido y no es necesario cargar un documento escrito que se configure como el contrato, ya que esta actuación no quedaría registrada por no utilizar el procedimiento dispuesto, y por tanto, en la plataforma el estado del procedimiento sería «adjudicado» y no «firmado», ya que en el SECOP II las actuaciones deben ser electrónicas y no meramente escritas, mediante la publicación de documentos, lo cual es propio del SECOP I. Para más información sobre el uso de SECOP II, le recomendamos que consulte nuestra página web <http://www.colombiacompra.gov.co/secop/que-es-el-secop-ii>

Finalmente, dado que su consulta también hace alusión a la obligatoriedad o no de suscribir los contratos por las partes, a continuación se explicará su cumplimiento a través de la plataforma SECOP II.

**2.4. Firma electrónica: concepto, regulación y posibilidad de uso en los procedimientos contractuales**

Esta Subdirección expidió el concepto con radicado 4201912000005683 de 2019, donde explicó el contexto normativo de las firmas manuscritas electrónicas y digitales. Así mismo, los conceptos C-044 del 23 de marzo de 2020 y C-226 del 7 de abril de 2020 se pronunciaron sobre la firma electrónica y manuscrita en los procesos de contratación. Las tesis se presentan a continuación:

En el ordenamiento jurídico colombiano, 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.

 Nelson Remolina Angarita y Lisandro Peña Nosa señalan que la firma electrónica 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»19.

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 certificación20.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 2364 de 2012 define la firma electrónica 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»21. 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.

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 identificador 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.

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 de un mecanismo confiable y apropiable.

A similares conclusiones se llega frente a los documentos electrónicos que conforman el expediente del SECOP II, pues, como se lee en la Circular Única Externa de Colombia Compra Eficiente, tales documentos «son válidos y tienen valor probatorio de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con el Código General del Proceso». Tal conclusión, como se observa en el documento transcrito, tiene fundamento en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

Para los efectos relacionados con el proceso de contratación estatal, los documentos contenidos en el expediente digital de la actuación adelantada en la plataforma SECOP II tienen plenos efectos probatorios, sin distingo que contengan la firma manuscrita de las partes del contrato estatal. Lo que se buscó con la implementación de una plataforma transaccional −no solo de publicidad−, precisamente, fue que las partes pudieran gestionar el negocio jurídico por medios virtuales, de no ser así no hubiera sido necesaria la sustitución del SECOP I, plataforma de publicidad en la que correspondía a las entidades cargar los documentos previamente diligenciados y firmados.

En ese sentido, Colombia Compra Eficiente considera que, a pesar que no existe una disposición que indique expresamente que «los contratos suscritos a través del SECOP II se entienden firmados cuando se da la aceptación del mismo por parte del contratista», la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente dispone que «los documentos electrónicos que conforman el expediente del SECOP II son válidos y tienen valor probatorio de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con el Código General del Proceso».

Así pues, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, para los efectos del SECOP II, el contrato electrónico se entiende suscrito con la aceptación de las partes, sin distingo que los mismos no tengan la firma manuscrita, primero, por lo señalado en la mencionada Guía y, segundo, porque la plataforma SECOP II es transaccional y, por ende, los documentos no son firmados por las partes de forma manuscrita.

**3. Respuesta**

¿«el SECOP II le quitó la obligatoriedad a las entidades de publicar los contratos, es decir, con el solo registro de información muy básica en la plataforma, se elimina hacer los contratos físicos firmados y si se hacen no es obligatorio subirlos, como se veían en el SECOP I?»

El SECOP II es una herramienta para la gestión transaccional de los contratos que celebran las entidades estatales; por tanto, la entrada en funcionamiento de esta plataforma no significó eliminar la obligatoriedad para las entidades de publicar sus contratos, sino que el SECOP pasó de ser una herramienta de simple publicidad a permitir la realización de procedimientos contractuales de forma electrónica y transaccional.

En el SECOP II, la entidad debe configurar el contrato de forma electrónica, como lo prevén las guías de uso de la plataforma, específicamente la Guía para hacer la gestión contractual en el SECOP II publicada por esta Agencia, por lo cual, por regla general, no se requiere realizar la actuación del cargue de documentos escritos. Sin embargo, en los casos en que la entidad deba cargar información adicional, como ocurre, por ejemplo, con el clausulado del contrato, porque el formulario dispuesto en por la plataforma no es suficiente, debe realizarlo en la sección «v) documentos del contrato» garantizando la publicidad de todos los contenidos y elementos que hacen parte del contrato.

De acuerdo a ello, se resalta que el contrato electrónico se conforma por el formulario con sus nueve secciones y por los documentos anexos en la sección «v) documentos del contrato» y, por tanto, en caso que la entidad haga uso de dicha sección y cargue documentos adicionales a la información solicitada en el formulario, estos documentos al ser parte de él y conformar el contrato electrónico deben cumplir con la publicidad propia de los documentos contractuales.

Finalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente considera que, para los efectos de SECOP II, el contrato electrónico se entiende suscrito con la aceptación de las partes en la plataforma sin distingo que los mismos no tengan la firma manuscrita, primero, por lo señalado en la mencionada Guía y, segundo, porque la plataforma SECOP II es transaccional y, por ende, los documentos no son firmados por las partes de forma manuscrita. En todo caso, es el contrato electrónico el que debe ser suscrito y, en principio, no es necesaria la suscripción de los documentos que hagan parte del mismo, por ejemplo, el clausulado del contrato.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Ley 80 de 1993: «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

»1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

»[...]

»6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

»[...]

»12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

»Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

»Los contratos estatales son intuito personae (sic) y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

»En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

»A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2017. Exp. 48.396. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Exp. 41.186. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-4)
5. «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.

»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». [↑](#footnote-ref-5)
6. «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». [↑](#footnote-ref-6)
7. «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"». [↑](#footnote-ref-7)
8. «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». [↑](#footnote-ref-8)
9. «ARTÍCULO 223. Eliminación del diario único de contratación. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran 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». [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 9. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 14. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 16. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 2, literal a). [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 2, literal f). [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículos 53 al 64. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 1150 de 2007: «Artículo 3. De la contratación pública electrónica. 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.

»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 Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico 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.

»[...]». [↑](#footnote-ref-16)
17. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

»8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

[...]». [↑](#footnote-ref-17)
18. El documento se puede consultar en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/concepto_firma_y_contrato_electronico_0.pdf>. Consultado el 7 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-18)
19. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_step/20190821guiagcgestioncontractualentidadestatalv2.pdf [↑](#footnote-ref-19)