

Problemas de eficacia en actos administrativos expedidos por medios electrónicos¹

Zaira Melissa Fonseca Tavera ²

Fecha de Recepción: 22 de mayo de 2012
Fecha de Aceptación: 8 de agosto de 2012

Para citar este artículo: Fonseca, Z. (2012). "Problemas de eficacia en Actos Administrativos expedidos por medios electrónicos". Revista In Vestigium Ire. Vol. 5, p.p 95 - 108

RESUMEN

En Colombia, a través de la Ley 1437 de 2011, se está abriendo un campo jurídico tendiente a la implementación de los nuevos medios en la gestión administrativa, siendo una situación concordante con la Ley 527 de 1999. Además, los requisitos para que se equiparen los medios ordinarios de validez y eficacia de los actos administrativos son los mismos, pues como se explica, no se cambia el contenido o sustancialidad del acto, sino su soporte de material a electrónico.

Con el planteamiento de la temática se esclarece la capacidad de los medios electrónicos para surtir la aplicación material del principio de publicidad y garantizar derechos constitucionales tales como el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción y el de acceso a la administración. En este sentido, se toman como puntos de inflexión y estudio aquellas nociones que dan forma a la expedición y notificación de los actos administrativos por medios electrónicos, tales como la firma digital, el domicilio electrónico, central de notificaciones y servidor de correos, generándose un desarrollo conceptual en torno a la validez de los actos y la eficacia de los mismos, teniendo en cuenta el carácter general o particular que los convoque.

PALABRAS CLAVE

Actos administrativos, telemática, medios electrónicos, notificación electrónica, domicilio electrónico, firma digital, validez y eficacia.

ABSTRACT

In Colombia, through the Act 1437 of 2011, is opening legal field aimed at the implementation of new media in the administration, being a situation consistent with Act 527 of 1999. In addition, the requirements for which equate the ordinary means of validity and effectiveness of administrative acts are the same, because as explained, does not change the content or substantiality of the act, but its electronic support material.

With the approach of the issue is clarified the ability of electronic media to fill the application principle of advertising material and ensure constitutional rights such as due process, the right to defense and contradiction and access to management. In this sense, we take as turning points and study those concepts that shape the issuance and reporting of administrative acts by electronic, such as digital signature, the email address, notifications and central mail server, generating a conceptual development around the validity of the acts and their effectiveness, taking into account generally or specifically that convene.

KEYWORDS

Administrative acts, telematics, electronic, electronic notification, email address, digital signature, validity and effectiveness.

RÉSUMÉ

En Colombie, la loi 1437 de 2011, ouvre le domaine juridique à la mise en œuvre des nouveaux médias dans l'administration publique, étant une situation conforme à la loi 527 de 1999. En outre, les exigences pour lesquelles assimilent les moyens ordinaires de la validité et de l'efficacité des actes administratifs sont les mêmes, parce que, comme a été expliqué, le contenu n'est pas modifié par la substantialité de l'acte, mais son matériau support électronique.

Avec l'approche de la question soit clarifiée la capacité des médias électroniques pour combler le principe de l'application de matériel publicitaire et de garantir les droits constitutionnels tels que procès équitable, le droit à la défense et à la contradiction et à l'accès à la direction. En ce sens, nous prenons comme points de retournement et d'étudier les concepts qui façonnent l'émission et la présentation des actes administratifs par des moyens électroniques, comme la signature numérique, l'adresse email, les notifications et serveur de messagerie central, générant un développement conceptuel autour de la validité des actes et de leur efficacité, en prenant en compte en général ou en particulier que convoque.

MOTS-CLÉS

Actes administratifs, la télématic, la notification électronique électronique, adresse email, signature numérique, de la validité et de l'efficacité.

1 Artículo de Investigación, dentro del proyecto actos administrativos expedidos por medios electrónicos del Grupo de Investigación Jurídicas y Socio-Jurídica de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja.

2 Abogada de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Sustanciadora del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja. blancanieves2304@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El tema nace como cuestionamiento a la tecnificación del acceso a la administración y a la interacción en las distintas forma que se tiene con Estado, pues es de público conocimiento la trayectoria formalista y estrictamente material del derecho en Colombia, cuando lo que se pretende ahora son mecanismos más expeditos para esa interacción persona –administración, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de los actos administrativos carácter general y aun particular, sobre la base garantista de los derechos constitucionales, especialmente lo dispuesto en el artículo 209 de nuestra carta política.

Lo que se tratara a largo de esta investigación es establecer el carácter vinculante de las actuaciones administrativas surtidas por medios electrónicos y el auge de este medio de materialización del principio de publicidad como fin esencial del Estado, específicamente lo relacionado con los efecto jurídicos de los actos administrativos y la obligación de los particulares frente a los mismos, por lo anterior, para el presente artículo de Investigación se plantea el siguiente:

PROBLEMA

¿Las normas dispuestas por el legislador en la ley 1437 de 2011, en cuanto a la Notificación de Actos Administrativos electrónicos, son suficientes para determinar su plena eficacia y en ese sentido conservar la misma fuerza vinculante que los actos administrativos “tradicionales”?

VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Un Acto administrativo es la manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, que se dicte en ejercicio de la función administrativa, por cualquier órgano del Estado e incluso por los particulares, que presten servicios públicos. La voluntad administrativa es condición sine qua non del acto, su razón de ser; por su parte, los elementos que lo materializan le atribuyen condiciones de existencia, validez y eficacia. La voluntad del servidor público es el presupuesto fundamental; porque el acto administrativo es voluntad, reflexión, conocimiento o inteligencia que se declaran en el ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos de carácter general o individual.

Así, el fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagrados en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecua perfectamente al

molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho. (Santofimio,1994)

Entonces, la validez envuelve el acatamiento de la norma, que para el caso de los actos administrativos, es equivalente a la observancia del bloque de la legalidad por parte de la administración, que es la llamada a cumplir en primera medida los mandatos legales. Por este motivo la Ley se hace obligatoria; la administración debe cumplirla y materializarla, logrando como resultado un acto perfectamente conforme a lo ordenado en el marco jurídico positivo.

Anulabilidad de los Actos Administrativos

La validez de los actos proferidos por la administración, tiene intrínseca la presunción de legalidad otorgada por ley. Esta presunción establece que los actos administrativos han satisfechos todos sus requisitos, es decir, se presumen que son válidos y cumplen todos los extremos exigidos por el ordenamiento. Sin embargo, el acto administrativo puede ser jurídicamente incorrecto, y haberse expedido con infracción del ordenamiento jurídico. Por esta razón, la presunción de validez es *iuris tantum*³, hasta que se declarada nula o sea anulada: hasta que sea formalmente eliminado mediante los medios de impugnación por parte de los interesados, o los medios de anulación de oficio por parte de la Administración.

Las irregularidades y vicios del acto dependen jurídicamente del enfrentamiento con la legalidad que los fundamenta, es decir, el vicio se somete al choque del acto con el bloque de legalidad en que se debe sustentar al momento de su expedición; es así, que la función administrativa deberá expresarse en derecho. De este modo, la invalidez de un acto se da por la inobservancia del ordenamiento constitucional y legal en que se debe cimentar, falta de competencia del funcionario que lo expide, desvío de poder y falsa motivación. Respecto del primer punto, Perdomo (2008) ha dicho que “*el sometimiento constante de la administración a la ley, no solo es garantía de los gobernados, sino que tal tipo de actuación permite establecer políticas administrativas definidas, contribuyendo con ello a realizar ese factor de seguridad que es tan importante para el derecho. Por el contrario, la actitud de la administración opuesta a las normas superiores puede ser fuente de arbitrariedad e impediendo de políticas administrativas*”.

Como segundo, la incompetencia del órgano que lo dicta, se dan por razón de la materia, o del territorio.

3 Aquello que resulta apropiado en derecho y surte sus propios efectos mientras no se demuestre otra cosa. Se denominan así las presunciones legales frente a las cuales cabe alguna prueba.

Tercero y cuarto, la desviación de poder no se produce sólo cuando una potestad administrativa es empleada para el fin privado de una autoridad o funcionario: hay desviación de poder “tanto si la Administración persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, o un fin público distinto del previsto en la norma habilitante”⁴. El contenido de los actos debe ajustarse al ordenamiento y ser adecuado a los fines del mismo: la actuación administrativa se encuentra sometida a la legalidad y a los fines que la justifican legal y constitucionalmente.

Eficacia⁵ y Oponibilidad de los Actos Administrativos

La eficacia del acto administrativo no es requisito para su existencia y consecuente validez, sino que refiere al carácter oponible frente a particulares y la vinculación obligatoria a lo dispuesto dentro de este. Un acto administrativo se perfecciona una vez que está constituido por el conjunto de elementos que funcionan como requisitos de su validez. Ahora bien, el acto administrativo no es, por la simple circunstancia de que reúna tales requisitos, jurídicamente eficaz: pues, la eficacia quedará demostrada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. (Revista de Estudios Constitucionales, 1995)

A su turno, la Corte Constitucional en Sentencia C-957 (1999) ha expresado la eficacia como requisito de obligatoriedad, más no de validez del acto, en estas palabras:

“En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general, no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.”

Lo anterior trasladado a los actos administrativos cuyos efectos son inter partes, vienen a ser los mismos presupuestos de no oponibilidad cuando

4 La desviación de poder supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a imperativos de moralidad, debiendo demostrar el que alegue que la Administración haya incurrido en este vicio la intencionalidad torcida o desviada de aquélla. (Universidad de Zaragoza, unizar.es/berlatre/documentos/invalidez)

5 Consejo de Estado-Sección Primera- Sentencia del 18 de diciembre de 1997-M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, respecto a la eficacia como cumplimiento al principio constitucional de la publicidad ha dicho: “(...) el requisito de la publicación frente a los actos administrativos de carácter general atienden generalmente a su eficacia, es decir, a que produzcan efectos jurídicos y sean obligatorios para los particulares, sin que la carencia de dicha exigencia de lugar a su declaratoria de nulidad, pues la misma debe sustentarse en aspectos intrínsecos del acto, relativo a su validez”

no se ha cumplido la debida notificación y no como razón de nulidad por invalidez.

En este sentido, el Santofimio (1994) manifiesta que, el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 2007 ha dicho: “ (...)La falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que consiste en la imposibilidad de producir los efectos para los cuales se profirió, en consideración a que la publicidad del acto administrativo es un requisito indispensable para que las decisiones administrativas sean obligatorias

(...) dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala la ley (y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual —a su turno— es requisito necesario para su ejecución válida (...) Esa disposición, conforme lo ha explicado la Sala en abundantes providencias, constituye una aplicación práctica del principio de publicidad de las actuaciones administrativas, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, que representa una garantía para los administrados en el sentido de que no habrá actuaciones oscuras y secretas de las autoridades y que las decisiones que los afecten serán conocidas por ellos para que puedan ejercer en debida forma el derecho del derecho de contradicción y de defensa frente a las mismas” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo- Sentencia n° 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934) de Sección Tercera, 20 de Septiembre de 2007).(subrayado fuera de texto)

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado, e insistiendo lo que hasta aquí se ha dicho, que los fines del principio de publicidad de los actos administrativos son: determinar fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contienen dichos actos y garantizar la oponibilidad a ese contenido a los destinatarios de esos mandatos. (Corte Constitucional Sentencia T-187 de 1993)

La publicidad como uno de los principios rectores de la actividad del Estado

El principio de publicidad entendido como el conocimiento de los hechos, se refiere a que las actuaciones de la administración, en general, puedan ser conocidas por cualquier persona, tal como lo establece el artículo 74 de la carta política, y aun mejor lo expresa la Corte Constitucional al decir:

“El principio de publicidad ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria, contraria a los principios o mandatos y reglas que gobiernan la función pública” (Corte Constitucional Sentencia C-641 de 2002)

Al mismo tiempo, esta misma corporación ha fijado dos objetivos básicos del principio en mención: el primero, determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contienen el respectivo acto y segundo, garantizar la punibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto.

En síntesis, los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes territoriales, existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación (en tratándose de actos administrativos de carácter general), o su notificación cuando son de carácter particular. Solo a partir de este momento serán obligatorios y oponibles a terceros.

RENOVACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA CON BASE EN EL USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Debido a la modernización, a la creciente masa social y a las consecuencias respecto del derecho al acceso a la administración, ha surgido la necesidad de buscar medios más rápidos y eficientes que los mecanismos existentes.

Colombia ha sido consecuente con esa necesidad de implantar en sus actuaciones administrativas el uso de medios técnicos y los Decretos 2150 de 1995, 1122 de 1999 y 266 de 2000 así lo señalan.

Desde siempre en nuestro país, y dentro del desarrollo legal la forma escrita es el modo de producción más frecuente de los actos administrativos que manifiestan la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo de la administración pública. Como resulta evidente, esta forma escrita viene impuesta en la mayor parte de los actos por razones de seguridad y constancia, además debido a que los actos deben motivarse, notificarse, publicarse, firmarse y en general atravesar el sendero reglado del procedimiento administrativo. La jurisprudencia tiene claro que el acto administrativo, es decir, aquel que expone

una manifestación de voluntad de la administración, comprende elementos esenciales: **la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación y la finalidad**. La necesidad de que el acto administrativo cumpla con dichos elementos esenciales que se han indicado concierne, no sólo a la pertinente gestión pública, sino, además, al interés del receptor de la disposición administrativa.

Entonces, es equiparable un acto administrativo tradicional, a uno electrónico, siempre y cuando éste último cumpla a cabalidad los presupuestos para su existencia y validez, lógicamente no de la misma forma que los cumple el primero, sino en concordancia con su medio de expedición, verbi gracia, la firma electrónica, cuentas electrónicas propias de las entidades autoras de los actos, páginas web para la publicación de dichos actos y la posibilidad de notificación de actos de carácter particular a los interesados vía e-mail, si es factible.

Al respecto, Gordillo (2003) se ha expresado a la equivalencia de los actos administrativos escritos, así:

“Los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel. El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia. Así como una luz roja es suficiente para transmitir al conductor de un vehículo la prohibición de avanzar, así también un haz de luz o un holograma puede transmitir otro tipo de mensaje, como también lo puede hacer cualquier soporte físico capaz de contener la información digitalizada de que se trate, en tanto sea comprensible por las personas a las cuales va dirigida.”

Así, la forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administradores, pero realmente, no es más que el soporte físico del acto administrativo pues lo que realmente importa es su contenido.

En este orden de ideas, ya que la escritura termina siendo un medio instrumental del acto administrativo; al implementar paulatinamente la expedición de actos administrativos por medios electrónicos, lo que se estaría haciendo, es cambiar el soporte del acto (Laguado, s.f). Se busca entonces no cambiar el sustento escrito del acto, sino su disponibilidad física por electrónica.

MARCO ESPECIFICO CONCEPTUAL Y NORMATIVO DEL LA ADMINISTRACIÓN TELEMÁTICA EN COLOMBIA

En este punto se estudiará los conceptos y el marco normativo, dentro del desarrollo de la tele

administración (Laguado, s.f), con tintes de la legislación española respecto del tema que nos ocupa y la divergencia entre el acto administrativo tradicional y el electrónico. Al mismo tiempo se plantearán posibles alternativas en el uso de los medios electrónicos en la gestión administrativa, para hacer más ágil y eficiente, manteniendo la seguridad característica de los medios escritos.

Marco Normativo

Una primera referencia en la legislación colombiana es el Decreto 2150 de 1995, a través del cual se propendió por la simplificación de trámites ante las entidades estatales, que en su art. 26 se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 26. Utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la administración pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.(...)”

Este artículo, a pesar de que abría las puertas a las nuevas tecnologías y permitía a los usuarios de la administración, una vía más expedita a la administración de justicia en el país, no precisaba la forma en que se debería hacer, ni la validez de dichas transmisiones o transferencias de datos, es decir, carecía de un marco descriptivo de esa forma de interactuar con las personas.

Así fue como el artículo 8 del Decreto 1122 del 1999, modificó la disposición anterior, ordenando:

"Artículo 8. El artículo 26 del decreto 2150 de 1995 quedará así:

Artículo 26. Medios tecnológicos. Se autoriza a la Administración Pública el empleo de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, que permita la realización de los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, así como el establecimiento de condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en la materia tengan algunas entidades especializadas.

*Toda persona podrá en su relación con la administración hacer uso de cualquier medio técnico o electrónico, para presentar peticiones, quejas o reclamaciones ante cualquier autoridad. Las entidades harán públicos los medios de que dispongan para permitir esta utilización. **Los mensajes electrónicos de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria será la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del título XIII, sección III Libro Segundo del***

Código de Procedimiento Civil, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente así como la fecha de recibo del documento." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Dio la calidad de medio probatorio a los mensajes electrónicos, con el cumplimiento de ciertos requisitos garantizando la seguridad, y la posibilidad de petitionar por este medio y dentro de los parámetros de los principios que rigen la administración pública.

El mismo decreto en el resto de su articulado incluía a los particulares que prestaran servicios públicos, a informar a los usuarios sobre determinados puntos en forma de mensajes de datos, facilitando su acceso a redes de información, como internet. Sin embargo, este Decreto fue declarado inexecutable por vicios en el procedimiento, mediante sentencia C-923 de 1999. (Corte Constitucional, 1999)

Posteriormente, nació el Decreto 266 de 2000, igualmente inexecutable, que mediante su art. 4 quería modificar el art. 26 del Decreto 2150, con la misma literalidad del art. 8 del Decreto 1122. También se quedó "corto" en las facultades que otorgaba a los funcionarios públicos en cuanto a la sustanciación y expedición de verdaderos actos administrativos por este medio.

Un importante avance en Colombia sobre los medios tecnológicos como mecanismos idóneos para la comunicación, y ajuste a la modernización, es 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, para el campo comercial, ofreciendo a la administración parámetros de regulación en los medios electrónicos mediante la posibilidad de trasladar los conceptos contenidos en esta ley, al derecho público.

Ahora, la Ley 1437 de 2011, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su Art. 5. 1 y Art. 7. 6, incorpora los medios electrónicos como mecanismos eficientes para la presentación de cualquier petición a las autoridades públicas o privadas que presten servicios públicos, retomando lo declarado inexecutable en los Decretos 1122 y 266, al tenor de la siguiente literalidad:

Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades.

(...)

1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información

y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

Artículo 7°. Deberes de las autoridades en la atención al público.

(...)

6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5° de este Código.

Al mismo tiempo, esta Ley, trata un capítulo completo sobre la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; abriendo la posibilidad de realizar actos administrativos por estos medios, con el fin de garantizar el acceso a la administración, con mecanismos idóneos para tal propósito. Dando plena aplicación a la Ley 527 de 1999 sobre temas administrativos:

“CAPÍTULO IV

Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo

Artículo 53. Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos.

(...)En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, **se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen.**

Artículo 54. Registro para el uso de medios electrónicos.

Artículo 56. Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, **siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.**

(...) La notificación 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 España, con la Ley 30 de 1992, se dispusieron los principios técnicos que debían estar presentes al interior de la actuación de la administración. Con el artículo 45 de esta ley se dio lugar a la medios técnicos” marcando un ejemplo digno de seguir:

2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las administraciones públicas, **los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos** con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento. (...)

5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas,

o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, **gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado,** así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Vemos entonces como otros países son mucho más incursionados en la temática de los medios electrónicos, siendo consecuentes con la tendencia del mundo entero a la globalización. Es así como establecen, la relación de persona – administración de manera más rápida, otorgando legitimidad a un acto electrónico, con un marco legal más amplio.

Al mismo tiempo, esta Ley Española, en su artículo 59, apartados 4, 5 y 6, expresa:

“En estos casos, **la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica.** Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material de acceso”.

Sin embargo en esta última parte, difiere de la literalidad de Ley 30 de 1992, en cuanto al momento en que se entenderá surtida la notificación por medios electrónicos, ya que, si un usuario manifiesta que quiere ser notificado por este medio, para lo cual aporta su correo electrónico, es porque evidentemente le es más fácil hacerlo por esta vía, no pudiendo alegar ulteriormente que no tenía conocimiento de cierto acto por qué no había accedido a su cuenta electrónica. Entonces, con el transcurrir de 10 días de que habla la ley española, no debería entenderse el rechazo de la notificación, sino la eficacia de la misma, es decir, teniéndose por notificado el acto administrativo.

Acto administrativo tradicional vs acto administrativo electrónico

Antecedentes del Acto Administrativo

El concepto genérico de acto jurídico tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivatistas francogermanos, quienes se fundaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por

Kant y Fichte-Grundlagen des Naturrechts. La teoría del acto administrativo específicamente, resulta ser el desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico acto jurídico, el cual, nutrido con las ideas y experiencias de la revolución de 1789 -concretamente aquellas referidas a la necesidad de establecer linderos entre la justicia contenciosa administrativa y la justicia ordinaria-, era aplicado al ejercicio de la función administrativa, teniendo siempre presente que a ésta -función administrativa- no la orientaba el principio de la autonomía privada, sino, por el contrario, la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado. (Santofimio,1994)

El consejo de Estado francés, junto con sus Tribunales, fueron los encargados de sistematizar el concepto de acto administrativo a la luz de la separación de competencias de la jurisdicción ordinaria y administrativa.

Igualmente, Santofimio, nos trae una teoría del acto administrativo sobre la base del principio de legalidad como teoría de la administración, donde sus actos estaban fuera del control de la competencia ordinaria⁶, por la desconfianza de dejar en sus manos asustadas de carácter estatal, dando nacimiento así, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Un acto administrativo es toda aquella manifestación expresa de la voluntad del cualquier órgano de carácter estatal en ejercicio de sus funciones, que pretendan producir efectos jurídicos; e incluso de particulares, cuando estos prestan un servicio público.

El acto administrativo es entonces, una declaración unilateral de la administración, de carácter no normativo, que crea obligaciones o derechos, y que para su validez debe cumplir con condiciones tales como: competencia del órgano que lo expide, voluntad, objeto y forma.

La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la **función** administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales.

6 Este postulado post-revolucionario es el que, "concede a ciertos actos de la administración la significación peculiar de Actos Administrativos...", calificación que se realiza "paradójicamente" para identificar aquellas actuaciones de la administración no sujetas al control de la justicia ordinaria -lo que en derecho germánico se llamó In polizeisachen gilt keine Appellation-. Esto se explica, "si se tiene en cuenta la interpretación que en el Continente Europeo se hizo del principio de separación de poderes... ", lo cual se caracterizó por la desconfianza hacia el Poder Judicial, especialmente en lo referente a otorgarle el conocimiento de los asuntos administrativos.

En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda **clase** de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la administración pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las "Manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos", particularmente esta última, de significación más restringida y específica, se constituye en el verdadero eje del derecho administrativo. (Fernández, sf).

La disparidad entre uno y otro, encuentra su fundamento en la seguridad que puedan brindar y en los formalismos que rodean al primero, por ser este un país de trámites, en donde pareciera el derecho procesal estar antes que el sustancial. En este sentido, Roberto Dromi (1997), expresa:

"En relación con el acto administrativo se debe recalcar que la regla general consiste en que está rodeado de formalidades para su formación están concebidas como garantía (...) en ese sentido, en la formación de acto debe cumplirse un iter concreto a través de determinadas formas de manifestación. Por forma se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa."

Por regla general, es la escritura el medio más tradicional en la expedición y publicación de las actuaciones de la administración por ser considerada como mecanismo seguro y certero. Esto no obsta para que sea esta la única forma válida para la formación, expedición y publicación de actos administrativos electrónicos. Cabría entonces cuestionarse sobre esta posibilidad. Desde esta óptica, el acto administrativo puede transmutarse a la forma electrónica puesto que lo que efectivamente sobreviene es que se cambia el soporte del acto, que sigue manteniendo su forma escrita, sin alterar su sustantividad. El concepto importante, en este caso es el de documento. El acto administrativo tradicional se soportaba en un documento papel, de forma escrita. Y lo que se busca ahora es que se cambie el soporte del acto igualmente escrito, ya no en un documento de papel, sino electrónico.

El Acto Administrativo Electrónico

En términos amplios debe entenderse por documento cualquier objeto que contenga una información, que narra, hace conocer o representa un hecho, cualquiera sea su naturaleza, su soporte continente, su proceso de elaboración o su tipo de firma. Los elementos propios de esta noción amplia, son la existencia de un soporte en que constan, un medio que se emplea para grabar los signos, un lenguaje o idioma y un mensaje de contenido. De ahí que el artículo 251 del Código de Procedimiento

Civil, exprese que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares⁷.

El legislador, otorgó en el art. 57 del nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, validez a los actos administrativos emitidos por medios electrónicos, cuando cumplan con los requisitos de los actos escritos por la administración, definiéndolo así:

“Artículo 57. Acto administrativo electrónico. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley.”

Gran avance este, pues el hecho que se reconozca expresamente que la sustanciación por medios electrónicos es válida, significa la actualización y equiparación del derecho administrativo al judicial. Otorgándose así a la función administrativa un carácter renovado, con un marco legal más amplio y abriéndose la puerta a procedimientos completamente electrónicos, no solo en la gestión administrativa, sino en los procesos contenciosos administrativos.

Al respecto, la Corte Constitucional (2001) ha manifestado que: *“Los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.”* (Sentencia C-831 de 2001)

Puede decirse que los escritos electrónicos conservan iguales elemento que un documento escrito en soportado en papel, y por tanto, el acto administrativo electrónico admite los mismos que un documento tradicional de papel, es decir:

- a. Constan en un soporte material. Aceptada esta afirmación, debemos, además del papel, reconocer que existen otros elementos que pueden cumplir la función de soporte documental.

⁷ Roberto Laguado Giraldo. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR MEDIOS ELECTRONICOS, cap. El acto administrativo como documento electrónico (...) Los documentos soportados en medios magnéticos no responden al concepto tradicional o restringido de documentos manuscrito en soporte papel, sino al amplio. Por exclusión, entendemos que constituye un documento no electrónico, aquel que es elaborado por las formas tradicionales, sean estos manuales, mecanográficas o fotográficas.

- b. Contienen un mensaje, en lenguaje electrónico como manifestación de la voluntad de la administración⁸.

- c. Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica.

A continuación, enmarcare las ventajas del acto administrativo electrónico sobre el tradicional, como las enumera Laguado Giraldo (s.f):

El acto electrónico podría servir de mayor garantía que el acto clásico de papel, por lo siguiente: 1). Su soporte electrónico permite mayor durabilidad en el tiempo.

2). Su soporte electrónico da mayor seguridad e inalterabilidad que el documento papel. 3). Su soporte electrónico permite insertarlo en la Internet, dotándolo de mucha mayor publicidad que el papel. 4). Su soporte electrónico permite imprimirle una firma electrónica, la cual es más segura que la firma autógrafa. 5). Su soporte electrónico permite multicopiarlo tantas veces se quiera a menores costos y; 6). En general, su soporte electrónico no necesita de materialización alguna, pero sigue sirviendo de constancia, soporte y en consecuencia, es consultable, revisable, comunicable, inmodificable, autenticable, etc.

En este sentido, debe entenderse al acto administrativo electrónico en igualdad de condiciones al expedido de manera tradicional pues se está frente a un verdadero acto administrativo, pues no se cambia su contenido, sino su modo de expedición y soporte.

En cuanto al contenido mismo del acto, la doctrina argentina nos da una idea de lo que debe contener el acto (Dromi, 1997): 1.) Lugar y fecha de emisión; 2.) Mención del órgano y entidad de quien emana; 3.) Expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa; y 4.) Individualización y firma del agente interviniente.

⁸ El legislador colombiano, siguiendo las sugerencias de la comisión redactora de la Ley modelo de comercio electrónico de la CNUDMI, contempló en el art. 6° de la Ley 527, que el escrito como requisito jurídico de los mensajes de datos, quedará satisfecho si la información que éste contiene, es accesible para su posterior consulta. Agrega, que se aplicará también si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso en que la información no conste por escrito. *Ibidem*.

Sobre la firma digital nuestra legislación contempla en su artículo 7° de la Ley 527 de 1999, que cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos, para indicar que el contenido cuenta con su aprobación y que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito que persigue el mensaje, motivo por el cual fue generado o comunicado.

La Notificación Electrónica

En su designación etimológica, la palabra notificación⁹ se origina de la voz notificare proveniente de notus “conocido” y de facere, “hacer”, que en suma quiere indicar hacer conocer. Y es aquí donde retomamos el problema del principio de publicidad y la obligatoriedad del acto administrativo electrónico.

La notificación o publicación de un acto administrativo en cualquiera de sus dos caracteres, es el medio procesal establecido para dar a conocer las decisiones de la administración a los administrados, dando cumplimiento a principios constitucionales como el derecho de defensa y al mismo tiempo, vinculando al contenido del acto a quienes se dirige el mismo.

La tradicional notificación persona, que viene del Código De Procedimiento Civil Colombiano (art. 315), es la usada del mismo modo en derecho administrativo contenida en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, que reza:

“Art. 44.- DEBER Y FORMA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.”

Es de resaltar que, el artículo arribar enunciado, tiene más de 20 años de vigencia, y no corresponde a la modernización del derecho, por lo menos en las demás ramas del mismo, quedándose relegado, por no coincidir con las nuevas formas de notificación y publicación; además de hacer más lento el actuar de la administración, pues sí se toma en cuenta el tiempo que lleva notificar personalmente un acto administrativo al directamente interesado por este medio, en comparación con la notificación por medios electrónicos, se apreciará mayor eficacia y celeridad en el último de los presupuestos; dado el caso en que se implementara totalmente.

Continuando, se dice que no hay acto administrativo sin que se haya notificado, entonces no es eficaz dicho acto, por tanto no vinculante. Como bien lo expresa DROMI (1997), “el acto sólo tiene plenitud cuando se lo hace saber al administrado. Recién allí se perfecciona técnicamente, antes no y no produciría efectos jurídicos”. Por ende, para que tenga vigor la figura del acto administrativo electrónico, debe lograrse igualmente la notificación por este medio.

9 La notificación es una especie de publicidad del acto. El acto general (reglamento) se debe publicar, mientras que el particular se debe notificar. DROMI, El acto administrativo, 3ª edición, Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, pág. 71.

Con esto, lo que se va lograr es que el acto produzca efecto frente a terceros y se haga oponible a estos, a lo que al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.” (Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995)

Al mismo tiempo el Consejo de Estado ha manifestado en reiterada jurisprudencia que la notificación (para el caso de actos de carácter particular), o publicación (para actos de carácter general), son el medio procesal para hacer eficaz la sustancialidad de acto frente a quienes va dirigido y así, exigirles el cumplimiento lo dispuesto. Es decir, la notificación, como en capítulos anteriores habíamos dicho, no es más que el cumplimiento del principio de publicidad consagrado en el artículo 209 constitucional de la función administrativa, siendo requisito no de existencia de acto, si no de eficacia y oponibilidad.

Así, en sentencia de fecha 25 de febrero de 1999, radicación: 3544, CP: Juan Alberto Polo Figueroa, el H. Consejo de Estado, se ha referido al respecto al decir:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la falta de notificación o notificación irregular de un acto por regla general no afecta su validez, sino su eficacia, es decir, que no se podrá exigir su cumplimiento, hasta tanto no se realice en la forma prevista por la ley la respectiva notificación”

Así las cosas, enunciadas las formas de notificación y publicación tradicionales de los actos administrativos, nos conducimos entonces hacia los medios tecnológicos de notificación de los mismos, en concordancia con el acto administrativo electrónico; que primordialmente se reflejan en dos formas: mediante pagina web, para el caso de actos generales y por correo electrónico, para actos de carácter concreto, desarrollo este jurisprudencial. (Consejo de Estado, 1999)

Notificaciones electrónicas por medio de página web¹⁰

Son aquellas publicaciones que se producen subiendo los actos administrativos a una página web destinada para tal fin, o por ser la página oficial del ente remitente del acto. Ejemplos que reflejan el actual funcionamiento de este sistema de notificaciones por este medio, es el SECOP (Sistema Electrónico Para la contratación Pública), como instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permite la interacción de las entidades contratantes, contratistas, la comunidad y los órganos de control a través de la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE).

Países como Perú, nos lleva una ventaja respecto de este tipo de notificaciones, puesto que tiene implementado este sistema, o por lo menos, estructurado jurídicamente, mediante la Ley N° 27419, denominada: "Ley sobre Notificación por Correo Electrónico".

También es un ejemplo claro de lo anterior, la publicación de los concursos de méritos para aspirar a un cargo público en carrera administrativa, en la página de la Comisión Nacional de Servicio Civil; la página de Superintendencia de Notariado y Registro, donde cursa actualmente el concurso para notarios de categoría 1, 2 y 3.

Notificaciones realizadas a través del correo electrónico

La notificación por correo electrónico es aquella comunicación dirigida a los domicilios o direcciones electrónicas de los usuarios. Estas direcciones o casillas electrónicas son las direcciones electrónicas procesales de las partes y "constituye la residencia habitual, en la red de Internet, de la persona" (Ponce, s.f.)

Sobre este punto debemos decir, que cuando enviamos un mensaje a un e-mail, o correo electrónico, por ejemplo melissa.fon@ustatunja.edu.co, lo que sucede es que esa información se almacena en un servidor que para el caso es ustatunja.edu.co, dándonos la posibilidad de acceder posteriormente a esa información, siempre y cuando se hayan ingresado el usuario y contraseñas determinadas por el suscriptor.

¹⁰ Chiara (2009)- Las Notificaciones Electrónicas en la Administración de Justicia en el Perú. Hace una clasificación de notificaciones, que para este caso, la notificación por página web hace referencia a la publicación de actos administrativos de carácter general, puesto que aluden a una generalidad de la población, según los ejemplos propuestos.

De otro lado las notificaciones electrónicas requieren el empleo de mecanismos técnicos, tales como servidores de base de datos, servidores de correo electrónico, redes cerradas, como una Intranet o extranet; y redes abiertas como el Internet. Corresponde al Derecho dar valor probatorio y eficacia legal a estas notificaciones realizadas a través de medios electrónicos, y por otro lado, regular los mecanismos de funcionamiento de las mismas. (Chiara, s.f). Es pues necesario, reglamentar de manera precisa el funcionamiento de este tipo de sistemas de notificación especialmente, ya que las publicaciones de actos administrativos generales en nuestro país, han sido recibidas con gran acogida y excelentes resultados.

Domicilio Electrónico

Es concepto es consecuencia directa de la notificación por medios electrónicos, pues nos lleva a pensar, en donde notificar electrónicamente un acto de carácter personal. Así, tenemos entonces que el domicilio usual, se constituye por una dirección, que para este caso de medios electrónicos, se referiría con este término a la residencia, solo no que una residencia en una dirección y por domicilio el municipio, sino un e-mail (residencia) e internet (servidor-domicilio).

Aquí se entraría a un debate entre el domicilio clásico con la definición de Código de Andrés Bello, y el concepto de domicilio electrónico, desbordado de la materialidad característica del primero, adecuando a este último, el proceso administrativo.

Ecuador trae al respecto una interesante solución a la problemática anterior:

*"La Ley de comercio electrónico ecuatoriana propone una solución importante al señalar que los que se constituyan como parte dentro de un procedimiento judicial, deberá indicar el "lugar" en que ha de ser notificado, que no puede ser otro que **el casillero judicial y/o el domicilio judicial electrónico** en un correo electrónico, de un abogado legalmente inscrito, en cualquiera de los colegios de abogados del Ecuador, y las notificaciones a los representantes de las personas jurídicas del sector público y a los funcionarios del Ministerio Público que deben intervenir en los juicios, se harán en las oficinas que estos tuvieren o en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico que señalaren para el efecto" (Laguado, s.f.)*

Visto así, es una excelente idea, porque va llevando paulatinamente a una transformación del derecho cartular a un derecho administrativo escrito igualmente, pero más ágil, aprovechando las

ventajas de la modernización y nuevas tecnologías de las cuales ya gozan otras ramas del derecho.

Entonces, para la implementación de un sistema similar al ecuatoriano, debe, posterior a los estudios de conveniencia y presupuesto, crearse un servidor de correo estatal Nacional, como domicilio, en donde estarán registradas los e-mail de quienes actúen en cualquier actuación administrativa (y por qué no, judicial), con el fin, de que previa autorización del interesado, sea ese el medio de notificación; teniendo también cada dependencia un correo electrónico (residencia) dentro de ese servidor, para hacerlo directamente.

Así las cosas, tendríamos válido un acto expedido por este medio electrónico o telemático, cuando cumple con los mismos requisitos de validez de un acto común y corriente, es decir, cuando es expedido por el órgano competente como expresión de su voluntad (elementos externos) y tiene el objeto, motivación y finalidad del acto dentro del marco legal respectivo (internos). Por qué se insiste que lo que se cambiaría no es el contenido del acto, sino su soporte físico por electrónico e inmaterial, sin quitar la posibilidad de materializarlo.

Para comprobar la eficacia de un acto, y tener la certeza de que es oponible al sujeto pasivo (destinatario del acto), cada cuenta electrónica deber contar, al igual que los servidores gratuitos, con la capacidad de registrar la hora de llegada y salida del mensaje de datos, que será plena prueba dentro de la actuación administrativa.

Firma Digital

Es otro de los temas consecuencia de los actos administrativos por medios electrónicos y su correspondiente notificación, pues si aceptamos la posibilidad de que estos se expidan electrónicamente, tenemos que buscar que entonces la forma en la que el funcionario autor del acto, firme el mismo, para efectos de la validez de tal; y la solución a esto es la implementación de la firma digital traída del derecho privado. Laguado (s.f.) dice que la firma digital es un instrumento que garantiza tanto la autenticidad de un documento (certeza sobre su originador) como la integridad del mismo (certeza sobre la integridad de su contenido).

La Ley modelo de UNCITRAL, que es el referente de la Ley de comercio colombiana, sobre firmas digitales, la define como datos en forma electrónica establecidos en un mensaje de datos, o adheridos o lógicamente asociados al mismo y que pueda ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante de la firma aprueba la información recogida en el mensaje de datos.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 527 de 1999 define a la firma digital como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

El sustento técnico de la firma digital se encuentra en la técnica de la “encriptación”, o criptografía. La palabra criptografía proviene del griego, a partir de las raíces “cripto” que significa oculto y “grafo” que significa texto, con lo cual podemos concluir que se trata de la ocultación de textos. (Arce y otros, 1999).

En este sentido, la firma digital presenta una de las formas más positivas para la seguridad de los actos administrativos en este viaje telemático, pues permite mayor certeza y confiabilidad del acto. Al respecto, Laguado Giraldo expone el funcionamiento y utilidad de la firma digital en el proceso del acto administrativo electrónico, diciendo que:

*“El uso de la firma digital, no es otra cosa que la utilización de un sistema de encriptación asimétrica (asymmetric cryptosystem) en el cual existen dos “llaves” (keys), que consisten en una clave privada y una clave pública. La primera sólo es conocida por el usuario, y la segunda es la clave que identifica públicamente a ese usuario, de manera que sólo utilizando su clave pública el mensaje enviado por el interesado podrá ser descifrado y por tanto legible. El sistema es sencillo: el usuario (léase entidad pública) después de redactar el acto administrativo lo encriptará con su clave privada; podrá enviarlo a través de Internet (e-mail, chat, página Web) a su destinatario final (léase administrado u otra entidad), y este último para poder descifrar el mensaje recibido utilizará la clave pública del remitente. **Este sistema nos permitirá verificar que el acto administrativo original no ha sido modificado en su trayecto a través de la Web** (principio de irreversibilidad), la autenticidad del acto, y por último, la integridad del acto en cuanto a la certeza y conclusión del mismo. La firma digital no es por tanto algo añadido a un documento, sino la versión encriptada del mismo. No existe si la disociamos de su mensaje, y del mismo modo, cambia con cada documento encriptado. Se puede decir que la firma digital es un conjunto de caracteres, que son adheridos a un documento — en este caso al acto administrativo—y que viajan a través de la red, con el mismo, de una manera completamente electrónica. Estos caracteres son puestos en el documento por su creador mediante*

una llave privada que sólo él conoce, previamente asignada por una entidad certificadora.”

REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA EN COLOMBIA FRENTE AL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Como vimos en el marco legal, Colombia no cuenta con una infraestructura normativa lo suficientemente amplia para la implementación de los medios electrónicos en la expedición de actos administrativos, más que con la Ley de Comercio y la Ley 1437 de 2011, por cuanto es dificultoso que este sistema sea aceptado fácilmente. Al mismo tiempo, la cultura del derecho en nuestro país, es marcadamente formalista y tradicional, excesivamente conservadora en la aceptación de mecanismos mejores para la interacción de la administración con sus administrados.

Por tanto, para que se llegue a un derecho menos de papel y más de modernización y cobertura, se necesita una serie de estudios poblacionales, al mismo tiempo que estudios de niveles de conectividad del país, indicadores de receptibilidad de la tecnología por parte de los funcionarios, análisis de presupuestos y recursos necesarios para impulsar la política y ante todo, un análisis sociocultural que permita que los medios electrónicos se incorporen lenta y efectivamente en la actuación estatal¹¹.

A diferencia, Uruguay, y ejemplo que deberíamos seguir, mediante la Ley 65 de 1998, reconocen expresamente validez al acto administrativo expedido por medios electrónicos, ahorrándose todos los posibles problemas de interpretación y obligatoriedad del mandato, así:

“lasustanciacióndeactuacionesenlaadministración pública, así como los actos administrativos que se dicten en las mismas, podrán realizarse por medios informáticos” (art. 1º).

(...)

*“cuando dichos trámites o actos, revestidos de carácter oficial, **hayan sido redactados o extendidos por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones, constituirán instrumentos públicos y como tales se tendrán como auténticos y harán plena fe, salvo desconocimiento o tacha de falsedad y, en tal sentido, constituirán instrumentos públicos, aquellos creados por medios informáticos que aseguren su inalterabilidad”***

¹¹ El concepto técnico correspondiente a esta circunstancia es el de “readiness”. Laguado Giraldo. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR MEDIOS ELECTRONICOS

(...)“cuando la sustanciación de las actuaciones administrativas se realice por medios informáticos, las firmas autógrafas que la misma requiera podrán ser sustituidas por contraseñas o signos informáticos adecuados” (art. 2º).

(Negrilla y subrayado fuera del texto).

La Ley 527 de 1999, es el más fuerte referente en materia de documentos electrónicos y mensajes de datos en el país, pues, a pesar de ser una ley de comercio, con base en criterios mercantiles internacionales, puede llevarse por analogía a la gestión administrativa para el dinamismo y diligencia, por ser genérica en la terminología. Igualmente, es compatible respecto de la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, ya que comparte los criterios de valoración de la prueba y los mismos requisitos para tal fin.

Al respecto la corte constitucional en sentencia C - 821 de 2001, expresa:

*“ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una **comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia. Dicha disposición señaló en efecto que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Es decir que bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia.”** (Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.)*

En Colombia se incorporaron la mayoría de disposiciones de la Ley modelo¹² en la Ley 527 de 1999 de comercio electrónico. En tal esfuerzo el legislador tuvo en cuenta a la administración pública, tan es así, que en los artículos 1º, 2º y 10º

¹² Ley de comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para Ley modelo de comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para- Exposición de motivos del Proyecto de Ley n° 227c del 21 de abril de 1998, Cámara “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico, las firmas digitales y se autorizan las entidades de certificación”.

de dicha ley son correspondencia de ese interés de forma indirecta a la aplicación de esta norma en ciertas expresiones de la actuación pública.

Esta ley manifiesta que en toda gestión administrativa o judicial, tendrán eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria, todo tipo de información a manera de mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos, sin haber sido presentado en su forma original¹³.

Sin embargo creo, que debería haber una norma que reglamente de manera expresa la comprensión sistemática de la que habla la sentencia atrás citada, por cuanto, en el fondo de los motivos de la Ley 527, no era abarcar la totalidad de actos legales.

CONCLUSIONES

Finalmente, y después de un estudio sobre la viabilidad de implementar la telemática en la gestión administrativa, específicamente en la producción de actos administrativos por medios electrónicos y la notificación de éstos por los mismos medios, me ha llevado a plantear puntos específicos como focos de apoyo e ideas de soluciones para la realización plena de esta iniciativa, por ende, se concluye lo siguiente:

En primer lugar, sustento la posibilidad de establecer un sistema electrónico dentro de la función administrativa, en la expedición de actos administrativos telemáticos, y la posterior notificación en la misma forma; siempre y cuando, para el primer caso, se cumplan con los requisitos exigidos para un acto administrativo “tradicional”, es decir, que llene los formalidades previstas en la ley para su existencia y validez. Así pues, el legislador reconoció tácitamente en los artículos 55 y 57 de la Ley 1437 de 2011, la equivalencia funcional de los actos administrativos expedidos por medios electrónicos y al mismo tiempo ha dado cabida ampliamente a la Ley de Comercio Colombiana 527 de 1999, al autorizar remitirse a ella en los casos concordantes con el Procedimiento Administrativo.

Es así como, esa equivalencia funcional nos equipara los actos administrativos tradicionales con los electrónicos, pues se dejó ver que no se pretende cambiar la sustancialidad del acto, sino su soporte físico, por digital o electrónico, sin restar la posible materialización a medios de papel.

Igualmente, en cuanto a la eficacia de los Actos Administrativos electrónicos, debo decir, que es aquí donde se teje la conclusión central de mi investigación, pues las discrepancias del tema se dan cuando los actos administrativos electrónicos válidamente expedidos, se hacen oponibles a terceros y surten sus efectos jurídicos. Pues el

principio de publicidad se cumple a cabalidad por medios electrónicos, brindado más ventajas en materia de seguridad, para lo cual se haría necesario un marco normativo amplio y suficiente, tomando como base el existente.

Si tomamos la posición del legislador colombiano, y a modo de ejemplo, el enfoque en el derecho comparado, vemos como coinciden, en cuanto notificación, la cual se entenderá por efectuada, después de que el destinatario de dicho acto autoriza ser notificado por medios electrónicos, acceda al e-mail o mensaje de datos contenedor del acto. En ese momento se va a tener por eficaz y oponible. En este sentido, El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expresa en su artículo 56 inc. 3 que “la notificación 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 cuanto a lo anterior, discrepo en la medida de que no puede esperarse a que el administrado quiera acceder al contenido del acto, por no ingresar a su cuenta electrónica, o por alegar desconocimiento del hecho, para que el acto administrativo le sea de obligatorio cumplimiento, ya que el hecho de manifestar su voluntad de ser notificado de por medio de esa herramienta, lo obliga a estar al tanto de estos medios e indica que se tiene pericia o al menos manejo en ese campo, más aún, cuando por estos días acceder a internet es fácil y rápido, por regla general.

Igualmente, el artículo en cuestión –Art. 53 NCCA-, no establece un tiempo límite para que ese acceso se efectuó, como tampoco contempla la posibilidad de que hacer en caso de que esto no suceda. Dejando así un vacío jurídico y haciendo inoqua la implementación de estos medios electrónicos; provocando demora en el proceso, pues correspondería después, por lógica, emplear los medios de notificación y publicación generales, lo que causaría desgaste de la administración.

En el Derecho Español, por el contrario, sí se establece término para que se produzca el acceso por parte del administrado al acto administrativo de diez (10) días, término no constitutivo de notificación, sino de rechazo de la misma; sin embargo, el hecho de consentir la comunicación por este medio, es obligarse a mantener constante vigilancia de la cuenta electrónica a la que eventualmente notificarán; entonces, éste término de rechazo puede llevar al administrado a “jugar” con los días y dilatar procedimiento administrativos, verbigracia, En un proceso disciplinario en donde un sólo día puede generar el fenómeno de la prescripción, es decir, se estaría agravando la situación del procedimiento administrativo, en detrimento del principio de economía procesal.

13 Artículo 10 Ley 527 de comercio electrónico.

Es así, como se debería establecer por vía legal o jurisprudencial, un término en el cual se tendrá por surtida la notificación del acto, contados desde el envío de dicho acto por parte del servidor de la administración; o en otras palabras, desvirtuar que el acto sólo será oponible a terceros, una vez el administrado haya accedido efectivamente al mensaje de datos; y por el contrario, tener surtidos los efectos de una notificación y consecutivamente la obligatoriedad del acto, dentro de los diez (10)¹⁴ días siguientes al envío del mismo; en el mismo

14 Cuando hago referencia a un término de 10 días, solo es por indicación de una demarcación de tiempo. Bien podrían ser 5, 10, 15 días para tales efectos.

sentido, transcurrido el término establecido para tal fin, sería necesaria una notificación subsidiaria por medio del edicto, en donde quedará surtida la notificación del acto administrativo y así satisfechos los principios de publicidad y contradicción, correspondiendo a la administración expedir certificado de dicha circunstancia. De esta forma, operaría con un grado ms de confiabilidad las notificaciones por medios electrónicos, precavido las posibles faltasen que pueden incurrir las partes de la relación administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Santofimio, J. (1994), Acto Administrativo, Procedencia, Eficacia Y Validez, Ed. Universidad Externado de Colombia.

Vidal, J. (s.f) Derecho Administrativo, Edición 13^o 2008, pág. 572.

Colombia, Consejo de Estado (1997), Sección Primera- Sentencia del 18 de diciembre de 1997-M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

Colombia, Consejo de Estado (2007), Sala de lo contencioso administrativo- Sentencia n° 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934) de Sección Tercera, 20 de Septiembre de 2007.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Santa Fe de Bogotá, D.C., 25 de febrero de 1999, radicación: 3544.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-187 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional (1997), Sentencia C-957 de 1999-M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Gordillo, A. (2003) Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo, capítulo VII, Los actos administrativos como instrumentos públicos. Recuperado 5 de mayo de 2012 [www. agustingordillo.net/Pdf/3-6/3-6-VII.pdf](http://www.agustingordillo.net/Pdf/3-6/3-6-VII.pdf)

Garrillo, F. (1995) Revista del centro de estudios Constitucionales, Eficacia de los actos administrativos en la nueva ley de procedimiento.

Laguado, R. (s.f) Actos administrativos por medios electrónicos.

Illescas, R. (2001). Derecho de la Contratación Electrónica. Civitas, Madrid.

Gordillo, A. (1997) Derecho administrativo, 7^a edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Dromi, R. (1997) El acto administrativo, 3^a edición, Ed. Ciudad de Buenos Aires, 1997.

Chiara, E. (2009) - Las Notificaciones Electrónicas en la Administración de Justicia en el Perú.

Núñez, J. (s.f.) "Implicancias Jurídicas de la Notificación Enviada por Medios Informáticos y el Domicilio Virtual", artículo publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático, Recuperado el 14 de agosto de 2012 disponible en <http://www.alfaredi.org/revista/data/13-5.asp>

Arce, A y Diaz, F. (1999), ponencia: "La firma digital, aspectos jurídicos. Su aplicación a las comunicaciones previstas por la ley 22172", dentro del seminario: "El documento electrónico y la firma digital al servicio de la optimización del servicio de justicia", poder judicial de Santiago de Estero, Argentina.

Ribas, X., "Propuesta de directiva sobre firmas electrónicas", REDI, Revista electrónica de derecho informático, recuperado el 14 de agosto de 2012, disponible en: [http://publicaciones.derecho.org/redi// No.%2002%20%20Septiembre%20de%201998/ribas](http://publicaciones.derecho.org/redi//No.%2002%20%20Septiembre%20de%201998/ribas)

Alamillo, I. (1999) "Confianza digital basada en certificados", EDI, Revista de electrónica de derecho informático, España, ubicado en: recuperado el 14 de agosto de 2012 disponible en: http://publicaciones.derecho.org/redi/No._13_Agosto_de_1999/confianza.