

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO 31

Nota General. Dentro del presente documento se analizará a lo referente a la notificación, su alcance, regulación e importancia dentro de las investigaciones administrativas como en el debido desarrollo del contrato de condiciones uniformes y el manejo de PQRS por parte del prestador del servicio. Igualmente, se desarrollará el debido uso que se le debe dar al correo certificado y las clases de notificaciones que se pueden presentar o dar uso para los diferentes procedimientos.

Concordancias. Concepto 622 de 2015. Concepto 571 de 2015. Concepto 141 de 2015. Concepto 898 de 2014. Concepto 116 de 2015. Concepto 17 de 2015. Concepto 739 de 2014. Concepto 722 de 2014. Concepto 700 de 2014. Concepto 613 de 2014. Concepto 552 de 2014. Concepto 311 de 2014. Concepto 573 de 2013.

NOTIFICACIONES

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

De conformidad con el artículo 29 constitucional, “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, lo que impone el respeto de garantías mínimas en el desarrollo de todos los trámites en los que el Estado actúe en ejercicio de la función pública. En relación con tales prerrogativas, la Corte Constitucional “ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la

imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

En ese sentido, cuando la corporación ha considerado que el debido proceso es “el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo. Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos, ello supone el respeto implícito de otros derechos fundamentales, al punto que “Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis”.

En ese sentido, la notificación resulta un asunto determinante a la hora de garantizar derechos conexos al derecho al debido proceso y de ahí la importancia de analizar su alcance, con mayor razón cuando el ejercicio de los derechos y obligaciones derivadas del contrato de condiciones uniformes supone una relación en la que los usuarios se encuentran en condición de inferioridad frente a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; pero por otra parte, y no de menor importancia, determinar los criterios de trámite del procedimiento de notificación al interior y en sede de esta superintendencia con el fin de contar con elementos jurídicos claros.

Ahora bien, conviene aclarar que teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994 constituye el régimen básico de los servicios públicos domiciliarios, en punto a la notificación de las decisiones adoptadas al interior de las actuaciones administrativas con ocasión de la defensa del usuario en sede de la empresa, debe preferir la aplicación de disposiciones que sobre dicho aspecto y por especialidad de materia se encuentren en dicho estatuto.

De este modo, expresamente contempla el artículo 153 de la Ley 142 de 1994 que “La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo”, razón por la cual las notificaciones efectuadas a la fecha debieron tener como fuente normativa principal el Decreto Ley 01 de 1984 hasta la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 que lo derogó, norma que además de introducir importantes cambios en materia del derecho de petición, hizo lo propio en el procedimiento

administrativo general, dentro del cual figura la notificación. En tratándose de actuaciones administrativas cuya materia no verse sobre servicios públicos, desde luego serán aplicables las disposiciones de carácter general administrativo contenidas en la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, la actividad legislativa y reglamentaria justifica la necesidad de que a través de criterio jurídico unificado, esta entidad actualice y explique los lineamientos y parámetros que deben observarse a la hora de poner en conocimiento del usuario y/o interesado las decisiones que ponen fin a la actuación administrativa y de claridad frente al manejo de aspectos que no pueden ser resueltos ante la falta de disposiciones expresas que determinen el procedimiento de notificación a seguir; de modo tal, que a efectos de adelantar sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia del cumplimiento del régimen de los servicios públicos por parte de las personas prestadoras y a cuyos trámites les es aplicable el procedimiento administrativo general previsto en la Ley 1437 de 2011, esta superintendencia debe atenerse estrictamente al principio de tipicidad.

2. IMPORTANCIA DE LA NOTIFICACIÓN

En palabras recientes del Consejo de Estado, “La notificación se ha definido como el acto material de comunicación, mediante el cual se ponen en conocimiento del interesado las decisiones que profiere la Administración, en cumplimiento del principio de publicidad, para que aquel pueda ejercer su derecho de defensa.

Así las cosas, del conocimiento de la decisión depende la producción de efectos del acto administrativo; razón por la cual “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; sin embargo, en virtud del principio de legalidad la decisión se entiende que fue expedida con el lleno de los requisitos legales, de ahí que no se afecte el atributo de su validez.

Cabe resaltar que el régimen de los servicios públicos domiciliarios contempla la figura del silencio administrativo positivo – SAP, figura excepcional conforme con la cual, ante la falta de respuesta oportuna se entiende favorable la decisión. En ese sentido y al tenor de lo previsto por el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, la falta de notificación, dada la imposibilidad de poner en conocimiento el acto administrativo, conllevará la configuración del silencio administrativo positivo, ya que si bien jurídicamente únicamente existe una causal que se restringe a “la falta de respuesta oportuna” -pues la norma no comprende variantes que dan lugar a su origen-, son los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de las

autoridades judiciales, los que través de la resolución de controversias en sede judicial han hecho posible determinar y sentar precedente sobre la materia.

De esta manera, por un lado, la notificación garantiza el ejercicio del derecho de defensa y contradicción en el desarrollo de la actuación administrativa, pero por el otro, la falta de notificación además de conllevar el desconocimiento de derechos, en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, presupone sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos a las empresas por el desconocimiento de las normas a las que se encuentran sujetos, de ahí que establecer reglas claras para asegurar la primacía del principio de publicidad denoten especial trascendencia.

3. GENERALIDADES DE LA NOTIFICACIÓN

Se ha señalado que la Ley 142 de 1994 constituye el régimen básico de los servicios públicos domiciliarios, y en ese sentido, sus normas resultan especiales y por ende de preferente aplicación sobre la materia, en tratándose de actuaciones relativas al contrato de condiciones uniformes, pues de cara a trámites cuyo objeto no versa sobre el contrato de servicios públicos domiciliarios, resultará aplicable por regla general la Ley 1437 de 2011.

Dispone el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 lo siguiente:

“ARTÍCULO 159. DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN SOBRE PETICIONES Y RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuaría en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo.

(...).”

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, reformado por el Decreto Ley 01 de 1984 dispuso el capítulo X sobre “PUBLICACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES”, de la siguiente manera:

“CAPÍTULO X

PUBLICACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES

(...)

Deber y forma de notificación personal

ARTÍCULO 44. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2304 de 1989 Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.

ARTÍCULO 45. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.

(...)

Información sobre recursos

ARTÍCULO 47. En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo.

Falta o irregularidad de las notificaciones

ARTÍCULO 48. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46”.

En los términos anotados, la notificación personal se mostraba como la forma principal de poner en conocimiento las decisiones que pusieran término a una actuación administrativa; y de manera supletoria, en caso de que no se pudiera efectuar, operaba la notificación por edicto, a través de su fijación en un lugar público de la entidad.

Vale resaltar que cobraba especial relevancia el uso del correo certificado para informar al interesado, por medio de una citación, la necesidad de efectuar la notificación personal; asunto que en su momento dio lugar a bizantinas discusiones, como quiera que su uso quedaba restringido a que no hubiera otro medio mas eficaz de informarle al interesado y la norma no distinguía cuáles eran esas otras posibilidades.

En todo caso, frente al particular y atendiendo la posición del Consejo de Estado, esta entidad a través del concepto unificado SSPD-OJU-2010-15 señaló que “la comunicación mediante mensajería especializada puede ser aceptada como una comunicación válida e idónea que satisface el requerimiento previsto en el artículo 44 del C.C.A en aras de posibilitar la notificación personal al interesado”, refiriéndose a que el aviso como medio alternativo para enviar la citación, y entregado a través de una empresa de mensajería especializada tiene la misma eficacia del correo certificado para la citación a notificarse personalmente, sin que ello comportara una “notificación por aviso”.

En este contexto, en el trámite de la actuación administrativa el Código Contencioso Administrativo previó tres (3) formas de notificación que interesaban a los trámites concernientes a los servicios públicos y a las actuaciones administrativas en sede de la entidad, la personal, por edicto y por conducta concluyente.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” del 18 de enero de 2011, fue derogado el Código Contencioso Administrativo, entre otras disposiciones, sin embargo su exclusión del ordenamiento jurídico fue transitoria, en tanto que de conformidad con el artículo 308 comenzaría a regir el 2 de julio de 2012.

En lo que atañe al trámite de notificación su contenido quedó concebido de la siguiente manera:

“CAPÍTULO V.

PUBLICACIONES, CITACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES.

(...)

ARTÍCULO 66. DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

ARTÍCULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente

·

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

(...)

ARTÍCULO 71. AUTORIZACIÓN PARA RECIBIR LA NOTIFICACIÓN. <Aparte tachado derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012> Cualquier persona que deba notificarse de un acto administrativo podrá autorizar a otra para que se notifique en su nombre, mediante escrito que requerirá presentación personal. El autorizado solo estará facultado para recibir la notificación y, por tanto, cualquier manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada.

Lo anterior sin perjuicio del derecho de postulación.

En todo caso, será necesaria la presentación personal del poder cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social.

ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.

ARTÍCULO 73. PUBLICIDAD O NOTIFICACIÓN A TERCEROS DE QUIENES SE DESCONOZCA SU DOMICILIO. Cuando, a juicio de las autoridades, los actos administrativos de carácter particular afecten en forma directa e inmediata a terceros que no intervinieron en la actuación y de quienes se desconozca su domicilio, ordenarán publicar la parte resolutive en la página electrónica de la entidad y en un medio masivo de comunicación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. En caso de ser conocido su domicilio se procederá a la notificación personal”.

Aunque el nuevo código en términos generales mantuvo la figura de la notificación, introdujo importantes cambios en la materia, toda vez que: i) incorporó nuevas modalidades de la notificación (personal, medio electrónico y estrados), excluyendo la notificación por edicto como supletoria de la personal e integrando la notificación por aviso, ii) eliminó el uso del correo certificado para el envío de la citación a notificación personal, y iii) incluyó la figura de la autorización para recibir la notificación y la necesidad de la publicación o notificación a terceros de quienes se desconozca su domicilio.

4. EL USO DEL CORREO CERTIFICADO

Había señalado esta Oficina Asesora Jurídica que "...el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo considera el correo certificado como un medio eficaz para enviar la comunicación por medio de la cual se le informa al peticionario que debe notificarse personalmente de la decisión respectiva. Señala dicha norma que cualquier otro medio que permita igualmente determinar la fecha en que el usuario se informa de la actuación para efectuar la notificación personal, será considerado eficaz en los términos de este artículo.

Sobre este tema, el Honorable Consejo de Estado, sección primera, en sentencia del 13 de marzo de 2003, Consejero Ponente Dr. Manuel Santiago Urueta, se pronunció al interpretar el artículo 25 del Decreto 2150 de 1955 diciendo que esta norma le otorga a la Administración Postal Nacional (ADPOSTAL) el carácter de agente o representante de las autoridades públicas para efectos de notificaciones; por ende, el servicio de correo certificado a que se refiere esta disposición sólo puede ser prestado por esta empresa".

Así las cosas, si bien cualquier medio eficaz de informar al interesado la decisión podía utilizarse a la luz de la norma en mención, lo cierto es que la facultad de certificación de los correos enviados o, lo que es lo mismo, el correo certificado, exclusivamente podía ser prestada por la empresa ADPOSTAL, servicio que luego de su reestructuración, fue encargado a la Sociedad de Servicios Postales Nacionales S.A., entidad encargada de llevar a cabo todas las actividades relacionadas con la prestación de los servicios postales, convirtiéndose así en el Operador Postal Oficial y que actualmente se conoce como 4-72.

Con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el legislador no consideró necesario el envío de la citación para notificación personal a través de correo certificado ni de otro tipo de actos, pues al amparo del artículo 68 señaló que "Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección...". De esta manera, el uso de otros medios de envío no quedó restringido por la norma y en consecuencia, había indicado esta Oficina Asesora Jurídica que cualquier medio era posible siempre que cumpliera con los requisitos tales como "control de la prueba de entrega del envío que se consigna en un documento en el que conste un número de orden, fecha, hora de entrega, firma e identificación de quien recibió, aunado a una entrega muy rápida...", señalados por el Consejo de Estado y reiterados por esta Oficina Asesora Jurídica.

Sin embargo, como se entrará a explicar más adelante, la exigencia de las formalidades señaladas a nivel jurisprudencial tuvieron relevancia respecto de los medios que podrían reemplazar el correo certificado, pero en el contexto del anterior Código Contencioso Administrativo.

En todo caso, resulta claro que si el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 expresamente consagra que "La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo", haciendo remisión concreta al procedimiento administrativo contentivo en la actual Ley 1437 de 2011 y esta a su vez dispone que para la notificación de las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa se requerirá del envío de una citación, deberá aplicarse con preferencia el

artículo 159 de la Ley 142 de 1994 y, en consecuencia, enviarse la citación por cualquier medio eficaz, para notificar tanto respuestas a peticiones como decisiones de recursos en materia del contrato de servicios públicos.

Por otro lado, la Ley 962 de 2005 correspondiente a la Ley Antitrámites del año 2005 cuyo objeto es el de “facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política”, haciendo obligatoria la observancia de principios rectores de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, a fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados, es aplicable a “los trámites y procedimientos administrativos de la Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, y de los particulares que desempeñen función administrativa. Se exceptúan el procedimiento disciplinario y fiscal que adelantan la Procuraduría y Contraloría respectivamente”, en atención a su artículo 2, de manera que por expresa disposición, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben observar dichas disposiciones.

En ese contexto señala el artículo 10 ibídem, lo siguiente:

“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"

De la lectura de la norma se colige la obligación que tienen las entidades de proporcionar o suministrar a los administrados la posibilidad de usar tanto el correo certificado como el correo electrónico, pero no de manera restrictiva, puesto que no la limita exclusivamente a dichos medios y en tratándose de un estatuto antitrámites que obedece a la racionalización de trámites y la facilidad en su utilización, implica la existencia de otros medios.

Así, aunque el correo certificado tiene plena validez para el envío de la citación para notificación personal, se reitera que la Ley 1437 de 2011 no consideró necesario su uso y por el contrario avaló el uso de otros medios, los cuales tendrán el correspondiente valor probatorio, siempre que acrediten el hecho que buscan probar.

5. CLASES DE NOTIFICACIÓN

Con ocasión de hacer efectiva la actuación administrativa y por contera los demás principios que la rigen, al amparo del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, las decisiones deben ponerse en conocimiento del interesado, para lo cual el legislador, previendo los retos que supone el ejercicio de la función pública y los obstáculos legales y administrativos que representa la imposibilidad de que el interesado conozca la decisión, planteó distintas alternativas de notificación como manera de lograr que los procedimientos cumplan con su finalidad; bien sea a través de las ritualidades tradicionales, como lo es la notificación personal o por medio del acceso a canales electrónicos, como lo es la notificación electrónica.

Inclusive, consideró un mecanismo subsidiario cuando no fuese posible efectuar la notificación personal, tal como sucede con la notificación por aviso, y reafirmó la posibilidad de que a través de una forma de notificación se convalidaran la falta de requisitos de las demás notificaciones, como lo es la aplicación de la figura de conducta concluyente, dándole así efectos a una decisión que de otra forma no podría surtir efectos.

Hechas estas precisiones y como quiera que la materia de este criterio unificado versa sobre la "notificación", resulta pertinente referirnos a los actos objeto de notificación, haciendo un paralelo entre los dos regímenes sobre procedimiento administrativo:

De esta manera, si bien en la actualidad se mantiene la notificación personal para aquellas decisiones que pongan fin a una actuación administrativa, tanto para el interesado, su representante o apoderado, con la respectiva inclusión de aquella persona autorizada para hacerlo; conforme con el artículo 66 de la Ley 1437 de 2011, no sólo dichas decisiones son objeto de notificación, ya que al haberse incluido “los actos administrativos de carácter particular y concreto”, dicha denominación podría no siempre coincidir con “las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa”.

A juicio de la Corte Constitucional los actos administrativos de carácter particular y concreto “son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados, según el Consejo de Estado “El acto administrativo de carácter individual también puede referirse a una determinada cosa, individual y específicamente identificada, que no se pueda confundir con otra, de manera que los efectos de ese acto sólo recaen sobre esta y no sobre otras de su misma naturaleza, aun cuando sean de la misma especie.

En ese sentido podría entenderse que no sólo una decisión que pone fin a una actuación administrativa constituye un acto particular y concreto, pues podría suceder que al interior del trámite de la misma, actos como aquéllos que decretan pruebas, o en el caso de una investigación por silencio administrativo positivo – SAP, aquéllos que deciden la actuación a terceros afectados, crean un efecto individualmente considerado.

No obstante lo anterior, -y advirtiendo que la forma en que se deben poner en conocimiento actos administrativos como los anteriores, será desarrollada en el acápite correspondiente a las comunicaciones-, la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, al tenor de la forma en que se encuentra redactado el artículo 66 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está sujeta a los términos establecidos en las disposiciones que le siguen y el artículo 67 circunscribe la notificación personal a las decisiones que le pongan fin a la actuación administrativa, la diferencia planteada encuentra remedio en el hecho de que en materia de notificación personal, el único artículo al cual haría referencia la norma, es el 67, es decir, al de notificación personal de las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa, de manera que sólo estos actos podrían ser objeto de notificación personal.

Ahora bien, de acuerdo con la norma en mención, puede colegirse con claridad que la notificación, además de poder efectuarse a través de: i) diligencia o acto de notificación, en el que se entrega al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que proceden en contra de la decisión, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo, también puede llevarse a cabo a través de: ii) medio electrónico, siempre que el interesado así lo haya manifestado y iii) por estrados, respecto de aquellas decisiones adoptadas en audiencia pública y de manera verbal.

5.1. DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

La diligencia de notificación personal constituye una forma que de manera directa y presencial permite al interesado conocer el acto que culmina la actuación administrativa, concediéndole conocer de primera mano el alcance de la decisión.

Para iniciar el trámite de notificación personal se exige el envío de una citación.

5.1.1. ENVÍO DE LA CITACIÓN

Como se ha mencionado, el anterior código requería el uso del correo certificado si no era posible contar con otro medio más eficaz para enviar la citación con el fin de adelantar la diligencia de notificación personal. Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no es necesario el correo certificado para enviarla.

En materia de requisitos, tanto el uno como el otro, dispusieron que la citación debería enviarse a una dirección que debe coincidir con aquella donde el interesado reciba la correspondencia, a efectos de materializar el principio de publicidad. El Código Contencioso Administrativo establecía que dicha comunicación debería ser enviada a la dirección que el interesado hubiera anotado al intervenir por primera vez en la actuación o a la nueva que figurara a través de comunicación con tal propósito; sin embargo el nuevo código, alternando los principios de eficacia y celeridad en la actuación, incluyó alternativas como el número de fax, o dirección de correo electrónico, se entiende, o aquellas que puedan obtenerse del registro mercantil. En todo caso, mantuvo la formalidad de la dirección de correspondencia.

No se vislumbran entonces requisitos adicionales que deba contener la citación; sin embargo, debe esta Oficina Asesora Jurídica precisar que como se señaló previamente, y en el contexto de la exigencia del uso de correo certificado para el envío de la citación para notificación personal en vigencia del Código Contencioso Administrativo, mediante Concepto Unificado No. 15 de 2010, se había desarrollado el criterio jurídico según el cual “2.5. EL AVISO ENTREGADO A TRAVÉS DE UNA EMPRESA DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA TIENE LA MISMA EFICACIA DEL CORREO CERTIFICADO PARA LA CITACIÓN A NOTIFICARSE PERSONALMENTE”, motivado en que “El Consejo de Estado admite que la

comunicación por correo certificado pueda ser reemplazada por la comunicación mediante mensajería especializada siempre que ésta última cumpla todos los elementos del correo certificado, como son “el control de la prueba de entrega del envío que se consigna en un documento en el que conste un número de orden, fecha, hora de entrega, firma e identificación de quien recibió”.

En ese sentido, el aval que la corporación judicial le dio al uso de la mensajería especializada como medio de envío de la citación fue dado bajo el entendido de contar con un medio cuya eficacia se asimilara al correo certificado; de ahí que información como la constancia del “número de orden, fecha, hora de entrega, firma e identificación de quien recibió, aunado a una entrega muy rápida”, permitieran considerar este tipo de mensajería con tanta o más eficacia que el correo certificado.

De este modo, la “eficacia” del medio para informar al interesado, en vigencia del anterior código, estaba determinada por los atributos del correo certificado, pues la norma era clara en señalar que “Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación”, razón por la que el correo certificado resultaba menos eficaz que los otros medios y por ello la acreditación de los atributos de los medios utilizados debía estar en función del correo certificado.

Luego, habiendo desaparecido el requerimiento del uso del correo certificado para enviar la citación, se disipó la exigencia de acreditar los atributos propios de la mensajería especializada; no obstante que a nivel probatorio, en caso de acreditar la respectiva entrega, la misma debe efectuarse de acuerdo con el medio de correo utilizado.

Así las cosas, aspectos como la prueba de entrega del envío surgen como innecesarios en vigencia de la Ley 1437 de 2011, pues aunque el texto de la norma respecto del envío de la citación se mantiene casi en los mismos términos del Código Contencioso Administrativo, lo que interesa a la actuación es el envío de la citación y no la entrega, pues esta última sí se hace necesaria para efectos de contabilizar los términos de la figura de la notificación por aviso, ya que de acuerdo con el artículo 69 ibídem, dicha “notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”.

Si la voluntad del legislador hubiese sido la de exigir la prueba de entrega del envío de la citación, debió quedar expresamente señalado en el artículo 68; sin embargo, su alcance fue determinado cuando dispuso que “El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente”.

En todo caso, debe aclararse que en los términos textuales del artículo 68 del CPACA si este instrumento de comunicación está sujeto a “Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación”, ello significa que no en todos los casos será obligatorio el empleo del envío de la citación para notificación personal, pues pueden existir otros medios más eficaces.

Enviada la citación, el interesado deberá acudir a la entidad que emite el acto y hacer presentación personal. Si no es posible, es admisible que esté representado por una persona o su apoderado e inclusive, una persona debidamente autorizada, con el fin de recibir la decisión.

Señala la norma que “En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo”, circunstancia que en la práctica, generalmente se traduce en la entrega de dos documentos: Uno contentivo del acto administrativo y otro, de un formato que es el que tradicionalmente se conoce como constancia de “notificación”, en el cual se encuentran datos como: nombre del notificado, identificación, acto notificado, fecha y hora, recursos e instancias ante las cuales deben formularse y un espacio para las firmas de quien notifica y quien se notifica.

Sin embargo, el hecho de que tradicionalmente la notificación personal se adelante de esta manera no supone que la entrega de la decisión con las anotaciones o datos referidos sea anómala; por el contrario, esta es la manera en que la ley exige adelantar el trámite de notificación personal. No obstante, lo que sí invalida la notificación es el incumplimiento de tales requisitos.

5.2. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

En materia de notificaciones en sede administrativa, la notificación por medio electrónico prevista en el artículo 67 ibídem, constituye la mayor novedad incorporada en materia de procedimiento administrativo.

Aunque las disposiciones relacionadas con el uso de medios electrónicos en un principio fueron ideadas para estimular el uso de los mensajes de datos y del correo electrónico para el comercio, permitiendo expandir así las relaciones comerciales internacionales, la Corte Constitucional ha señalado que su comprensión debe ser sistemática con el conjunto de normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, en los siguientes términos:

“...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.

De esta manera si bien los mensajes de datos han venido siendo incorporados como una práctica cada vez mas habitual en el desarrollo de las relaciones entre la administración y los administrados, lo cierto es que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 no quedan dudas respecto a su empleo, pues de forma expresa contempla un capítulo referido a la “UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”, y en el que explícitamente dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 53. PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES ADMINISTRATIVOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS. Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

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”.

Siendo entonces un aspecto que no contemplaba el anterior código en razón al contexto de la época en el que fue expedido, el uso de los medios electrónicos en la actuación administrativa se erige como la materialización de los principios y prerrogativas administrativas previstas en el artículo 3 del código, en especial, los de eficacia, economía y celeridad.

5.2.1. PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

El artículo 67 ibídem, determinó la procedencia de la notificación electrónica al hecho de que interesado acepte ser notificado de dicha manera:

“ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

(...)

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

(...)”.

La notificación electrónica supone entonces como requisito la aceptación previa del interesado respecto de este medio para ser puesto en conocimiento; no obstante y pese a que la norma refiere la posibilidad de establecer dicho medio para notificar actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas, el artículo como tal no hizo referencia a las condiciones o detalles que deben ser observados para adelantar dicho trámite, por lo que es necesario remitirse a lo pertinente previsto en el capítulo sobre la “UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”:

“ARTÍCULO 54. REGISTRO PARA EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS. Toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Sí así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

Las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía.

Las actuaciones en este caso se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registrados hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil”.

Del contenido de los artículos 54 y 67 en mención puede colegirse que:

i) Constituye un derecho de toda persona, actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, no obstante el privilegio no es absoluto, en tanto que para ejercerlo debe registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. De

dicha exigencia se excluyen las peticiones de información de consulta, hechas por correo electrónico.

ii) La aceptación de la notificación electrónica por parte del interesado supone la procedencia de dicho medio.

De acuerdo con lo anterior debe hacerse claridad en que una cosa es el derecho de actuar utilizando medios electrónicos y otra, la notificación electrónica, ya que, salvo las excepciones referidas a la obligación por parte del interesado de registrar su dirección electrónica en relación con las peticiones de información y consulta, para poder actuar a través de tales medios, por regla general se requiere el registro de la dirección electrónica, mientras que, para efectos de la notificación electrónica, es necesario la aceptación expresa por parte del interesado y para cada actuación, de ser notificado por dicho medio.

En ese sentido, el hecho de que una persona actúe usando los medios electrónicos no supone que la notificación del acto que le pone fin a su actuación le deba ser notificado por dicho medio, ya que el artículo 67 restringe la procedencia de la notificación a la aceptación de ser informado por ese medio; de manera que si no existe la aceptación no es posible la notificación electrónica y deberá acudirse entonces a las formas tradicionales de notificación.

Si bien el artículo 54 determina que si la persona registra su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin, “las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente”, de lo que se infiere que, como la actuación debe continuar por el medio electrónico y una de las etapas propias de la misma lo constituye la notificación, esta última debe surtir de igual manera, pues sólo si la persona manifiesta recibir las notificaciones o comunicaciones por otro medio, se hará de forma distinta, lo cierto es que la norma se encuentra referida al registro de medios, en tanto que el artículo 67 comporta norma especial sobre la materia de notificación y por tanto debe ser de aplicación preferente.

En todo caso, la simple mención de la dirección de correo electrónico por parte del interesado en la petición que da inicio a la actuación, no supone la autorización a la empresa o a cualquier autoridad para que lo notifique por dicho medio, pues la norma es clara en referir la aceptación; no obstante, en tratándose de este tipo de situaciones, deberá agotarse la notificación principal, es decir, la personal y, concomitantemente, surtir la electrónica ya que se carece de la aceptación requerida por la norma.

Por otro lado, aun cuando la disposición legal que hace referencia a la necesidad de “aceptación de ser notificado por medio electrónico” quedó sujeta a la redacción según la cual “Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación”, sin determinar si la aceptación es válida para todas las actuaciones administrativas iniciadas a petición del interesado o adelantadas por esta superintendencia y que lo involucre, entendemos que en virtud del principio del debido proceso y eficacia, la aceptación de notificación por medio

electrónico debe ser independiente y autónoma de cada actuación; es decir que por cada actuación o procedimiento administrativo debe existir la correspondiente aceptación, puesto que de cada una se derivan condiciones fácticas, probatorias y jurídicas distintas para el interesado. De hecho, podría suceder que en una actuación administrativa se le notifique de manera electrónica, cuando en otra, previamente el interesado había manifestado su voluntad de ser notificado de manera personal.

Sin embargo, también resulta claro que en búsqueda de que los procedimientos logren su finalidad nada impide que la administración cuente con la aceptación general por parte del interesado para que, en adelante, se le notifique varias actuaciones administrativas por correo electrónico. En todo caso, debe constar la evidencia de tal aceptación.

5.2.1. EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Señala el artículo 56, lo siguiente:

“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.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

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 concordancia con el artículo 67 ibídem, la norma en cita ratifica la necesidad de aceptación por parte del interesado de la notificación electrónica para que la administración quede habilitada a efectuarla de esa manera. No obstante, en el transcurso de la actuación, la disposición brinda la posibilidad al interesado para que las notificaciones sucesivas se realicen a través de los medios que el código dispone, lo que significa que la notificación electrónica puede ser: i) excluyente, si el interesado así lo sugiere en el sentido de aceptar que sea notificado de esta manera, pero también, ii) concurrente, porque en el transcurso de la actuación puede solicitar que las notificaciones sucesivas le sean hechas conforme con los otros medios previstos para el procedimiento administrativo.

Ahora bien, llama la atención que los efectos de esta modalidad de notificación se prediquen siempre que la administración acredite a través de certificación, “la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo”, ya que en tales términos, el “acceso al acto” resulta un presupuesto indispensable para que la notificación se entienda surtida, pues de lo contrario, podría señalarse que la notificación no surte efectos.

En este punto, debe tenerse en cuenta que aunque “Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos” y por ello el artículo 53 señala que “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”; ineludiblemente debe tenerse en cuenta que el desarrollo sectorizado de las tecnologías informáticas no permite garantizar a todas las personas o administrados, la igualdad de acceso a la administración, en la medida que las actuaciones a través de medios electrónicos exigen la utilización de mecanismos técnicos como servidores de base de datos, servidores de correo electrónico o canales informáticos internos o externos, cuya eficacia depende de la funcionalidad de tales mecanismos entre el remitente y el destinatario y las condiciones sociales, culturales, y económicas de la relación “administración-administrado”, no todas las veces son iguales.

En ese contexto, si bien a la administración le corresponde acreditar la notificación con la correspondiente certificación de la hora y fecha de acceso al acto administrativo, resulta imperioso revisar el contenido de la Ley 527 de 1999, como quiera que el legislador le encargó la tarea de proporcionar la seguridad jurídica a las relaciones comerciales por vía informática, a las entidades de certificación, razón por la cual resulta determinante la emisión de la nombrada certificación.

En ese orden de ideas, el literal d) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, entiende por entidad de certificación a “aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales”, de manera que únicamente las personas jurídicas, tanto públicas o privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditadas por el Organismo Nacional Acreditación de Colombia, según el artículo 29 ibídem, o las notarías, podrán realizar las actividades propias de las entidades de certificación descritas en el artículo 30 ibídem:

“ARTICULO 30. ACTIVIDADES DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION. <Artículo modificado por el artículo 161 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

1. Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas o digitales de personas naturales o jurídicas.
2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos y de documentos electrónicos transferibles.

3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la Ley 527 de 1999.
4. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de los datos de creación de las firmas digitales certificadas.
5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
6. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de datos de creación de las firmas electrónicas.
7. Ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles.
8. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos y documentos electrónicos transferibles.
9. Cualquier otra actividad relacionada con la creación, uso o utilización de firmas digitales y electrónicas”.

De esta manera, conforme con el último inciso 3 del artículo 56 de la Ley 1437 de 2011, si para efectos de entender surtida la notificación electrónica, la administración debe acreditar la correspondiente certificación de la fecha y hora en que el interesado accedió al acto administrativo y las disposiciones de la Ley 527 de 1999 resultan compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo, resulta forzoso interpretar que si bien la certificación la debe evidenciar la administración, su expedición debe efectuarse en los términos de la Ley 527 de 1999, es decir que debe ser emitida por la correspondiente entidad de certificación.

No obstante lo anterior, la falta de mecanismos informáticos que permitan certificar la fecha y hora del “acceso al acto administrativo” por parte del administrado, ha impedido el cumplimiento estricto de la disposición analizada, de modo que ante la necesidad de garantizar el uso de los medios electrónicos, resulta posible aplicar tanto el artículo 20 como el 21 de la Ley 527 de 1999, del siguiente tenor:

“ARTICULO 20. ACUSE DE RECIBO. Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

- a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o
- b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo”.

“ARTICULO 21. PRESUNCION DE RECEPCION DE UN MENSAJE DE DATOS. Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos.

Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así”.

Así, de la interpretación de los artículos anotados se colige que los efectos de la figura del acuse de recibo del mensaje de datos podría extenderse o equipararse a los de la notificación de un acto, siempre que estos se hayan condicionado previamente, bien sea a través de solicitud o acuerdo entre destinatario e iniciador, a la recepción del mensaje de datos. No obstante, de aplicar de manera absoluta este criterio los efectos del acto estarían sujetos al arbitrio y voluntad del interesado y, en todo caso, el contexto de las normas se encuentra referido a la recepción del mensaje de datos mas no a los documentos adjuntos a dicho mensaje; inclusive, el artículo 62 de la Ley 1437 de 2011, al regular la prueba de recepción y envío de mensajes, como aspecto a tener en cuenta en la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, se refiere exclusivamente al mensaje de datos sin que haga alusión a los documentos anexos y a su correspondiente acceso, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 62. PRUEBA DE RECEPCIÓN Y ENVÍO DE MENSAJES DE DATOS POR LA AUTORIDAD. Para efectos de demostrar el envío y la recepción de comunicaciones, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad.
2. Cuando fallen los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los tres (3) días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio”.

Ahora, pese a que la norma se encuentra referida a la prueba de recepción y envío de “comunicaciones”, que evidentemente pueden obedecer a mensajes de datos, tal como lo dice el tratadista Enrique José Arboleda Perdomo, si las entidades de certificación pueden emitir certificados en los que consten la fecha y hora en la que un documento ha sido: i) creado, ii) enviado, y iii) recibido en un sistema de información, “Entonces, es obvio que si el mensaje de datos que contiene el acto administrativo que se pretende notificar ha sido

recibido por el destinatario, a partir de ese momento éste tiene acceso al mismo, de manera que es en dicho momento que se da por efectuada la notificación”.

De esta manera, en criterio de esta superintendencia, ante la falta de mecanismos legales y electrónicos que permitan habilitar por parte de las entidades de certificación o la misma administración, la certificación de la hora y fecha en que el administrado accedió al acto administrativo y hasta tanto el Gobierno Nacional establezca los estándares y protocolos, -según lo previsto por el artículo 64 de la Ley 1437 de 2011-, que deben cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, -por lo menos en lo que atañe a la notificación electrónica, esta podrá entenderse surtida con la certificación de recibido del mensaje de datos que adjunto, contiene el acto administrativo enviado a través de este medio, pues si bien en la actualidad es posible que algunas entidades presten el servicio de notificación electrónica certificada; lo cierto es que tal actividad únicamente contempla la certificación del envío, recibido y apertura del mensaje de datos o, comúnmente conocido como, correo electrónico, sin que exista la acreditación de la apertura o descarga del documento anexo a dicho mensaje.

En todo caso, deberá corroborarse que los servidores de correo electrónico o canales informáticos utilizados para tales efectos, tanto por el destinatario como por el iniciador sean compatibles con el fin de garantizar la publicidad del acto.

No obstante, si bien la jurisprudencia administrativa en materia de notificaciones ha sido escasa en la medida que el análisis de legalidad de los actos en sede de lo contencioso administrativo toma su tiempo, el Consejo de Estado ha reiterado que la notificación electrónica se “entiende surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo”, sin que se haya hecho un eventual análisis del alcance de la certificación requerida a la administración:

“En lo que concierne a la notificación electrónica, es importante señalar que, según el artículo 2º de la Ley 527 de 1999, el correo electrónico es un mensaje de datos que contiene información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares.

La notificación por correo electrónico está prevista en el artículo 56 del C.P.A.C.A., el cual dispone que: “Las Autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado ese medio de notificación”.

Se trata de una forma de notificación que no es novedosa en la Legislación Colombiana, pues ya había sido objeto de regulación en normas de incorporación de nuevas tecnologías, tales como las Leyes 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”; 794 de 2003, que estableció que los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de

derecho privado domiciliadas en Colombia, deben registrar una dirección electrónica para notificaciones; 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”, que autorizó la utilización de soportes, medios y aplicaciones electrónicas, para surtir notificaciones y publicaciones; y 1111 de 2006, “Por la cual se modifica el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, que adicionó el siguiente artículo al Estatuto Tributario:

“Artículo 566-1. Notificación electrónica. Es la forma de notificación que se surte de manera electrónica a través de la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pone en conocimiento de los administrados los actos administrativos producidos por ese mismo medio.

La notificación aquí prevista se realizará a la dirección electrónica o sitio electrónico que asigne la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes, que opten de manera preferente por esta forma de notificación, con las condiciones técnicas que establezca el reglamento.

Para todos los efectos legales, la notificación electrónica se entenderá surtida en el momento en que se produzca el acuse de recibo en la dirección o sitio electrónico asignado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Dicho acuse consiste en el registro electrónico de la fecha y hora en la que tenga lugar la recepción en la dirección o sitio electrónico. La hora de la notificación electrónica será la correspondiente a la hora oficial colombiana.

Para todos los efectos legales los términos se computarán a partir del día hábil siguiente a aquel en que quede notificado el acto de conformidad con la presente disposición. (...)

Igualmente, la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, dispuso, entre los deberes de las partes y los apoderados, señalar en la demanda o en la contestación de la misma, el lugar físico o el correo electrónico para recibir notificaciones, enviar los memoriales, que se presumen auténticos, presentados en el proceso a dichas direcciones. De la misma manera, indica que “en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información”, y en relación con la notificación, señala que cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por ese medio de correo electrónico y “se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo”.

Algunas de estas disposiciones fueron examinadas por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-1114 de 2003, que estudió la constitucionalidad del artículo 5º de la Ley 788 de 2002, en la que esa Corporación concluyó que el correo electrónico efectiviza el principio de publicidad en las actuaciones administrativas, por lo que es válido que el

Legislador adecue el sistema de notificaciones a los avances tecnológicos, siempre que no se pierda de vista el fin del procedimiento de notificación, que consiste en comunicar al interesado, las actuaciones judiciales o administrativas que puedan afectarle.

En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la notificación electrónica de la siguiente forma:

“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.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

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.”

“Artículo 67. Notificación personal.

(...)

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La Administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico. (...)

De las citadas normas puede extraerse lo siguiente:

- El interesado debe aceptar la notificación por medio electrónico; sin embargo, durante el desarrollo de la actuación puede pedir que las sucesivas notificaciones se hagan por los otros medios previstos en el procedimiento administrativo.
- La Administración debe certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico.
- La notificación se entiende surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo.
- La Administración puede optar por este medio de comunicación cuando se trate de actos que tengan origen en convocatorias públicas.

En síntesis, durante la actuación administrativa, la notificación puede surtirse de diversas maneras, de modo que una vez agotadas las posibilidades de notificar personalmente a los

interesados, bien puede la Administración, con respaldo en la legislación, optar por comunicar las decisiones o actuaciones administrativas, a través de mecanismos subsidiarios que garantizan los principios de publicidad y debido proceso.

Al margen de lo anterior, si bien el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el acápite de utilización de medios electrónicos no consideró requisitos adicionales al de la certificación de hora y fecha de acceso al acto administrativo, es oportuno detallar que el Consejo de Estado ha enfatizado que los requisitos de la notificación personal contemplados en el capítulo “PUBLICACIONES, CITACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES” le son aplicables a la electrónica, en los siguientes términos:

“El artículo 67 del C.P.A.C.A. indica que los actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa deben ser notificados personalmente al interesado en una diligencia de notificación, dentro de la cual se entrega al notificado “copia íntegra, auténtica y gratuita del acto, con anotación de la fecha y hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.”

Por disposición de la misma norma, cuando el interesado acepta ser notificado por correo electrónico es viable notificar el acto por esta vía, pero entiende la Sala, que tal alternativa no puede ignorar del todo los requisitos atrás mencionados, entre ellos la entrega de la copia del acto y el señalamiento de los recursos que proceden, razón por la cual cuando se notifica por correo electrónico debe adjuntarse el texto completo del acto, pues su incumplimiento como se vio invalida la notificación.

Como el 24 de octubre de 2012, el Jefe del Área de Talento Humano le envió al actor tan solo una comunicación a su correo electrónico, informándole la existencia del Acta No. 013 del 9 de octubre de 2012, sin enviar copia íntegra del acto, la notificación no cumple con los requisitos legales, pues no se notificó el contenido del mismo y el actor no supo los recursos a interponer.

No le es dable a la entidad accionada, motu proprio, suplir el procedimiento de notificación preestablecido con el simple pretexto de que la decisión que contiene el acto es discrecional, pues los recursos de ley proceden igualmente para esta clase de actos.

Considera la Sala que la Junta de clasificación y Evaluación de la Policía Nacional y el Jefe de Área de Talento Humano de la misma entidad vulneraron el debido proceso y el derecho a la defensa del actor por cuenta de la inobservancia del procedimiento para la notificación del acto administrativo por ella expedido, de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo, impidiéndole al actor ejercer los recursos de ley y/o el medio de control pertinente ante el Juez Contencioso Administrativo para controvertir la legalidad del acto.

En conclusión, al no cumplir la notificación del Acta No. 013 de 9 de octubre de 2012 con las exigencias legales, la Sala encuentra vulnerado el debido proceso invocado por el actor. Atendiendo el criterio del Consejo de Estado, se deriva entonces la necesidad de que el

Gobierno Nacional establezca los estándares y protocolos que deben cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, en lo que a la actuación administrativa corresponde, como quiera que, aun cuando el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones preparó un proyecto de decreto en el año 2013 “Por el cual se establecen lineamientos generales en las entidades públicas en el uso de medios electrónicos, se reglamenta el capítulo IV de la Ley 1437 de 2011, y se dictan otras disposiciones”, finalmente, no fue expedido y por tanto, aspectos como la “copia íntegra, auténtica y gratuita del acto” en tratándose de una notificación electrónica, exigiría la expedición de un acto administrativo electrónico que debe gozar de los atributos propios previstos por la Ley 527 de 1999; razón por la que se insiste, la notificación electrónica se surte cuando es enviado el mensaje de datos que adjunto contiene el acto administrativo.

Ahora, en este punto conviene resaltar que, salvo reglamentación del Gobierno Nacional en la materia, si la notificación electrónica es una modalidad de notificación para dar cumplimiento a la notificación personal a través de la entrega del acto administrativo, con las exigencias previstas en la ley, resulta apenas consecuente con la naturaleza del procedimiento electrónico que no se haga necesario el envío de una citación para efectos de surtir la diligencia de notificación personal con concurrencia del interesado en la sede de la entidad, puesto que el procedimiento virtual suple la necesidad de presentación personal de manera física.

En ese sentido, si el administrado ha aceptado la notificación electrónica como forma de ponerle en conocimiento la decisión administrativa, bastará con enviar a la dirección de correo electrónico el acto administrativo, pero cumpliendo con los presupuestos propios de la notificación personal a través de la diligencia de presentación personal, como ya se mencionó; esto es, “copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo”.

Cabe aclarar que la Ley 1437 de 2011 no estableció un plazo o término para enviar la decisión administrativa por correo electrónico; sin embargo, como al tenor del artículo 69 ibídem, el medio electrónico constituye una modalidad de notificación personal y, atendiendo lo señalado previamente por el Consejo de Estado, “tal alternativa no puede ignorar del todo los requisitos atrás mencionados, refiriéndose a los atributos de la copia de la decisión, entiende esta entidad que, si con ocasión de la naturaleza del procedimiento administrativo no es necesario el envío de una citación, en tanto que el objeto de la misma es informar la necesidad de comparecencia de notificación personal, el término previsto para la misma sí sería aplicable para efectos de la notificación electrónica, toda vez que el envío de la citación cede ante el envío del acto administrativo con el fin de que se surta la notificación electrónica y en observancia del procedimiento mismo de la notificación personal previsto en la ley.

No puede entonces desconocerse que todos los trámites relativos a la notificación hacen parte del núcleo esencial del derecho de petición, razón por la que aunque no exista una disposición expresa que señale el término legal para el envío de la decisión a través del medio electrónico, y en ese contexto resulta obligatoria la remisión a los principios de la actuación administrativa, el reconocimiento de derechos no debe ni puede quedar rezagado ante un defecto de la norma de procedimiento; razón por la cual, se entiende que el envío del acto administrativo por medio electrónico deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

Bajo esta interpretación no se desconoce que la omisión del legislador al establecer un término para el envío del acto administrativo por medio electrónico pueda justificarse justamente en el plazo que la misma ley, bien se trate de la 1437 de 2011 o de la 142 de 1994 previó para la respuesta a las peticiones. De este modo, si por ejemplo, en términos generales, para peticiones de información el plazo legal previsto para resolver es de diez (10) días, conforme con el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, modificadorio de la Ley 1437 de 2011 y, por su parte, de acuerdo con el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos, deben responderse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su presentación, resultaría consecuente con la naturaleza del procedimiento electrónico que la administración enviara el acto administrativo que contiene la respuesta dentro de tales plazos e inmediatamente una vez lo expide.

Empero, si el medio electrónico de notificación comporta el equivalente del procedimiento físico; circunstancia que supone todo una forma interna de adelantar la actuación por parte de la administración, los términos de respuesta ser verían notablemente reducidos ante la necesidad de efectuar los trámites internos y formalidades propias de cada entidad; luego para garantizar las prerrogativas de las partes en la actuación, y entendiendo que el medio electrónico es una forma de notificación personal, resulta aplicable el término previsto en el artículo 68 para efectos de envío del acto administrativo.

5.3. NOTIFICACIÓN POR AVISO

Respecto del Decreto 01 de 1984, la notificación por aviso también constituye una novedad, en tanto que la anterior legislación del procedimiento administrativo preveía la notificación por edicto, como subsidiaria de la notificación personal; esto es, la ley la habilitaba siempre que al cabo de los cinco (5) días de enviada la citación para notificación personal, esta no se hubiera podido efectuar. En ese evento se procedía a fijar un edicto en un lugar público de la entidad por un término de diez (10) días y con la inclusión de la parte resolutive.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, el aviso, también como forma de notificación subsidiaria o supletoria, reemplazó la notificación por edicto, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal”.

5.3.1. FORMALIDADES DE LA NOTIFICACIÓN POR AVISO

De acuerdo con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, la notificación por aviso requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que se remita a la dirección, fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil y ii) que indique la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, así como sus plazos y la advertencia de que la notificación se considera realizada al finalizar el día siguiente a la entrega del mismo, aspectos cuyo incumplimiento al tenor del artículo 72 ibídem, suponen que “no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales”; es decir, conllevaran una notificación irregular, salvo las precisiones de cada caso al tenor de la norma en mención.

Se deriva de lo anterior, que la notificación por aviso se compone de tres flancos: i) la elaboración del aviso, ii) el envío y iii) su entrega.

5.3.1.1. LA ELABORACIÓN DEL AVISO

En este punto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no define con exactitud qué es materialmente el aviso, sin embargo, en nuestro entender, el aviso representa el documento contentivo del anuncio y/o advertencia al interesado de la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, razón por la que su naturaleza no obedece a la definición de circunstancia alguna y, por el contrario, representa una constancia que, como ya se mencionó, debe involucrar la información requerida por la norma.

En ese orden de ideas, para efectos de la elaboración del aviso, cuando el artículo 68 ibídem, señala que “El aviso deberá indicar la fecha”, expresión entendida como el momento en el cual la administración lo emite y que, en consecuencia, corresponde a una formalidad o atributo propio de cualquier documento del que se predique su validez, importa en la medida que da noción del término en que la entidad lo elaboró y por ello, la premura con la que debe actuar para su posterior envío, bajo los principios de celeridad y validez de la actuación administrativa.

La determinación de la autoridad que expidió el acto permite materializar el principio de competencia, de manera que señalando este aspecto se garantiza al interesado el derecho a la defensa, en tanto que su indicación lo habilita para intentar la revisión de la legalidad de la decisión tanto en sede administrativa como judicial. En ese mismo sentido, tanto la interposición de los recursos como la indicación de aquellos que proceden, requiere de la manifestación clara y concreta, so pena de violación al debido proceso.

De otro lado, debe incorporarse la anotación o advertencia de que la notificación se entenderá surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino, con el fin de que el interesado tenga certeza del momento a partir del cual puede ejercitar su derecho a la contradicción.

5.3.1.2. EL ENVÍO DEL AVISO

En lo que al envío del aviso se refiere, señala la norma que “Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil (...).

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

(...)"

De la anterior cita se sigue que el legislador estableció dos (2) términos distintos en un mismo contenido normativo:

Por un lado, se refirió al plazo de cinco (5) días, que transcurridos luego de haberse enviado la citación para notificación personal y ésta no se hubiese podido hacer, determina la procedencia de la notificación por aviso y, por el otro, el término de cinco (5) días en los cuales debe permanecer fijada la publicación del aviso en la página electrónica y, en todo caso, en el lugar de acceso al público de la entidad, cuando este procede.

Se destaca así que la ley guardó silencio frente al término en el que debe enviarse el aviso; no obstante el vacío normativo no puede respaldar o dar lugar a que la remisión pueda efectuarse en cualquier momento, pues ello haría manifiesto el prolongamiento injustificado de la etapa de notificación y por contera la afectación de los derechos al debido proceso del interesado y la configuración de la prohibición a la administración establecida en el literal 10 del artículo 9 ibídem, del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 9o. PROHIBICIONES. A las autoridades les queda especialmente prohibido:

(...)

10. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación".

Constituyendo entonces un deber para la administración el de dar atención a las peticiones y siendo la notificación un atributo intrínseco de la actuación administrativa desarrollada para tal fin, el recurso a la aplicación de los principios de la actuación administrativa consagrados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 debe tornarse como obligatorio, en especial aquéllos referidos al debido proceso, responsabilidad, transparencia, publicidad, eficacia y celeridad; los cuales suponen la brevedad en el envío del mencionado aviso; y permiten afirmar que el envío del aviso debe hacerse de manera inmediata o en el menor tiempo posible.

Así las cosas, en principio, ante la inexistencia de un término legal dispuesto expresamente por la norma, que permita contabilizar el plazo para el envío del aviso, será necesario acudir a los principios rectores de la actuación administrativa, so pena de incurrir en las prohibiciones que de manera general contempla la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, como se mencionó en el acápite de notificación electrónica, la entidad no puede ser ajena al hecho de que todos los trámites relativos a la notificación hacen parte del núcleo esencial del derecho de petición, prerrogativa de rango constitucional; por lo que ante la inexistencia de norma expresa que disponga de un término para el envío del aviso, caso

en el cual resulta obligatoria la remisión a los principios de la actuación administrativa, la garantía de derechos debe primar ante los defectos de la norma, luego con el fin de evitar que los diferentes destinatarios la interpreten de una u otra forma afectando así la seguridad jurídica que debe cobijar la actuación, entre la administración y administrado, entiende esta entidad la solución que el efecto útil de la norma puede dar a dicha circunstancia.

Haciendo entonces una confrontación entre lo que disponía en anterior Código Contencioso Administrativo en relación con la fijación del edicto que vino a reemplazar el aviso, es claro que el artículo 45 refería en los mismos términos que el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011:

En ese orden de ideas, la interpretación respecto de la aplicación del artículo 45 del C.C.A., no ofrecía duda alguna; y aunque la dinámica jurídica constantemente permite reevaluar interpretaciones que no se ajustan en un todo a las previsiones estrictas del legislador dando como resultado nuevas teorías del derecho, en el caso que aquí nos ocupa, si bien la valoración puntual sobre la ausencia de término para el envío del aviso remite a otra interpretación distinta, novedosa y por demás, controversial; consideramos que ante la posibilidad de afectar el núcleo esencial del derecho de petición ante la ausencia de un término legal establecido, pero dando prelación al principio de la sustancia sobre la forma y el efecto útil de la norma, el plazo del envío del aviso ha de sujetarse al sentido natural y obvio de la expresión “al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación”; es decir, que al día siguiente de finalizar el quinto (5º) día, esto es, el día seis (6), deberá ser enviado el aviso.

5.3.1.3. PUBLICACIÓN DEL AVISO

Por regla general el aviso debe ser enviado y/o remitido al interesado, no obstante el inciso 2 del artículo 69 distingue una única excepción, en los siguientes términos:

“Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso”.

En los términos de la norma, la publicación del aviso procede en los casos en que se desconozca la información del destinatario; sin embargo aunque su alcance pareciera ser claro bajo una interpretación conforme con el sentido natural de las palabras, lo cierto es que para el sector de los servicios públicos podría comprender innumerables situaciones frente a

las cuales el contexto resulta confuso, en la medida que el sentido de la norma no las contempla.

En efecto, podrían presentarse situaciones como las siguientes:

- Que el inmueble o –predio-, como comúnmente lo denominan las empresas postales, se encuentra cerrado, no hay nadie en el predio o predio desocupado.
- Que la dirección no existe o está incompleta.
- Fuerza mayor, como por ejemplo la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso.
- Aviso rehusado.
- La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario.
- El peticionario no reside en la dirección informada por él.
- No se cuenta con dato alguno de notificación.

La totalidad de circunstancias como las anteriores no pueden ser equiparadas al desconocimiento de la información sobre el destinatario y, en consecuencia, quedan por fuera del marco normativo previsto en el inciso 2 del artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, impidiendo así, contar con plena seguridad jurídica para adoptar decisiones tanto para las empresas como para la entidad en materia de notificaciones y vigilancia y control sobre los prestadores.

En efecto, el desconocimiento de la dirección del destinatario no recae únicamente en el hecho de no conocer la dirección; pues resulta claro que pueden acaecer situaciones que dan lugar a la ignorancia de la misma, bien sea porque luego de enviado el aviso a la dirección de notificación proporcionada por el interesado es devuelta por la empresa de correo argumentando que ya no vive en ese lugar o porque la dirección es errónea o no existe y, en consecuencia, se ignora la dirección del interesado. No obstante, debe tenerse la certeza del desconocimiento de la dirección en cada caso concreto, para lo cual debe obrar constancia o certificación de la empresa de correos en el expediente.

De este modo, de los casos expuestos, los siguientes podrían configurar el desconocimiento de la dirección:

- La dirección no existe o está incompleta.
- El peticionario no reside en la dirección informada por él.
- No se cuenta con dato alguno de notificación.

Así, ante estas situaciones, la superintendencia ha considerado que en aras de garantizar la notificación es procedente la publicación del aviso en la página electrónica de la entidad y en todo caso en un lugar de acceso al público.

En principio, no sucede lo mismo con las demás situaciones planteadas, tales como:

- Que el inmueble o –predio-, como comúnmente lo denominan las empresas postales, se encuentra cerrado, no hay nadie en el predio o predio desocupado.
- Fuerza mayor, como por ejemplo la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso.
- Aviso rehusado.
- La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario.

Lo anterior encuentra explicación en que las tres primeras, e inclusive la relativa la “fuerza mayor”, son situaciones que justifican las condiciones de acceso bien sea al predio o al interesado, pero en ningún caso suponen el desconocimiento de la dirección, ya que bajo tales supuestos la dirección es la que aportó el interesado o, en su defecto, corresponde a aquélla que figure en el expediente o pueda obtenerse del registro mercantil.

Incluso, en tratándose de “La comunicación no ha sido reclamada en la dirección informada por el peticionario”, la imposibilidad de la notificación no obedece a razones imputables a la empresa, sino al interesado, aspecto que no implica el desconocimiento de la dirección, como requisito para la publicación, tal como sucede con el “aviso rehusado”.

Ante estas situaciones, es claro que habiendo activado el interesado el andamiaje de la administración, es apenas consecuente que su “interés” se concentre en la debida atención para obtener una respuesta oportuna y de calidad; luego su negligencia en la recepción del aviso no puede afectar los términos de notificación previsto y hacer imposible la culminación de la actuación.

De este modo, si bien, con anterioridad esta superintendencia de manera general y respecto de aquéllas situaciones que no comportaban como tal un desconocimiento de la dirección, había indicado inicialmente que para lograr la notificación por aviso, la remisión del mismo debía hacerse las veces que fueran necesarias(26) hasta lograr la notificación, o, posteriormente, dependiendo de la razón de la devolución del aviso, intentarse nuevamente la remisión del aviso a la dirección suministrada por el interesado, o en su defecto, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, lo cual supondrá una debida diligencia y se tendría por hecha la notificación al día siguiente de aquél que en que la administración a través de la empresa postal intentó entregar el aviso, para lo cual debería obrar constancia de la devolución del mismo; lo cierto es que no es posible darle unos efectos a la notificación cuando en realidad esta no se surte, pues finalmente la devolución del aviso no acredita el conocimiento de la decisión administrativa por parte del administrado.

Además de suponer unos costos administrativos de mensajería adicionales que previamente no pueden ser presupuestados tanto por las empresas prestadoras como por, inclusive, la misma entidad, cuando por las empresas postales, los avisos son devueltos e interpretar

unos efectos frente a una notificación presunta, se hace nuevamente necesario acudir al efecto útil de la norma y la prelación que guarda el derecho sustancial sobre el procesal.

Siendo así, con el fin de lograr una efectiva notificación por aviso, se hace necesario señalar que en casos que no obedecen estrictamente al desconocimiento de la información del destinatario, habiendo enviado el aviso a la dirección suministrada por el interesado, o en su defecto, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, lo cual supondrá una debida diligencia y con el fin de salvaguardar el objeto de la notificación que no es otro que poner en conocimiento del interesado la decisión administrativa y garantizar los derechos que se derivan del principio de publicidad, tales como el de contradicción y de defensa, una vez devuelto con su correspondiente constancia expedida por la empresa postal, independiente del caso de que se trate, “el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso”.

En este punto y a título netamente informativo, cobra relevancia mencionar que, teniendo en cuenta que estas especiales circunstancias pueden afectar el desarrollo de la actuación administrativa, toda vez que por una parte, ante la imposibilidad de notificar por aviso al interesado, sus derechos podrían resultar mermados, pero por otra, las empresas de servicios públicos en el afán de consolidar la notificación, pueden hacer varios intentos de envío que pueden resultar frustrados, representando así un gasto mayor respecto de aquél contemplado, esta superintendencia estimó la urgencia de que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en calidad de órgano consultivo del Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 237 constitucional y de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 195 de 2004, se pronunciara, entre otros aspectos, en relación con la eficacia de la notificación por aviso, razón por la cual solicitó al Departamento Nacional de Planeación, entidad a la cual se encuentra adscrita, se elevara la correspondiente consulta, quien señaló lo siguiente:

“Ahora bien, revisada la petición que se solicita se eleve ante el Consejo de Estado, se observa que se detallan algunas circunstancias las cuales, a juicio de lo dicho en la solicitud no fueron contempladas por el legislador, y las cuales se subsanan a continuación:

“Además de que pueda llegar a suceder que la administración “desconozca la información sobre el destinatario”, como causal para publicar un acto administrativo luego de intentar la notificación por aviso, podría presentarse que el inmueble o –predio, comúnmente denominado por las empresas postales, se encuentra cerrado, la dirección no existe o está incompleta, fuerza mayor, como por ejemplo la identificación de una zona de alto riesgo o de difícil acceso, o el aviso es rehusado” (subrayado fuera de texto)

Sobre las anteriores situaciones, es preciso traer a colación algunas sentencias en las cuales el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado, en algunos casos semejantes:

- Consejo de Estado. Radicado 228203. Fecha 27 de marzo de 2008. Consejera Ponente: Ligia López

“En conclusión la situación y notificar personalmente el auto inadmisorio del recurso de reconsideración se envió a la dirección correcta, esto es, a la última dirección informada por el contribuyente en su declaración de renta, donde se verificó que estaba en las instalaciones de la sociedad y si notificaron por correo actuaciones anteriores que fueron conocidas por la demandante. La planilla de entrega de certificados de ADPOSTAL que invoca la parte demandante no desvirtúa lo anterior, pues allí se registran de manera abreviada y nombre del destinatario y su dirección, para el caso de la demandante se informa “Gilberto Villegas C5 70-8”. Contrario a lo señalado por el apelante, este documento permite inferir que el aviso se entregó en el lugar indicado en el aviso de citación: Circular 5 No. 70-8 de Medellín. Resulta irrelevante la afirmación de la demandante en el sentido que quien recibió el aviso de citación no tenía la facultad de obrar a nombre de la sociedad, por cuanto está probado que fue enviado a la última dirección registrada por el contribuyente, sin que se hubiera alegado que no se recibió...”

- Consejo de Estado. Radicado 219419. Fecha: 07 de junio de 2006. Consejera Ponente: Maria Inés Barbosa

“De otra parte, la demandante afirma que en las declaraciones de renta de los años gravables 1999 y 2000, incurrió en error al informar una dirección diferente a la consigna en el formato de cambio de dirección, al respecto se advierte, de una parte, que las declaraciones tributarias gozan de la presunción de veracidad, pues los datos en ella contenidos provienen del mismo contribuyente; y de otra parte, que según los principios generales del derecho nadie puede alegar a su favor su propio error o negligencia. En tales condiciones a juicio de la Sala, la notificación por correo del pliego de cargos y de la resolución sancionatoria, se considera surtida en legal forma, pues se remitió a la dirección expresamente informada por el contribuyente, y si éste incurrió en error es un hecho atribuible exclusivamente al descuido del representante legal de la actora, que no puede enervar la validez de la notificación efectuada”.

- Consejo de Estado. Radicado 228203. Fecha 8 de junio de 2001. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié:

“Se reitera que el artículo 565 del Estatuto Tributario contempla varias formas de notificación. Una de estas es la notificación personal y otra es la notificación mediante el envío de copia de la providencia o actuación respectiva, por correo, bien sea por la red oficial o mediante el uso de cualquier servicio de mensajería especializada. Si se aceptara la tesis planteada en la demanda de que el envío por correo debe ser entregado personalmente al contribuyente o a la persona autorizada por este para recibir notificaciones, se llegaría a la conclusión de que la notificación por correo y la notificación por correo y la personal son idénticas. Es más, en estricto sentido, la notificación por correo terminaría siendo “más personal” que la notificación personal misma, ya que en esta última es el interesado quien debe desplazarse a las oficinas

de la entidad a notificarse, al paso que en la notificación por correo -como le entiende la demandante- sería el empleado del correo oficial o de la empresa de mensajería quien debería acudir a la dirección del contribuyente, buscarlo y entregarle personalmente copia de la actuación. En efecto, así como se alega que el portero del edificio en el que se encuentra ubicada la oficina de la contribuyente no estaba autorizado para recibir correspondencia a nombre de la contribuyente, podría alegarse válidamente que un dependiente, o la secretaria, o el auxiliar o, en fin cualquiera de los empleados de la empresa contribuyente no están tampoco autorizados para recibir notificaciones en nombre de la empresa. Por ende, solamente el representante legal podría ser el receptor directo de la correspondencia dirigida a la empresa. Como se puede apreciar, la tesis expuesta en la demanda conduce conclusiones contrarias al espíritu de las normas que regulan el tema de las notificaciones y que, de aceptarse, fácilmente producirían un grado de dificultad extrema en el trámite de las actuaciones administrativas. Para la Sala, la interpretación de las normas que regulan las notificaciones debe consultar la necesidad de garantizar el derecho de defensa de los contribuyentes pero sin hacer imposible el trámite de la actuación”.

Consecuente con lo dicho, se puede concluir que si bien la norma no detalla cada caso o particularidad sobre las situaciones a las cuales se puede enfrentar la administración en la notificación por aviso, pues le sería imposible hacerlo legislador sí se puede concluir que:

a) Ciertos casos se pueden resolver a partir de las reglas generales que establece la norma con la posibilidad incluso de equiparar situaciones a la causal de “desconocimiento” y por tanto cabe aplicar el inciso segundo del artículo 69 del C.P.A.C.A.

b) Algunas de las situaciones particularmente planteadas en la consulta encuadran dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las sentencias referenciadas, según las cuales se enuncian las reglas para surtir la notificación.

c) Haciendo uso de las reglas generales de interpretación normativa, como es el caso de las contenidas en la Ley 153 de 1887, en especial lo establecido en el artículo octavo, el cual indica que: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, sobre lo cual se ocupado la Corte Constitucional en la sentencia T-960 de 2002 y T-734 de 2013, por lo cual también puede acudir a disposiciones que regulen casos semejantes, tal es el caso del Código General del Proceso y de lo establecido en la parte segunda referente a la jurisdicción contencioso administrativo de la Ley 1437 de 2011, siempre que con ello se cumple el propósito de garantizar el debido proceso y demás derechos de los administrados.

Nótese que si bien, con base en los extractos jurisprudenciales relacionados podría colegirse que basta con un único envío del aviso a la dirección proporcionada para efectos de que la notificación se tenga por hecha, no debe olvidarse que los pronunciamientos judiciales aludidos hacen referencia a la materia tributaria que por su naturaleza guarda un régimen especial que no le es aplicable a situaciones también especiales con su propio régimen,

como son las correspondientes a los servicios públicos domiciliarios, de manera que, si bien las conclusiones esbozadas por el Departamento Nacional de Planeación, son de carácter general y aplicables a todas las situaciones, con base en lo aquí expuesto, la publicación del aviso procederá de manera excepcional cuando este sea devuelto, en aras de cumplir con el fin último de la notificación.

No sobra señalar que aunque en este documento se analizan algunas causales de devolución constitutivas de devolución del aviso, la cotidianeidad administrativa conlleva el desarrollo de situaciones novedosas que hacen que no se encuentren contempladas previamente y por ello, la autoridad correspondiente es la encargada de adecuar aquéllas nuevas generadas.

5.4. NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE

En materia de notificación por conducta concluyente el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 conserva el mismo contenido del anterior Código Contencioso Administrativo, señalando lo siguiente:

“ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales”.

De acuerdo con la norma en cita, por regla general, la falta de los requisitos de la notificación conlleva la ineficacia del acto administrativo; sin embargo, el efecto se revierte y de manera excepcional y residual cuando el interesado manifiesta conocer el acto, consiente la decisión o interpone los recursos de ley; es decir que configurada una de las posibilidades planteadas se convalida por mandato legal una situación irregular o a la que le faltan ciertos requisitos.

Sobre el particular, resultan aplicables las consideraciones que al respecto y bajo el imperio del derogado Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, anotó el Consejo de Estado:

“En ésta línea de análisis el artículo 48 del antiguo Código Contencioso Administrativo consagra la figura de la Notificación por conducta concluyente al señalar que los efectos de la falta de notificación o notificación irregular sólo se producirán “a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales”.

De esta forma se ha entendido que por medio de la figura a la que se alude se busca sanear o convalidar la falta o irregularidad en que pudo incurrir la administración al publicitar los actos administrativos y se configura en tanto la parte interesada manifieste por algún medio que conoce la decisión de la administración y conviene en ella aceptándola u oponiéndose mediante la interposición de los recursos respectivos o de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa..

Ahora bien, conviene precisar el alcance del contenido del artículo 72 toda vez que la notificación por conducta concluyente tiene lugar siempre que se de el supuesto de la expresión “Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión”.

En ese orden de ideas, el carácter residual de la notificación por conducta concluyente tiene asidero en el hecho de que el capítulo V del título III de la Ley 1437 de 2011, si bien hace mención a las “PUBLICACIONES, CITACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES”, lo cierto es que en mayor medida está referido a la forma de notificar los actos de contenido particular y concreto, circunstancia que prevé a partir del artículo 66.

De este modo, si la connotación “residual” no va mas allá de aquello que se entiende como “sobrante”, resulta apenas consecuente entender que ese “excedente” se predique cuando se han satisfecho las posibilidades o las necesidades. En sentido, la notificación por conducta concluyente resulta residual de las formas de notificación previstas en el mencionado capítulo V, es decir, de la personal, electrónica y por aviso, -excluyendo de la actos de inscripción o registro que no interesan al régimen de los servicios públicos-; no obstante, de acuerdo con lo dispuesto por el legislador, esta característica se revierte en tanto que si bien se presume de acuerdo con actos del interesado, opera justo cuando la notificación no ha cumplido con el lleno de los requisitos previstos para tal efecto.

Así las cosas, cuando el artículo 72 se refiere a “Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión”, evidentemente está haciendo referencia al incumplimiento o falta de los requisitos propios de cada una de las formas de notificación previstas por capítulo V y por ello, aún cuando aparezca claro que las formas de notificación no pueden tener efectos sin el lleno de los requisitos legales, el legislador estimó que si la parte interesada revela que conoce el acto, consiente la decisión o interpone los recursos legales, se tendrá por hecha la notificación y producirá efectos legales la decisión.

Ahora, desde luego la evidencia de la acreditación de los “requisitos legales” de la notificación se encuentra sujeta a la observancia de las reglas propias del procedimiento administrativo, dentro del cual se incluye la aplicación subsidiaria de los tipos de notificación; ya que si bien puede acreditarse el cumplimiento de los requisitos de cada una de las formas de notificación, lo cierto es que dadas las particularidades de cada caso en concreto y en aras de acreditar que la actuación se ajustó al principio de legalidad, no siempre determinada forma de notificación es aplicable a la situación.

Ejemplo de ello es la prueba de los requisitos de la notificación por aviso cuando ni siquiera se intentó la personal o cuando se acredita la notificación por correo electrónico, pero el interesado solicitó que las notificaciones fueran personales; sin embargo en el contexto planteado, estas precisiones pierden valor, en tanto la conducta concluyente supone un saneamiento de los yerros en el procedimiento de notificación.

De esta manera, "La notificación por conducta concluyente tiene lugar cuando i) la parte interesada revele que conoce el acto, ii) consienta la decisión o iii) interponga los recursos legales (artículo 72, ídem). En estos eventos, si la notificación personal no se ha realizado, pero la persona a quien debe hacerse manifiesta su conocimiento acerca del contenido de la decisión o se refiere a ésta concretamente, se entiende surtida su notificación por conducta concluyente.

; razón por la cual este tipo de notificación no resulta opcional o facultativo de ser elegido por el interesado, pues su aplicación está sujeta a condición legal y de ahí la improcedencia de efectuar alguna manifestación en relación con la voluntad de ser notificado por dicho medio.

5.4.1. REQUISITOS PARA ENTENDER COMO SURTIDA LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE

En relación con la convalidación de una notificación, que de otra forma sería irregular, las posibilidades legales se concentran en:

5.4.1.1. La revelación que hace el interesado sobre el conocimiento del acto

Al respecto, cobra especial trascendencia el hecho de que la revelación por parte del interesado debe consistir en una exposición o declaración de que conoce la decisión ante la autoridad respectiva, pues una manifestación privada sobre el conocimiento del acto administrativo no tiene la entidad de cumplir con los términos previstos por la norma.

5.4.1.2. El consentimiento de la decisión

Esta alternativa conlleva intrínsecamente el conocimiento del acto administrativo, pues no de otra forma el interesado tolera o soporta los efectos de la decisión. Ahora, para que el consentimiento sea válido debe existir una manifestación o acto de la voluntad bien sea expreso o tácito.

5.4.1.3. La interposición de los recursos legales

La formulación de los recursos supone la revelación del conocimiento del acto administrativo, pero no el consentimiento de la decisión; ya que el ejercicio del derecho de defensa y contradicción por regla general se activa cuando el interesado se enfrenta con una decisión que aparentemente afecta sus derechos. Ahora, como quiera que se trata de una situación excepcional el término de interposición de recursos es indeterminable.

5.4.2. EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE

Conviene establecer puntualmente los efectos de la notificación por conducta concluyente, ya que si bien, por un lado y por regla general en cualesquiera actuación administrativa es claro que en el escenario de la demostración de cualquiera de las posibilidades descritas en el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011, la notificación se entiende hecha y produce efectos la decisión; por el otro, y no de menor importancia, la falta de notificación o notificación irregular, de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales, constituye una de las situaciones que al comportar una respuesta no oportuna o tardía, al tenor de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, generan los efectos del silencio positivo administrativo – SAP, en materia de lo actos de negativa del contrato, suspensión, corte y facturación, según el artículo 154 ibídem; es decir en materia de servicios públicos domiciliarios.

En relación con la segunda y excepcional consecuencia, esta superintendencia a través del criterio unificado No. 16 de 2010, acogió la posición establecida por el Consejo de

Estado según el cual para que no se configure el silencio administrativo positivo la respuesta debe darse y notificarse en término, pues “Las actuaciones posteriores a la producción del acto presunto, tales como la respuesta, la interposición de recursos, resolución de los mismos, etc. son inocuas y, por tanto, no surten ningún efecto”.

De este modo aunque es claro que al tenor del artículo 72 de la Ley 1437 de 2011, legalmente la falta o irregularidad de una notificación puede subsanarse a través de la notificación por conducta concluyente, lo cierto es que no puede perderse de vista que las disposiciones que integran la parte primera de dicha ley son de carácter general, aplicables a todos los procedimientos administrativos; mientras que la Ley 142 de 1994, conocida como el régimen básico de los servicios públicos domiciliarios tiene la connotación de especial y por lo tanto preferente en las materias a su cargo; de tal suerte que si el artículo 158 reconoce los efectos favorables sobre una petición que, al tenor del artículo 154 ibídem, no fue resuelta en término, instituyendo así la figura también excepcional del silencio administrativo positivo, la convalidación de una notificación irregular no puede anular los efectos de gracia que una ley especial le ha dado al interesado.

En efecto, aunque en el escenario general de una convalidación de la falta o irregularidad en la notificación al amparo del artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 podría ser posible continuar con la respectiva actuación administrativa dado que es viable interponer los recursos, en materia de servicios públicos esto no es posible porque, se reitera que, vía jurisprudencial las autoridades judiciales han establecido que justamente la notificación irregular equivale a una respuesta extemporánea y en ese sentido, las actuaciones posteriores de la administración no tienen sentido.

Anotado lo anterior, huelga precisar con exactitud la interpretación que sobre el cumplimiento de términos y para efectos de entender la configuración de la conducta concluyente en materia de servicios públicos domiciliarios ha desarrollado esta entidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuentan con quince (15) días hábiles para dar respuesta a los usuarios interesados, pasados los cuales cuentan con cinco (5) días para enviar la citación para notificación personal en los términos del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011. De este modo, es claro que debe acreditarse el envío de la citación, dentro de los cinco (5) días ya referidos, con el lleno de los requisitos que prevé la norma; pues contrario sensu, se configurará el silencio administrativo positivo - SAP y el acto ficto o presunto nacerá a la vida jurídica por virtud de la ley.

No obstante lo anterior, resulta imperativo señalar que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 68 ibídem sólo resulta predicable una vez vencido el término otorgado por la ley, esto es los cinco (5) días anteriormente referidos, ya que no es posible reprochar un presunto incumplimiento respecto de una obligación cuyo término no ha vencido.

Así las cosas, a modo de ejemplo, si una empresa prestadora envió una citación de manera irregular, pero dentro del plazo de los cinco (5) días para efectuarlo el usuario acude a notificarse, el objeto de la notificación se ha cumplido de modo concluyente y, en consecuencia, se entiende que el interesado conoce el contenido de la decisión; de manera que no puede predicarse el incumplimiento normativo y por contera, la configuración del silencio administrativo positivo – SAP.

En ese contexto, el Silencio Administrativo Positivo - SAP no se origina si la causal que se pretende para soportar su ocurrencia es la inexistencia de respuesta en virtud de la falta de notificación por no envío de la citación o envío de una citación errónea, cuando el usuario acude a notificarse dentro del plazo de los cinco (5) días para dicha citación.

Situación distinta obedece a aquélla según la cual, si dentro del término de los cinco (5) días el usuario acude a notificarse de modo concluyente y evidencia que el acto de respuesta no ha sido expedido aún, o existe prueba de que no fue expedido dentro del plazo de los quince (15) días otorgado por la ley, pues si bien la causal sigue siendo la inexistencia de respuesta, ella se origina en el incumplimiento del plazo máximo para su expedición.

6. LAS COMUNICACIONES

Aunque el capítulo V de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, tal como se anotó previamente, fue denominado como “PUBLICACIONES, CITACIONES, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES”, su contenido no hace referencia a las comunicaciones; de modo que las consideraciones que aquí se efectúan estrictamente obedecen a una interpretación doctrinal que en el proceso de adopción de las decisiones han justificado su análisis.

En esos términos, las “disposiciones generales” del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contienen algunas referencias a las comunicaciones cuando hace alusión a los principios de la actuación administrativa, especialmente al de publicidad, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

(...)” (Resaltado fuera de texto).

De igual manera, conforme con el numeral 10 del artículo 9 ibídem, se eleva a la categoría de prohibición la demora en forma injustificada de la producción del acto, su comunicación o notificación.

Revisado el contenido de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, se observa que en relación con en el trámite del procedimiento sancionatorio, el artículo 47 concibe la comunicación de la existencia de “méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio” al interesado, sin señalar la forma como debe efectuarse, las condiciones de la “comunicación” se encuentran dispuestas en el artículo 37 cuando hace referencia al “DEBER DE COMUNICAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS A TERCEROS”, indicando que la misma “se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente”.

Nótese entonces que en el caso de la comunicación de actuaciones administrativas a terceros, la forma de ponerlos en conocimiento, se encuentra sujeta al principio de eficacia, conforme con el cual, a la luz del numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, “las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.

Inclusive, el trámite de “conflictos de competencias administrativas” del que trata el artículo 39 ibídem, actuación que no guarda relación con el procedimiento administrativo sancionatorio, salvo porque se trata de uno de los procedimientos administrativos contemplados por el código, señala que en los eventos constitutivos de tal trámite, “recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados”

De esta manera, la Ley 1437 de 2011 no estableció en un artículo específico las condiciones, los términos, ni los actos susceptibles de notificación; no obstante, reiterar que debe efectuarse por un medio eficaz, aspecto que sólo puede materializarse si el medio utilizado permite determinar la fecha en que el interesado se informó de la actuación.

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta entidad, salvo que exista norma expresa que disponga la comunicación de determinado acto administrativo, ésta operará de forma residual para aquéllos actos en que independiente de que sean de carácter particular y concreto o surtan un efecto individualmente considerado la ley no haya previsto una forma especial de poner en conocimiento al interesado o terceros interesados la decisión.

Así, actos como el que decreta pruebas o aquél que informa una actuación sancionatoria a un tercero deben ser comunicados en aras de garantizar el principio de publicidad.