

# ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

*Roberto Laguado Giraldo\**

A mis maestros: DARÍO LAGUADO y JORGE IBÁÑEZ

## RESUMEN

El estudio analiza la problemática legal en torno a la validez del acto administrativo expedido por medios electrónicos, según las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que sustentan la actuación administrativa. Se identifican los inconvenientes legales presentes en ese proceso de inmaterialización de la actuación administrativa y se trata de definir un rumbo a seguir a partir de ejemplos de experiencias extranjeras y de proyectos de normativa local.

Se concluye finalmente, que el ordenamiento jurídico colombiano no aporta fundamento legal para que el acto administrativo pueda expedirse a través de medios electrónicos y que además, es necesario reformular instituciones clave y concomitantes a la eficacia de ese acto, tales como la notificación, publicación de los actos y el domicilio de los administrados y las entidades públicas.

El artículo analiza el estado del arte en la materia (en Colombia), los conceptos y las regulaciones necesarias para el nacimiento y desarrollo de la teleadministración pública y sus procedimientos.

**Palabras clave:** actos administrativos, medios electrónicos, gestión pública, teleadministración.

*Fecha de recepción:* 12 de mayo de 2003.

---

\* Abogado javeriano, especialista en derecho comercial y candidato a especialista en derecho administrativo de la misma universidad; asesor del proyecto de Contratación pública del Banco Mundial – Departamento Nacional de Planeación.

## ABSTRACT

*This paper analyzes the legal issues surrounding the Administrative Act in electronic form and its entire legal validity, based on the study of Law 527-1999 and the administrative proceedings regulation. This paper further identifies the legal obstacles related to the process of teleadministration and attempts to define and create a road map that Colombia should follow, based upon foreign regulations and knowledge, as well as bills of local law and draft regulations.*

*The paper concludes that the Colombian legal framework does not allow for the Administrative Act in electronic form and consequently recommends a reformulation of key public administration regulatory institutions. This reformulation is vital for the feasibility of the Administrative Act, such as its notification and publication, as well as for the domicile of citizen and state agencies.*

*Additionally, this document further analyzes the state-of-the-art of the Administrative Act in electronic form in Colombia including the concepts and regulations necessary for both the birth and development of telematic management of public administration and its proceedings.*

**Key words:** *administrative act, electronic media, teleadministration, public management.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

1. MODERNIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COLOMBIANA A TRAVÉS DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
2. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA
  - 2.1. El acto administrativo electrónico y el concepto clásico del acto administrativo
    - 2.1.1. El acto administrativo como documento electrónico
    - 2.1.2. La firma del agente público. Posible inconveniente
  - 2.2. El marco legal colombiano para la admisibilidad del acto administrativo por medios electrónicos
    - 2.2.1. Las dos posiciones sobre el tema
    - 2.2.2. Nuestra posición

### 3. DOS CONSECUENCIAS DE LA APARICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO: LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA Y EL DOMICILIO VIRTUAL

- 3.1. La notificación electrónica
- 3.2. El domicilio electrónico

#### CONCLUSIONES

1. No hay obstáculo para su creación
2. No hay un marco legal adecuado
3. Se necesita una regulación para impulsar la modernización de la administración pública y el derecho administrativo colombiano
4. El acto administrativo electrónico es mejor que el acto con soporte en el papel
5. El problema de la firma digital no está resuelto
6. Será necesario mantener un paralelismo papel-documento electrónico

#### INTRODUCCIÓN

ORTEGA RIVERO<sup>1</sup> considera que actualmente la filosofía de la administración no es la misma que antes, y que hoy tenemos un sector público competitivo, un Estado que quiere adelgazar, una administración que utiliza nuevas técnicas de dirección, un Estado que quiere ser más eficiente para ser mejor aceptado por los ciudadanos. En últimas, estamos frente a la renovación de las instituciones administrativas.

Al mismo tiempo, la informática y la tecnología están reinventando la administración pública, fomentando mayores canales de intercomunicación sin olvidarse del necesario control y del respeto de las garantías de los administrados<sup>2</sup>.

Las modernas herramientas tecnológicas permiten asegurar, incluso con mayores dosis de certeza que los instrumentos tradicionales, el correcto uso de las potestades administrativas y la salvaguarda de la plena integridad de los derechos y libertades<sup>3</sup>.

---

1 ORTEGA RIVERO, RICARDO, "La renovación de las instituciones jurídico-administrativas: prospectivas del derecho administrativo español", en, revista *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 96, junio de 1999, pág. 371.

2 En Colombia contamos, por ejemplo, con programas como la Agenda de conectividad ([www.agenda.gov.co](http://www.agenda.gov.co)), con un portal único de Contratación pública ([www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co)), con una estrategia anticorrupción en la contratación con base en el uso de la Internet (decreto 2170 de 2002) y con una política general de *E-government* ([www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co) y [www.vicepresidencia.gov.co](http://www.vicepresidencia.gov.co)).

3 VALERO, JULIÁN, "Las relaciones con la administración pública mediante sistemas electrónicos, informáticos y telemáticos", Alfa-Redi: *Revista de Derecho Informático*, SIN 16815726.

Si bien el empleo de la informática, la electrónica y la telemática en la actividad administrativa suponen importantes posibilidades tanto desde el punto de vista de la mayor eficacia de la actividad administrativa como desde el prisma de la mejor satisfacción de los derechos e intereses del ciudadano, los peligros potenciales que encierra su utilización indebida o descuidada también son más intensos como consecuencia, fundamentalmente, de las facilidades que ofrece en relación a la circulación de los datos personales y con la automatización irracional de los procedimientos administrativos. La seguridad debe convertirse, por tanto, en la principal preocupación tanto de las normas jurídicas que regulen su uso como de las autoridades y funcionarios responsables de su adecuada aplicación. Ahora bien, dadas las eficaces garantías que en la actualidad presentan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, resulta imprescindible realizar un importante esfuerzo por dejar a un lado una mentalidad desfasada que convierte en falsas barreras las incapacidades personales para adaptar el derecho a la nueva realidad.

En este sentido, es preciso constatar la existencia de numerosas técnicas capaces de proporcionar a los documentos generados mediante las nuevas tecnologías mayor certeza incluso que las medidas de seguridad convencionales: la utilización de claves de usuario personales, la identificación a través del reconocimiento de rasgos biométricos, las modernas técnicas de encriptación, la creación de autoridades certificadoras o la implantación de sistemas de auditoría de seguridad son técnicas que están siendo utilizadas con plenas garantías en el ámbito privado y que, con la necesaria adaptación, podrían convertirse en útiles instrumentos al servicio de la actividad administrativa<sup>4-5</sup>.

Por otro lado, las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones ofrecen una oportunidad fundamental para el incremento de la eficacia, la transparencia y el acometimiento de los fines estatales. Será el uso de la Internet el factor determinante para lograr tales beneficios.

Ahora bien, el uso de los medios electrónicos en la gestión pública, no pasa de ser un ideal y un concepto revolucionario. Un cúmulo de barreras salen al paso cuando en Colombia hablamos de una actuación administrativa por medios electrónicos. Al lado de la indiferencia que los empleados públicos tiene por su propia capacitación, de las barreras culturales de la población y de las económicas que limitan a ciertas oficinas públicas, están los obstáculos jurídicos que impiden la masificación y socialización de la teleadministración —tal como lo han llamado en otras latitudes—, y por eso conviene analizar las bases legales existentes para

---

4 *Ibidem*.

5 La Ley 30 de 1992 española, es un ejemplo de invitación a que el particular se relacione con la administración pública por medios electrónicos, normativa con más de diez años y que demuestra un serio interés en alcanzar la comunicación electrónica entre administración y administrado.

propiciar el avance y la incorporación de los medios técnicos en la gestión pública y la administración estatal. Para ello, a lo largo de este trabajo, me voy a centrar en analizar un tema definitivo a la hora de estudiar la posibilidad de que la administración pública actúe por medios electrónicos, esto es, la regulación jurídica del acto administrativo expedido por esos medios<sup>6</sup>.

Pretendo pues, averiguar si hoy en día la ley colombiana aporta el sustento suficiente para que la manifestación de la voluntad de la administración se vea reflejada en un documento electrónico, y produzca sus efectos válidamente sin menoscabo de los derechos de los administrados. El análisis se apoya en el estudio de las leyes vigentes sobre comercio electrónico y sobre actuaciones administrativas, así como en el examen de los pronunciamientos de las altas cortes y en las lecciones que resultan del derecho comparado.

## **1. MODERNIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COLOMBIANA A TRAVÉS DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS<sup>7</sup>**

Como ha sucedido en otros países latinoamericanos, los primeros intentos por regular los mensajes electrónicos de datos han tenido por ámbito de aplicación a la administración pública. Un primer antecedente en la legislación colombiana es el decreto 2150 de 1995, por medio del cual se buscó la simplificación de trámites ante las entidades estatales. En su art. 26 se establece lo siguiente:

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

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares”.

---

6 Espero se sobreentienda que no me limito a teorizar sobre los actos de los órganos administrativos, sino más bien, a los actos ejercidos en eventos de función administrativa, casos en los cuales quedan cobijados los órganos legislativos y jurisdiccionales cuando expiden actos administrativos. Cfr. SAYAGUES LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1963, pág. 43; ALESSI, RENATO, *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970, pág. 12 y, por todos, PENAGOS, GUSTAVO, *El acto administrativo*, 4ª edición, Librería del Profesional, Bogotá, 1987, pág. 41.

7 Un buen ejemplo de lo que debe ocurrir al respecto, lo constituye el documento de *Racionalización de las políticas de administración electrónica en la Unión Europea*, estudio realizado por la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea, Madrid 25 y 26 de 2002.

A mi juicio, lastimosamente esta disposición ha sido insuficiente para la teleadministración pues no define las reglas de equivalencia funcional para los mensajes de datos de la administración pública, ni su validez probatoria. Tampoco define la interacción que debe existir con la infraestructura de clave pública existente en Colombia; ni define las reglas del EDI<sup>8</sup> entre entidades públicas, aspecto básico para la interacción estatal. En consecuencia, su aporte para el desarrollo de la gestión pública es mínimo. Sin embargo, en la práctica, esta disposición se aplica y ha venido operando ya que, casi a la fuerza, la incursión de la tecnología obligó a que las entidades públicas la cumplieran.

Posteriormente, en el año 1999, se expidió el decreto 1122, el cual fue declarado inexecutable por vicios de forma, mediante sentencia de la Corte Constitucional C-923/99. Este decreto contenía múltiples disposiciones sobre el tema, a saber:

- a. En su artículo 8° expresamente autorizaba a la administración pública y a los particulares que cumplen funciones públicas, para el empleo de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, estableciendo las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso fueran convenientes.
- b. El decreto permitía presentar peticiones, quejas o reclamaciones ante cualquier autoridad, a través mensajes de datos. Exigía que las entidades públicas compilaran las regulaciones sobre los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a las peticiones, actuaciones, solicitudes o quejas (art. 10°). Esta información debía ser actualizada permanentemente y publicada en medios impresos o electrónicos que facilitaran su acceso a través de redes de información, como la Internet.
- c. De acuerdo con el art. 16, en toda entidad u organismo público o privado encargado de cumplir funciones públicas o de prestar servicios públicos, se debería informar al público acerca de los siguientes asuntos<sup>9</sup>:
  - Normas básicas que determinan su competencia.
  - Funcionamiento de sus distintos órganos y servicios.
  - Regulaciones, procedimientos y trámites a los que estaban sujetas las actuaciones de los particulares, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias

---

8 Electronic Data Interchange.

9 Pareciera la expresión reglamentaria de la Directiva 02 de 2000 sobre agenda de conectividad.

responsables y los plazos dentro de los cuales deberán cumplir con las etapas previstas para cada caso.

→ Localización de las dependencias y horarios de trabajo.

Luego, con el decreto 266 de 2000, inexecutable igualmente, que modificaba el 2150 de 1995, se volvió a intentar el establecimiento de un marco regulatorio para la utilización de medios electrónicos en la administración pública<sup>10</sup>. No obstante los mandatos de la Ley 527 de 1999, este reglamento autorizó el uso de medios electrónicos, esta vez, para las actuaciones electrónicas que la administración pública hiciera por medios. En efecto, el artículo 4º de la norma citada disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 4º. Medios tecnológicos. Modifícase el artículo 26 del decreto 2150 de 1995, el cual quedará así:

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

Toda persona podrá en su relación con la administración hacer uso de cualquier medio técnico o electrónico, para presentar peticiones, quejas o reclamaciones ante las autoridades. Las entidades harán públicos los medios de que dispongan para permitir esta utilización.

Los mensajes electrónicos de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria será la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección III Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

Parágrafo. En todo caso el uso de los medios tecnológicos y electrónicos deberá garantizar la identificación del emisor, del receptor, la transferencia del mensaje, su recepción y la integridad del mismo”.

Lastimosamente, el artículo 4º citado, no fue definitivo respecto del tema que ahora nos ocupa, es decir, no autorizaba expresamente la posibilidad de sustanciar actuaciones y producir actos administrativos, por medios electrónicos. Sin duda,

---

<sup>10</sup> También se deben destacar los avances en la materia, en punto de administración de impuestos, en donde se permitió la remisión de información contable con las recientes resoluciones 10537 y 10540 de octubre 29 de 2002, de la DIAN.

era un gran avance, y a mi juicio, con sus mandatos, la teleadministración hubiera tenido una mejor acogida y recibo en el actual ordenamiento jurídico.

Según lo anterior, Colombia ha sido consciente de la necesidad de introducir en sus actuaciones administrativas el uso de medios técnicos y los decretos 2150 de 1995, 1122 de 1999 y 266 de 2000 así lo demuestran. Aunque las normas citadas permitirían establecer el marco legal para identificar los límites y el alcance que podrían tener los actos administrativos expedidos por medios electrónicos, considero que el marco legal actual no permite que la gestión de la administración se desarrolle por medio de estas herramientas, aunque el decreto 2150 de 1995 en sus normas pertinentes incluyan una limitada posibilidad de hacerlo.

Podría pensarse que la solución a las lagunas que generan las normas de derecho público está en la Ley 527 de 1999. Sin embargo, como se verá más adelante, la Ley 527 no aporta las herramientas jurídicas necesarias para que la administración pública pueda interactuar por medios electrónicos. En efecto, el espíritu y finalidad de la Ley 527 de comercio electrónico no fue la de dotar a la administración de instrumentos jurídicos para la realización de sus funciones. Por el contrario, su objeto fue el de generar un marco jurídico para las negociaciones electrónicas entre comerciantes, lo cual no significa que esta ley sea totalmente ineficiente, sino por el contrario, que al menos una parte de la relación electrónica con la administración tiene amparo legal, ya que sus actuaciones estarían cubiertas por la norma de comercio electrónico.

En razón de lo anterior, cursa actualmente en el congreso el Proyecto de Ley 069 de 2001 Senado Acum.123/01 Senado (Comisión Primera)<sup>11</sup> que trata de solucionar los vacíos de la Ley de Comercio Electrónico y abre espacio a la administración electrónica, modificando el artículo 26 del decreto 2150 citado. Además de dictar 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, este proyecto de ley establece algunas bases legales para que los agentes públicos puedan empezar a realizar trámites y procedimientos administrativos por medios electrónicos. Ellas se sintetizan así<sup>12</sup>:

- Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la administración pública emplearán cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia

---

11 *Gacetas del Congreso* 263/2002, 565/2001, 393/2001, 504/2002, 200/02, 283/02, 502/02, 503/02

12 Artículos 9º y 10º.

en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

- Toda persona podrá presentar peticiones, quejas o reclamaciones, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la administración pública.
- Los mensajes electrónicos de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria será la otorgada en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del capítulo 8 del título XIII, sección tercera, libro segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.
- Las entidades y organismos de la administración pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.
- En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos deberá garantizar la identificación del emisor, del receptor, la transferencia del mensaje, su recepción y la integridad del mismo.
- Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La administración pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los 5 días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación de publicarlos en el *Diario Oficial*.
- Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.
- El valor probatorio de las reproducciones de esta información estará sujeto a las condiciones señaladas en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen.

Este proyecto es de gran importancia conceptual y jurídica pues reconoce, de entrada, que la Ley 527 de 1999 por sí sola no es suficiente para regular la telemática de administración pública y es por eso que incorpora sus reglas, pero, definiendo y generando el marco general teórico sobre el cual ella será aplicable. Es decir, primero

autoriza a la administración a utilizar medios electrónicos y luego trae las disposiciones ya plasmadas en otra norma.

Le falta, en nuestro concepto algo muy importante: una expresa autorización para que los actos administrativos se produzcan y sustancien por medios electrónicos, así como la regulación de los medios de notificación y publicación vía Internet, temas que esperamos sean incluidos en el texto de la norma en el transcurso del trámite legislativo restante.

Otros países nos llevan la delantera a la hora de generar marcos legales para la teleadministración y para la expedición de actos administrativos electrónicos. España ha sido pionero en la tarea de generar normas para que el Estado pueda interactuar dentro de sí mismo y con los particulares a través de medios tecnológicos, expidiendo actos administrativos, y desde 1992, con su Ley 30, dispuso los principios técnicos que debían estar presentes dentro de la actuación de la administración. Con el artículo 45 de esta ley se dio lugar a la “incorporación de medios técnicos” marcando un ejemplo digno de seguir. La norma en cita presenta el siguiente tenor literal:

- “1. Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.
2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las administraciones públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.
3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.
4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las administraciones públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características”.
5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes”.

Vale la pena anotar que este esfuerzo normativo es anterior a la expedición de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNICTRAL, meritoria y significativa expresión del deseo de modernización. Este tipo de normatividad que acabamos de ver es el que aporta las bases jurídicas para la implementación de un sistema de implementación de actos administrativos electrónicos. Colombia, lastimosamente ha intentado acercarse al uso de medios electrónicos dentro de la administración, pero todavía no ha definido un rumbo claro.

El problema que plantea esta temática radica en que sin contar con instrumentos jurídicos para validar las actuaciones telemáticas de la administración pública, todas sus manifestaciones volitivas unilaterales, decisiones y pronunciamientos generales o particulares, quedarán relegados al papel hasta que una norma de derecho positivo le dé sustento al uso de medios tecnológicos.

## **2. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA**

El problema jurídico que ahora planteamos tiene dos fuentes distintas. La primera fuente radica en el concepto de acto administrativo y la segunda en el marco legal colombiano y en concreto, en el marco legal del uso de medios electrónicos.

El primero es superado conceptualmente y el segundo es la cortapisa que obstruye e impide que el primero fluya libremente.

### **2.1. El acto administrativo electrónico y el concepto clásico de acto administrativo**

La forma escrita es el modo de producción más frecuente de los actos administrativos que manifiestan la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo de la administración pública. Como resulta evidente, esta forma escrita viene impuesta en la mayor parte de los actos por razones de seguridad y constancia, además debido a que los actos deben motivarse, notificarse, publicarse, firmarse y en general atravesar el sendero reglado del procedimiento administrativo.

La jurisprudencia<sup>13</sup> tiene claro que el acto administrativo, es decir, aquel que expresa una declaración de voluntad de la administración, contiene elementos esenciales: la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación

---

13 Consejo de Estado, Sección Primera, CP: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, Santafé de Bogotá, D.C. febrero 17 del año 2000, radicación: 5694.

y la finalidad. La necesidad de que el acto administrativo cumpla con todos los elementos esenciales que se han mencionado atañe, no sólo a la correcta gestión pública, sino, además, al interés del destinatario de la decisión administrativa y en tal medida su omisión ha sido calificada como vicio de nulidad. De manera que plasmada la voluntad de la administración mediante la expedición de un acto administrativo, si se cumplen las reglas y requisitos establecidos en el procedimiento, éste se encuentra perfeccionado. Para desvirtuar la presunción de legalidad que le es propia, debe probarse vicio de nulidad, que en nuestro medio se encuentra regulado en el artículo 84 del CCA.

El profesor GORDILLO, plantea una posición sobre el tema que ahora nos ocupa, y a la cual adherimos con reserva de practicidad, según la cual nada obsta para que el acto administrativo pueda revestir una forma digital o informática. El profesor argentino anota lo siguiente:

“Los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel. El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia. Así como una luz roja es suficiente para transmitir al conductor de un vehículo la prohibición de avanzar, así también un haz de luz o un holograma puede transmitir otro tipo de mensaje, como también lo puede hacer cualquier soporte físico capaz de contener la información digitalizada de que se trate, en tanto sea comprensible por las personas a las cuales va dirigida”<sup>14</sup>.

En relación con el acto administrativo se debe recalcar que la regla general consiste en que está rodeado de formalidades para su formación —salvo los casos excepcionales de actos gestuales, signos y actos verbales<sup>15</sup>—, que están concebidas como garantía del ciudadano y como tales deben ser aplicadas e interpretadas; en ese sentido, en la formación de acto debe cumplirse un *iter* concreto a través de determinadas formas de manifestación<sup>16</sup>. Por forma se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa<sup>17</sup>.

---

14 <http://www.agustingordillo.net/Pdf/3-6/3-6<sup>a</sup>VII.pdf> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*, capítulo VII, Los actos administrativos como instrumentos públicos.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1998, pág. 551.

16 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *ibídem*; en el mismo sentido, <http://www.agustingordillo.net/Pdf/3-6/3-6<sup>a</sup>X.pdf>. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*, capítulo X, Formalidades. FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, pág. 337, citado por DROMI, ROBERTO, *El acto administrativo*, 3ª edición, Ed. Ciudad de Buenos Aires, 1997, págs. 65-67.

17 DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, 7ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 239.

La forma de documentación preferida del acto administrativo es, desde luego, la escrita, que además constituye la regla general, aunque,

“cabe advertir *ab initio* que así como (ese acto) pudo en la historia estar representada por piedras, tábulas, papiros, etc., para pasar recientemente al papel, abarca cualquier soporte físico que la tecnología produzca evolutivamente con algún grado de certeza expresarse el acto por medio de la escritura permite fundamentar más acabadamente la decisión y permite también valorar debidamente la legitimidad del acto”<sup>18</sup>.

La forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administradores, pero realmente, no es más que el soporte físico del acto administrativo pues lo que realmente importa es su contenido. En ese sentido, puede verse cómo en siglos pasados el papiro era el medio más seguro y eficiente para soportar las comunicaciones de la autoridad; o, cómo en décadas pasadas las decisiones de gobierno se elaboraban en una máquina de escribir. Así, la escritura no es más que un medio instrumental del acto administrativo.

Hay que preguntarse entonces: ¿hoy en día, el papel es el único medio legalmente idóneo para soportar algún escrito? De alguna forma la respuesta a esa pregunta es la misma que responde la pregunta, ¿es posible expedir actos administrativos por medios electrónicos?<sup>19</sup>.

En nuestro concepto, el acto administrativo puede revestir la forma electrónica ya que lo que realmente ocurre es que se cambia el soporte del acto, que sigue revistiendo una forma escrita, pero no se altera su sustantividad. El concepto importante, en este caso es el de documento. El acto administrativo tradicional se soportaba en un documento papel, de forma escrita. Lo que propongo ahora es aceptar que se siga soportando el acto administrativo en un documento, también de forma escrita, pero esta vez, en un documento electrónico. Se reitera, lo que cambia es sólo el soporte y no la sustantividad.

Sin embargo, aunque podamos superar la inmaterialidad del acto no es fácil darle equivalencia con el papel a dicho documento electrónico. Esto implica, como se verá más adelante, que aunque podamos superar la limitación del soporte, tal vez no podemos darle validez jurídica y probatoria al mismo.

18 GORDILLO, *ibídem*.

19 El profesor GORDILLO trae algunos ejemplos prácticos, concretos y actuales: “(...) como lo acredita hace tiempo en el derecho privado la microfilmación de cheques en los bancos, luego la digitalización de los comprobantes de gastos por las empresas de tarjetas de crédito, los cajeros automáticos, las compras por Internet, las operaciones telefónicas en directo o por *voice mail*, la transferencia bancaria de fondos por vía telefónica o de *modem*, la compraventa de acciones por órdenes emanadas de un programa de computación que tiene determinado de antemano los niveles de compra o de venta, la contratación de filmes por la televisión satelital, todo lo cual va progresivamente generalizándose con soporte filmico, magnético, electrónico, etc., pero no ya de papel, al menos en el comercio privado” GORDILLO, *op. cit.*, *ibídem*.

### **2.1.1. El acto administrativo como documento electrónico**

En términos amplios debe entenderse por documento cualquier objeto que contenga una información, que narra, hace conocer o representa un hecho, cualquiera sea su naturaleza, su soporte continente, su proceso de elaboración o su tipo de firma. Los elementos propios de esta noción amplia, son la existencia de un soporte en que constan, un medio que se emplea para grabar los signos, un lenguaje o idioma y un mensaje de contenido. De ahí que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, exprese que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos soportados en medios magnéticos no responden al concepto tradicional o restringido de documentos manuscrito en soporte papel, sino al amplio. Por exclusión, entendemos que constituye un documento no electrónico, aquel que es elaborado por las formas tradicionales, sean estos manuales, mecanográficas o fotográficas.

Al hablarse de documentos electrónicos se alude a casos en que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad expresada en las formas tradicionales, y en que la actividad de un computador o de una red sólo comprueban o consignan electrónica, digital o magnéticamente un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses preexistentes. Se caracterizan porque sólo pueden ser leídos o conocidos por el hombre, gracias a la intervención de sistemas o dispositivos traductores que hacen comprensibles las señales digitales.

Se puede decir que los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel, y en consecuencia el acto administrativo electrónico contiene los mismos que un documento tradicional de papel, es decir:

- a. Constan en un soporte material (cintas, disquetes, circuitos, chips de memoria, redes). Todo documento como hemos visto, requiere para su representación de un soporte. Entendemos por soporte todo substrato material sobre el que se asienta la información; es el elemento que sirve para almacenar la información para su tratamiento (recuperación, reproducción) posterior.

La representación de un hecho mediante un objeto, para que tenga valor documental, debe expresarse por un medio permanente, que permita su reproducción, que es la forma por excelencia de su representación. Como vemos,

el documento es una cosa, un objeto, con una significación determinada. Una de las partes del objeto documento, es el soporte, y en tal sentido, el papel es exclusivamente una especie del género soporte.

Si se acepta esta noción, debemos reconocer que además del papel, existen otros elementos que pueden cumplir la función de soporte documental. Podemos incluir en este género a los soportes electrónicos y ópticos, que son elementos que sirven para almacenar la información escrita para su tratamiento electrónico, y que, constituyen la memoria auxiliar del computador como los discos rígidos, disquetes, discos compactos, cintas magnéticas, etc. En tal sentido, los soportes magnéticos (cintas, discos magnéticos u ópticos), pueden considerarse equivalentes al soporte papel, en tanto sea capaz de contener o almacenar información escrita para su posterior reproducción con fines representativos.

- b. Contienen un mensaje, en lenguaje electrónico. Así como el documento papel contiene un mensaje escrito, el documento electrónico también manifiesta una voluntad, un deseo, conocimiento y en general la misma clase de información que se puede consignar en un medio escrito tradicional. La técnica permite, incluso, consignar más elementos de los que se podría incluir en un texto manuscrito.

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

- c. Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica. Sobre la firma digital nuestra legislación contempla en su artículo 7° de la Ley 527 de 1999, que cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos, para indicar que el contenido cuenta con su aprobación y que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito que persigue el mensaje, motivo por el cual fue generado o comunicado. Sobre este punto volveremos más adelante.

Ahora bien, volvamos un poco atrás, para aterrizar más la conclusión a que quiero llegar. Hemos dicho que el acto administrativo supera la voluntad interna

de la administración y se manifiesta en forma externa, y que en la mayoría de las veces esa forma externa es la escritura. ¿Por qué escrito? Por varias razones que la doctrina española más reconocida nos recuerda<sup>20</sup>:

- Porque los actos deben notificarse o publicarse.
- Porque al expresar una innovación en el mundo jurídico exige que se deje constancia expresa de ello (en la mayoría de las veces).
- Porque sólo el medio escrito asegura la certidumbre de producción del procedimiento administrativo (expediente).

Estando de acuerdo con la doctrina citada quiero precisar, según lo que hemos dicho anteriormente, que el acto administrativo que consta en un documento electrónico también asegura lo recientemente expresado pues, también es un documento y también es escrito. Ahora bien, en mi opinión, el acto electrónico podría servir de mayor garantía que el acto clásico de papel, por lo siguiente:

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

La discusión que estamos propiciando tiene raíces, indirectamente, en GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ, al expresar que:

---

20 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 553.

“no hay que confundir la forma escrita de producción (del acto administrativo) con la forma escrita de constancia”<sup>21</sup>.

Y en PENAGOS, cuando afirma que,

“normalmente el acto administrativo, debe aparecer instrumentado en alguna forma, para los efectos de probar su existencia y los efectos de de él se derivan”<sup>22</sup>.

Así de claro: esa constancia o esa forma puede ser en papel, o en un archivo electrónico.

Finalmente, debemos observar el contenido mismo que debe quedar escrito, ya sea sobre el papel o a través de *bits*. En efecto, el Código Contencioso Administrativo no define qué se debe escribir en el acto administrativo. Realmente, la doctrina y la jurisprudencia han establecido los elementos sustanciales que debe reflejar el acto administrativo, de modo que las autoridades pueden elaborar escritos diferentes cada uno de ellos, pero mientras cumplan y contengan los requisitos esenciales no podrán anularse. Estos requisitos, repetimos, son: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma<sup>23</sup>.

En cuanto al contenido mismo del acto, la doctrina argentina<sup>24</sup> nos da una idea de lo que debe contener el acto:

- 1) lugar y fecha de emisión;
- 2) mención del órgano y entidad de quien emana;
- 3) expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa; y
- 4) individualización y firma del agente interviniente<sup>25</sup>.

### **2.1.2. La firma del agente público. Posible inconveniente**

Hemos visto que el acto administrativo, al revestir la forma escrita, debe estar firmado por el agente que transmite la voluntad de la administración. Quiero

---

21 *Ibíd.*

22 PENAGOS, *op. cit.*, t I, pág. 214.

23 Consejo de Estado, Sección Primera, julio 4 de 1984, expediente 4261, CP JACOBO PÉREZ ESCOBAR.

24 DROMI, ROBERTO, *op. cit.*, pág. 239.

25 En el mismo sentido, respecto de órganos colegiados existen formas especiales, al respecto DROMI precisa lo siguiente: “En los órganos colegiados se labrará un acta de cada sesión, que deberá contener: 1) tiempo y lugar de sesión; 2) indicación de las personas que hayan intervenido; 3) determinación de los puntos principales de la deliberación, 4) forma y resultado de la votación. El acta y los acuerdos se documentarán por separado, debiendo ser firmadas por todos los miembros intervinientes”, DROMI, *ibídem*.

detenerme en este punto porque a mi juicio el hecho de requerir la firma del interviniente implica ciertas dificultades, o al menos, presenta algunas preocupaciones.

Tenemos que darle respuesta, entonces, a la siguiente pregunta: ¿cómo firma el funcionario público el acto administrativo electrónico? Afortunadamente la técnica ha propuesto la respuesta a esa pregunta. El agente firmará el acto electrónico de la misma forma que los particulares firman el acto privado documentado electrónicamente, es decir, a través del uso de firmas electrónicas y digitales, o de claves y contraseñas, o en general, cualquier mecanismo electrónico que permita identificar al iniciador del mensaje.

Dada la importancia de lo que se manifiesta o la voluntad expresada, pasaré a estudiar la firma digital, que en todos casos, como se verá, es más eficiente y segura que la firma manuscrita, lo que en consecuencia me obliga a preferirla respecto de otras formas de firmar el acto administrativo electrónico.

La firma digital<sup>26</sup> es un instrumento que garantiza tanto la autenticidad de un documento (certeza sobre su originador) como la integridad del mismo (certeza sobre la integridad de su contenido).

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

En el artículo 2º del Real Decreto 14 de 1999, promulgado en España, sobre firmas electrónicas, la firma digital es descrita como el conjunto de datos, en forma electrónica, añadidos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.

El sustento técnico de la firma digital se encuentra en la técnica de la encriptación, o criptografía. La palabra criptografía proviene del griego, a partir de las raíces

---

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

“cripto” que significa oculto y “grafo” que significa texto, con lo cual podemos concluir que se trata de la ocultación de textos<sup>27</sup>.

Es en función de la seguridad que se hace uso de la criptología, ya que en virtud de ella un tercero no podrá tener acceso al documento encriptado, en primer lugar, por encontrarse éste en una situación en la cual no se le puede entender dado que el documento se encuentra en su forma ininteligible una vez que se encriptó, siendo que para poder descifrar tal información se requerirá de una clave que es secreta y sólo el destinatario del documento la conoce, resultando ello en que nadie que no sea éste último podrá tener acceso a ella. Para el caso del acto administrativo, la identidad del firmante, o de quien puede tener acceso al mecanismo de firmado electrónico cobra mayor relevancia pues las manifestaciones de voluntad de la administración, entre las diversas manifestaciones jurídicas productoras de efectos, deben gozar de la mayor certeza y fiabilidad posible. No contar con esta seguridad implicaría poner en juego los intereses y garantías de los mismos administrados.

El uso de la firma digital<sup>28</sup>, no es otra cosa que la utilización de un sistema de encriptación asimétrica (*asymmetric cryptosystem*) en el cual existen dos “llaves” (*keys*), que consisten en una clave privada y una clave pública. La primera sólo es conocida por el usuario, y la segunda es la clave que identifica públicamente a ese usuario, de manera que sólo utilizando su clave pública el mensaje enviado por el interesado podrá ser descifrado y por tanto legible. El sistema es sencillo: el usuario (léase entidad pública) después de redactar el acto administrativo lo encriptará con su clave privada; podrá enviarlo a través de Internet (*e-mail*, *chat*, página Web) a su destinatario final (léase administrado u otra entidad), y este último para poder descifrar el mensaje recibido utilizará la clave pública del remitente. Este sistema nos permitirá verificar que el acto administrativo original no ha sido modificado en su trayecto a través de la Web (principio de irreversibilidad), la autenticidad del acto, y por último, la integridad del acto en cuanto a la certeza y conclusión del mismo. La firma digital no es por tanto algo añadido a un documento, sino la versión encriptada del mismo. No existe si la disociamos de su mensaje, y del mismo modo, cambia con cada documento encriptado. Se puede decir que la firma digital es un conjunto de caracteres, que son adheridos a un documento —en

---

27 ARCE, ALFONSO JOSÉ y DIAZ LANES, FEDERICO SANTIAGO, ponencia: “La firma digital, aspectos jurídicos. Su aplicación a las comunicaciones previstas por la ley 22172”, dentro del seminario: “El documento electrónico y la firma digital al servicio de la optimización del servicio de justicia”, poder judicial de Santiago de Estero, Argentina, septiembre de 1999.

28 Por su parte, la “firma electrónica” es cualquier símbolo que utilicemos como identificador de una persona en un determinado documento que para su transmisión utilice medios electrónicos, lo cual se asimila a la firma tradicional. El nombre de una persona escrito al final de un documento o un símbolo que le identifique sería una firma electrónica. La firma digital es por tanto un tipo de firma electrónica. El nivel de inseguridad de esta última resulta evidente, ya que su falsificación es muy sencilla.

este caso al acto administrativo— y que viajan a través de la red, con el mismo, de una manera completamente electrónica. Estos caracteres son puestos en el documento por su creador mediante una llave privada que sólo él conoce, previamente asignada por una entidad certificadora.

Los beneficios de la firma digital son varios, entre ellos los siguientes:

- a. *Integridad*. Implica garantizar que la información contenida en un documento —léase acto administrativo— amparado por la firma digital es la que desde un inicio se introdujo y que no ha sido alterada o modificada, es decir, el documento que se suscribió sigue manifestando exactamente lo mismo que en un principio y no ha sido alterado<sup>29</sup>.
- b. *Autenticidad*. Implica la correspondencia entre quién firma el documento y el documento en sí, en otras palabras significa que con la mencionada característica que reviste la firma digital, se nos permite constatar que quien nos manda el documento es quien así lo ostenta, o lo que es lo mismo, que el funcionario público que ha elaborado el acto y debe firmarlo es quien realmente lo ha hecho y lo ha remitido.

La autenticidad, es un valor necesario y sumamente importante ya que con ella se garantiza a la parte receptora que el documento que recibe fue firmado efectivamente por quien aparece como remitente en el mencionado instrumento<sup>30</sup>.

- c. *No Repudio*. Una vez que se ha convenido en algo, la persona no puede rechazar lo estipulado. RIBAS explica al respecto que el no repudio consiste en la presunción según la cual la firma electrónica fue empleada por quien aparece como su dueño, en este caso, el funcionario que manifiesta el acto administrativo, de modo que al encontrarse un documento suscrito en dicha forma implica que el dueño de dicha firma consiente en aquello que el mencionado documento contiene, que para efectos de derecho administrativo implicaría que la voluntad de la administración es la plasmada en ese documento<sup>31</sup>. Siendo así, es en virtud de la presente característica que las partes se obligan a lo estipulado en el acto administrativo firmado electrónicamente, existiendo una salvedad cuando se demuestre que concurre algún vicio del consentimiento.

---

29 RIBAS, XAVIER, "Propuesta de directiva sobre firmas electrónicas", REDI, *Revista electrónica de derecho informático*, España, ubicado en: <http://publicaciones.derecho.org/redi//No.%2002%20%20Septiembre%20de%201998/ribas>

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

d. *Confidencialidad*. Encontramos una característica adicional, la cual consiste en que a partir de la encriptación del mensaje se obtiene la confidencialidad y ello constituye una ventaja que se obtiene al suscribir actos administrativos electrónicos mediante dicho tipo de firma<sup>32</sup>. La confidencialidad permite que quien suscribe el documento, al usar la clave pública de propiedad del destinatario de dicho documento, automáticamente lo convierte en algo ininteligible para cualquiera que no sea el mencionado destinatario, esto en la suposición de que éste sea el único poseedor de la clave privada, ya que de otra forma todo aquel que supiese la antes mencionada, podrá acceder a la información remitida<sup>33</sup>. Para que el acto administrativo cumpla la publicidad que se le exija, bastaría con que cualquier persona utilizará una clave pública, que podría estar al alcance de todos, de modo que todos pueden acceder, leer y consultar el documento, mas no alterarlo.

Una vez claro el funcionamiento de la firma digital, y salvados los inconvenientes que sobre la aplicación de esta ley presente en el plano de la administración pública, digamos que según la Ley 527 de 1999 en su artículo 28, la firma digital tendrá los mismos efectos de la firma escrita y en consecuencia el funcionario público podrá firmar digitalmente actos administrativos sin problema alguno, siempre y cuando cumpla con unos requisitos mínimos:

- a) Es única la persona que la usa, es decir, el sistema utilizado permite asignar una firma digital diferente a cada persona que lo solicite. En este caso, cada funcionario debería tener una firma digital propia.
- b) Es susceptible de ser verificada, esto es, existe un mecanismo para verificar quién es el titular de la firma digital.
- c) Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa, lo que implicaría un especial recelo y custodia por parte del funcionario que decide firmar digitalmente sus actos.
- d) Está ligada a la información contenida en el mensaje de datos, de tal manera que si estos son cambiados, la firma digital es invalidada.

Ahora bien, la virtud legal, o el *plus* que conlleva la utilización de una firma digital en los actos administrativos electrónicos consistiría en que se presumirá

---

32 *Ibíd.*

33 ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO, "Confianza digital basada en certificados", REDI, *Revista de electrónica de derecho informático*, España, ubicado en: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 13 - Agosto de 1999/confianza>

que el suscriptor de ese acto tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo<sup>34</sup>.

## **2.2. El marco legal colombiano para la admisibilidad del acto administrativo por medios electrónicos**

Ya se tiene claro que el acto administrativo puede revestir la forma electrónica pues, en últimas, la intervención de la tecnología no afecta su sustantividad, sino únicamente su soporte. Sin embargo, no existe en Colombia una normatividad que le reconozca validez jurídica y probatoria al acto expedido (o mejor, soportado) en medios inmateriales. Por lo anterior, quiero hacer un análisis del marco legal colombiano existente hoy en día, para derivar con ello la utilización válida del acto electrónico por parte de la administración y los administrados.

Desde ahora quiero recalcar el hecho de que aunque en Colombia se expidió una Ley de comercio electrónico que regula el uso de mensajes de datos, esta normatividad no es suficiente para que el acto administrativo surta los mismos efectos que el acto expedido por medios tradicionales, no obstante pueda revestir un formato digital.

Por distintas razones, el marco legal colombiano sobre administración pública no aporta bases suficientes para atribuirle validez jurídica al acto administrativo electrónico; entre las razones más notables tenemos que las normas de procedimiento administrativo no están a tono con los avances tecnológicos, ni han sido actualizadas con los parámetros y usos internacionales que regulan el tema<sup>35</sup>.

Ya nos hemos referido artículo 26 del decreto 2150 de 1995 que ordenó que las entidades de la administración pública debieran habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios enviaran o recibieran información requerida en sus actuaciones frente a la administración. Sin dejar de reconocer los beneficios que la norma ha traído a la administración pública, y el avance y flexibilización que ha impuesto a los trámites y actuaciones de la administración, debemos advertir que no es suficiente para que el acto administrativo se expida por medios electrónicos.

---

34 Artículo 28 de la Ley 527 de 1999.

35 *Contrario sensu*, la administración de justicia cuenta con un moderno ordenamiento jurídico, ajustado a los avances técnicos y que abrió las puertas a la entrada del uso de medios técnicos en la administración de justicia. Puede verse, a manera de ejemplo, el artículo 95 de la Ley 270 de 1996 —estatutaria de la administración de justicia— que incorporó el uso de medios técnicos en los despachos judiciales. Lastimosamente, la función administrativa no cuenta con una norma de este talante.

De esta forma, un análisis deberá abordar la tarea de estudiar la manera para que los documentos emitidos, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gocen de la validez y eficacia de documento original y circulen por el tráfico jurídico como actos administrativos regulares, comunes y corrientes. Y asimismo, deberá entonces analizarse algunos condicionamientos técnicos y jurídicos para dotar de validez al acto, por ejemplo, que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en caso de tener que notificarse, la recepción o conocimiento del interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por las leyes<sup>36</sup>. Este análisis que propongo, no es sólo un estudio jurídico, que es precisamente el que he tratado de adelantar ahora, sino que debe ir además acompañado por estudios de niveles de conectividad del país, indicadores de receptibilidad de la tecnología por parte de los funcionarios, análisis de presupuestos y recursos necesarios para impulsar la política y ante todo, un análisis sociocultural que permita que los medios electrónicos se incorporen lenta y efectivamente en la actuación estatal<sup>37</sup>.

En otras latitudes, la legislación ha sido más prolija en materia de actuación administrativa por medios electrónicos, y en tal sentido el decreto 65 de 1998 del Uruguay reconoció plena validez al acto administrativo electrónico al expresar que:

“la sustanciación de actuaciones en la administración pública, así como los actos administrativos que se dicten en las mismas, podrán realizarse por medios informáticos” (art. 1°).

Sigue anotando el decreto que:

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

---

36 Véanse como antecedentes internacionales, la Orden de 3 de abril de 1995 española, según la cual “los actos administrativos realizados por la Tesorería General de la Seguridad Social que se deriven de la citada transmisión de datos, tendrán plena validez y eficacia, generando los derechos y obligaciones establecidos por la normativa en vigor en relación con dichos actos” y; por su parte, el artículo 6 del Real Decreto 263/96 del mismo país que precisa que la validez de tales documentos queda condicionada a: la acreditación de su integridad, conservación e identidad del autor, la autenticidad del autor, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación. Además, este mismo precepto contempla que las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de su autenticidad, integridad y conservación, en correspondencia con lo dispuesto sobre el particular por el artículo 46.3 de la LRJPAC.

37 El concepto técnico correspondiente a esta circunstancia es el de “*readiness*”.

sentido, constituirán instrumentos públicos, aquellos creados por medios informáticos que aseguren su inalterabilidad” (art. 2°).

También encuentra solución al tema de la firma al anotar que:

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

Se debe resaltar que se da un paso gigante al darle existencia legal al expediente administrativo electrónico. Anota entonces, la norma a que nos hemos venido refiriendo, que:

“se entiende por expediente electrónico, la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado” (art. 3°).

Sin duda un paso como el que dio el Uruguay abrirá las puertas, o al menos facilitará y hará más claro el uso de medios electrónicos en la expedición de actos administrativos colombianos.

### ***2.2.1. Las dos posiciones sobre el tema***

Hemos dicho que el acto puede revestir la forma electrónica pero también que se necesita dotarle de equivalente funcional para que cuando ostente esa modalidad de soporte surta efectos legales y probatorios, tal como si se tratara de un documento en papel. La solución a ese problema se encuentra en la interpretación del ámbito de aplicación de la Ley 527 de 1999 que regula el uso del mensaje de datos y del comercio electrónico.

Existen dos posiciones sobre la posibilidad de aplicar la ley de comercio electrónico a materias diferentes de las específicamente reguladas en esa norma. Hoy en día, realmente no son muchos los casos que han implicado un análisis sobre las materias a que se extiende esa ley, y de cualquier forma, no se ha presentado la necesidad directa de analizar la aplicación de la Ley 527 de 1999 a los procedimientos administrativos. Es verdad que la Ley de comercio electrónico expresamente indica que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original. Sin embargo, como se verá, respecto de ese llamado, pueden tenerse dos distintas posturas.

La primera postura es propia de la Corte Constitucional. Este alto tribunal ha considerado que la Ley 527 de 1999 desborda los límites del comercio electrónico y en consecuencia aporta suficientes elementos jurídicos para que otras ramas del derecho, y otros sujetos distintos de los comerciantes, como por ejemplo, los funcionarios públicos, expresen su voluntad o juicio, obligando y dotando a esa expresión con fuerza probatoria y validez jurídica, a través de un documento electrónico<sup>38</sup>.

La Corte Constitucional ha considerado que la Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, pero lo hace reconociendo que sus orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil<sup>39</sup>. Consideramos que el pronunciamiento de la Corte Constitucional no ha sido suficientemente claro, y por el contrario, toma como base el origen mercantilista de la Ley 527 de 1999, lo cual se opone al procedimiento administrativo reglado y formal.

En este pronunciamiento, la Corte concluyó que en caso del uso de medios electrónicos en materias diferentes al comercio electrónico, no basta la sola Ley 527 para su regulación, sino que se requiere interpretar sistemáticamente todas las normas que regulan la actividad<sup>40</sup>. Fue así, como a partir del artículo 95 de la Ley 270 de 1996 se admitió la aplicación de la Ley 527 a la administración de justicia. El problema está en que no existe una norma dentro del ordenamiento jurídico que soporte la entrada de la Ley 527 a las actuaciones administrativas, y por más que quisiéramos hacer una interpretación sistemática de las normas, no podríamos, pues no habría norma administrativa con la cual sistematizar la Ley 527 de 1999. En síntesis: la Ley 527 se aplica en materia judicial porque existe el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, con el cual se han podido interpretar sistemáticamente ambas normas.

Por otro lado, nos permitimos sostener una posición divergente a la de la H. Corte Constitucional. Consideramos así, que la Ley de comercio electrónico no aporta los elementos suficientes para que el acto administrativo con soporte electrónico goce de fuerza jurídica y probatoria.

La Ley de comercio electrónico colombiana tiene origen y fundamento en la Ley modelo de comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para

---

38 Crf. Corte Constitucional C-831 de 2001.

39 *Ibidem*.

40 “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”. C-831 de 2001.

el Derecho Mercantil Internacional<sup>41</sup>. Por tal razón, su inspiración es la del derecho mercantil, de ahí que sus preocupaciones hayan sido las de incorporar los medios tecnológicos en las actividades de los comerciantes internacionales bajo parámetros de seguridad estándar.

Colombia incorporó casi la totalidad de las disposiciones de la Ley modelo en la Ley 527 de 1999 de comercio electrónico. En tal esfuerzo el legislador colombiano no quiso dejar de lado a la administración pública, de ahí que en los artículos 1º, 2º y 10º la ley haga referencia indirecta a la aplicación de esta norma en algunas expresiones de la gestión pública.

Nuestra opinión es que realmente el objeto principal de la Ley 527 no es disciplinar aspectos de derecho público y que tales alusiones son apenas aisladas e insuficientes para regular la expedición de actos administrativos electrónicos.

La ley colombiana de comercio electrónico expresa que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original<sup>42</sup>.

Comparativamente, la Ley modelo de UNCITRAL no abre la posibilidad expresa de utilizar las disposiciones en ella consignadas para actuaciones del Estado. En efecto, aunque la Ley modelo diga que a ningún *trámite legal*<sup>43</sup>, se le negará valor probatorio y jurídico por la simple razón de estar consignado en un mensaje de datos, lo que está haciendo es cerrando el ámbito de aplicación, como se verá a continuación.

Cuando el artículo 9º de la Ley modelo se refiere a *trámite legal* lo hace enmarcado dentro del contexto bajo el cual fue elaborada, es decir, el de las actividades comerciales<sup>44</sup>. De esta forma, el trámite legal a que se refiere es el que pueda tener lugar dentro de una operación de comercio internacional, y no a todos los trámites legales posibles. En el mismo sentido fue elaborada la Ley 527 de 1999, tal como posteriormente se verá a partir de su exposición de motivos. La Comisión de la CNUDMI actuó bajo el

---

41 Exposición de motivos del Proyecto de Ley n° 227c del 21 de abril de 1998, Cámara "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico, las firmas digitales y se autorizan las entidades de certificación".

42 Artículo 10 Ley 527 de comercio electrónico.

43 Artículo 9º Ley modelo de comercio electrónico de la CNUDMI.

44 Artículo 1º Ley modelo de comercio electrónico de la CNUDMI.

“mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional”<sup>45</sup>.

Igualmente, el objeto era propiciar un marco jurídico para la contratación entre países, es decir, que facilitara el uso del comercio electrónico y fuera aceptable para estados que tuvieran sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes de modo que se contribuyera de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas<sup>46</sup>.

La Ley modelo de la CNUDMI es:

“una ley “marco” que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esas técnicas de comunicación en la práctica. Además, la Ley modelo no tiene por objeto regular todos los pormenores del empleo del comercio electrónico. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee dictar un reglamento para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley modelo a la luz de las circunstancias peculiares y posiblemente variables de ese Estado, pero sin merma de los objetivos de la Ley modelo<sup>47</sup>.

La actuación de la administración por medios electrónicos es uno de esos temas que escapan de la regulación de la Ley modelo y en consecuencia, también quedan excluidas de la Ley 527 de 1999. En efecto,

“cabe señalar que (...) las técnicas para consignar y comunicar información consideradas en la Ley modelo pueden plantear ciertas cuestiones jurídicas cuya solución no ha de buscarse en la Ley modelo, sino más bien en otras normas de derecho interno, como serían las normas eventualmente aplicables de *derecho administrativo*, contractual, penal o procesal, las cuales quedan fuera del ámbito asignado a la Ley modelo. (bastardilla fuera del texto original)<sup>48</sup>.

Es por lo anterior que consideramos que la Ley modelo no agota todos los temas relacionados con el uso de medios técnicos, y aún más, excluye su uso para cuestiones de derecho administrativo. Ahora bien, aunque la Ley modelo de UNCITRAL constituya una fuente auxiliar de interpretación de la Ley de comercio electrónico colombiana, la Corte Constitucional la utiliza, recurrentemente, como parámetro

45 Exposición de motivos de la Ley modelo de comercio electrónico de la CNUDMI.

46 *Ibídem*.

47 Naciones Unidas. CNUDMI. Ley modelo de comercio electrónico 1996. Guía para su incorporación al derecho interno. 1999, pág. 20.

48 *Ibídem*. pág. 20.

para dilucidar el sentido y espíritu del legislador colombiano al expedir la Ley 527 de 1999 (C-622 de 2000, C-831 de 2001 y C-1147 de 2001) y en tal sentido nosotros también nos apoyamos en esa Ley uniforme para sustentar nuestra posición al respecto.

Concentrémonos en el espíritu del legislador local, al expedir la Ley 527 de 1999. Aunque esta ley diga que sus disposiciones se aplicarán a todas las actuaciones administrativas y judiciales, tal posibilidad está descontextualizada, con lo cual se abre la duda sobre la verdadera utilidad de la ley de comercio electrónico por parte de la administración pública. Así lo reitera la exposición de motivos de la Ley 527 de 1999 al afirmar que con el proyecto presentado al congreso se buscó

“dotar de fundamento jurídico a las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos y darle fuerza probatoria a los mensajes de datos que tengan relevancia jurídica en esa materia<sup>49</sup> (bastardilla fuera del texto original).

Como se ve, el ámbito de aplicación de la Ley 527 no es tan amplio como parece y no contempló como objetivo el de dotar de expreso sustento jurídico a las actuaciones administrativas realizadas por medios electrónicos.

Es más, en la exposición de motivos de la Ley 527 de 1999 se admitía que la admisibilidad de los documentos electrónicos, como medios de prueba, quedaría limitado al ámbito de aplicación de la misma, cual es el comercio internacional. Es así, como en la exposición de motivos del proyecto de ley 227c del 21 de abril de 1998-cámara (sancionado posteriormente como Ley 527 de 1999) se lee que:

“En toda actuación administrativa o judicial, *vinculada con el ámbito de aplicación de la presente ley*, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho de que se trate de uno de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original (artículo 10)” (bastardilla fuera de texto original).

### **2.2.2 Nuestra posición**

Al respecto nos permitimos concluir que la Ley 527 de 1999 es el marco regulatorio de las transacciones electrónicas para el comercio electrónico, pero no aporta elementos suficientes para la gestión pública electrónica y en consecuencia no es la norma adecuada para sustentar la expedición de actos administrativos por medios electrónicos.

---

<sup>49</sup> Exposición de motivos del proyecto de ley No. 227c del 21 de abril de 1998-Cámara “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico, las firmas digitales y se autorizan las entidades de certificación”.

Al lado de estas razones atinentes al génesis de la Ley 527 de 1999, debe llamarnos la atención, la naturaleza de los regímenes que estamos contraponiendo: el del derecho administrativo contra el del derecho comercial. Creo que se trata de agua y aceite, puesto que por más de que día a día estas dos ramas coincidan en los mismos escenarios, incluso el plano de la teleadministración<sup>50</sup>, se deben respetar los principios en que cada una de ellas descansa.

Los actos entre comerciantes están regidos por la regla de la consensualidad (art. 824 del C. de Co.) mientras que los de la administración revisten la característica opuesta: son totalmente formales y regulados, y sobre ellos se erige el principio de legalidad como límite al actuar del funcionario. Su existencia y validez está supeditada al cumplimiento de formalidades plenas, que se oponen a la velocidad del tráfico mercantil, de tal forma que en las manifestaciones de voluntad o juicio de la administración se exige el cumplimiento de un procedimiento y de unos requisitos so pena de que acaezca una causal de nulidad. Es así como el artículo 84 del CCA incluye como causal de nulidad de los actos administrativos el haber sido expedido en forma irregular.

De esta forma estamos en frente de dos ordenamientos diferentes, con espíritus distintos, y cuyas reglas de formación para sus actos chocan entre sí: formalismo *versus* antiformalismo, o lo que es lo mismo, Ley 527 de 1999 *versus* Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, la norma del decreto 2150 de 1995 sólo es una norma instrumental, y lastimosamente no es suficiente para lograr lo que se pretende en punto de expedición de actos administrativos electrónicos, pues sólo impone la obligación de que las entidades públicas permitan la recepción y envío de documentos entre sí y los particulares, pero no regula temas como fuerza probatoria de documentos electrónicos, equivalentes funcionales, seguridades, firmas electrónicas, originales y en general, todos los aspectos jurídicos que la telemática entre particulares y entidades implica. Pero, aún más, la norma está lejos de regular la forma como los funcionarios públicos expresan su voluntad por medios electrónicos, y tampoco constituyen una autorización para hacerlo. Si tradujéramos esta norma hacia el pasado, implicaría algo así como obligar a que las entidades y los particulares tuvieran un buzón para depositar ahí comunicaciones enviadas mutuamente.

En ese sentido, puede decirse que aunque instrumentalmente se puede consignar el acto en un medio inmaterial, a esta calidad de soportes no puede dársele tratamiento legal válido y asimilable al documento papel; cosa que no ocurre con los particulares pues a sus documentos electrónicos se les aplica la Ley 527 de 1999.

---

50 LAGUADO, ROBERTO, "Sistemas de *E-government Procurement*", *Revista Jurídica del Perú*, noviembre de 2002, año LII, n° 40. pág. 165.

### 3. DOS CONSECUENCIAS DE LA APARICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO: LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA Y EL DOMICILIO VIRTUAL

Ahora bien, no basta atribuirle equivalencia funcional al acto soportado en medios magnéticos. Además es necesario dotar de equivalencia a otros actos de integración del procedimiento administrativo, esta vez, a los que exteriorizan, comunican y dan a conocer las decisiones adoptadas. Sin dotarle de validez a esos actos consecuentes, el acto seguiría siendo ineficaz. En este caso, como se verá, estamos en frente de obstáculos jurídicos y también técnicos.

#### 3.1 La notificación<sup>51</sup> electrónica

En su acepción etimológica, notificación proviene de la voz *notificare* derivada de *notus* “conocido” y de *facere*, “hacer”, que en síntesis quiere decir hacer conocer. Este acto de hacer conocer información procesal relevante cuando la notificación es enviada por medios informáticos va a originar una serie de problemas jurídicos que creemos es necesario analizar desde el punto de vista del derecho informático aplicado a las actuaciones administrativas.

No hay acto administrativo sin que se haya notificado, tanto así que se considera por algunos como parte del acto mismo<sup>52</sup>. Como dice DROMI,

“el acto sólo tiene plenitud cuando se lo hace saber al administrado. Recién allí se perfecciona técnicamente, antes no y no produciría efectos jurídicos”.

En ese sentido, no sacamos nada con contar con la figura del acto administrativo electrónico si no logramos cumplir también electrónicamente ese requisito de la notificación. En el plano del procedimiento administrativo la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha reiterado que la falta de notificación o notificación

---

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

52 Esto plantea una cuestión problemática ya que únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el *Diario oficial*, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad (parágrafo artículo 119 Ley 489 de 1998) de forma que no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en este medio tradicional (artículo 43 CCA) y además, es causal de mala conducta, demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación (artículo 76 CCA). Surge entonces la pregunta: ¿cómo manejar estas hipótesis cuando estemos en frente de un acto electrónico? Tal vez le toque al reglamento entrar a formular las soluciones.

irregular de un acto por regla general no afecta su validez, sino su eficacia, es decir, no se podrá exigir su cumplimiento, hasta tanto no se realice en la forma prevista por la ley la respectiva notificación<sup>53</sup> y asimismo, ella (la validez) tiene que ver con la conformidad de los elementos del acto al ordenamiento jurídico, mientras que aquella (la eficacia) se refiere a la oponibilidad del acto a la parte interesada o a los terceros, según la naturaleza de la situación jurídica creada<sup>54</sup>.

La notificación es la forma procesal por medio del cual la autoridad o el juez da a conocer su decisión al interesado. Las normas de procedimiento administrativo no contemplan la posibilidad del uso de estas tecnologías al momento de comunicar sus decisiones y actos, de modo que la validez legal del uso de esta tecnología constituye un tema de obligado análisis a la hora de estudiar el régimen del acto administrativo electrónico.

Ahora bien, creo que la notificación electrónica podría tener un lugar propio en la administración de justicia porque la Ley 270 de 1996 expresamente anota que los despachos podrán hacer uso de esos medios para ejercer la función judicial. Aunque el Código Contencioso tome parte del ordenamiento jurídico procesal general recogido en el Código de Procedimiento Civil, no significa que pueda así mismo, retomar las facultades de los funcionarios judiciales, de modo que el artículo 95 de la Ley 270 de 1996 debe entenderse como facultativo hacia la función judicial, exclusivamente, lo que en consecuencia nos limita a conformarnos con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, una vez se ajuste la normatividad vigente sobre notificaciones, aspecto que no creo que revista mayor inconveniente, se puede decir que básicamente existen dos tipos de notificaciones electrónicas: a través de una página web y a través del correo electrónico<sup>55</sup>.

→ *Notificaciones electrónicas a través de una página web.* Son aquellas notificaciones que se realizan publicando en una única página web todas las notificaciones. El inconveniente de este sistema es que resultaría difícil para los usuarios o destinatarios encontrar la notificación que les corresponde, pues en ocasiones, los motores de búsqueda de las páginas web no son tan eficientes como se pretendiera; además, las fallas técnicas a nivel de servidor y de redes podrían obstaculizar el acceso a la página.

---

53 Consejo de Estado, Sección Primera, MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Santa Fe de Bogotá, D.C., 25 de febrero de 1999, radicación: 3544, CP: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Santa Fe de Bogotá D.C., 1º de junio de 2000, radicación: 6106.

54 Consejo de Estado, Sección Primera, MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA, Santa Fe de Bogotá, D.C., 26 de agosto de 1999, radicación: 5254.

55 CHIARA, EDUARDO, "Las notificaciones electrónicas en la administración de justicia", *Alfa-Redi, Revista electrónica de derecho informático*, en: <http://www.alfa-edi.org/areatematica/default.asp?idCategoria=6>

→ *Notificaciones electrónicas a través del correo electrónico.* La otra modalidad de notificación electrónica es la notificación por correo electrónico, la cual consiste en el envío de las notificaciones a través de redes cerradas (Intranet o extranet) y abiertas (Internet) a las direcciones procesales electrónicas de las partes, las cuales están conformadas por cuentas de correo electrónico comunes y corrientes. Así por ejemplo una dirección de correo electrónico sería [rlaguado@dnf.gov.co](mailto:rlaguado@dnf.gov.co), o [laguado\\_roberto@yahoo.com](mailto:laguado_roberto@yahoo.com). Dichas casillas o cuentas de correo electrónico están almacenadas en un servidor de correo electrónico con acceso a Internet.

A su vez, se podría intentar la implementación de los siguientes mecanismos técnicos administrativos<sup>56</sup>:

- a. *Central de notificaciones electrónicas.* Estaría conformado por una oficina ubicada en las sedes de las altas cortes, o en un organismo de la administración pública, y debe poseer y administrar un servidor de base de datos. En este servidor se almacenarían electrónicamente a través de una red interna (intranet), todas las resoluciones a notificarse que emiten las distintas dependencias judiciales y órganos de la administración. Estas notificaciones posteriormente serían enviadas a través de una red externa (extranet) al servidor de correos electrónicos, quien se encargaría de enrutar dichas notificaciones a las direcciones o casillas electrónicas, las cuales están disponibles para los administrados, a través de Internet.
- b. *Servidor de correos electrónicos.* Es una computadora de gran capacidad que cumple la función de recepcionar, almacenar y poner a disposición de las partes, a través de Internet, las notificaciones y comunicaciones generadas en los procesos administrativos y judiciales. Dicho servidor, debería ser administrado por una entidad que cuente con adecuados mecanismos técnicos de seguridad a fin de evitar que terceras personas ajenas al proceso puedan modificar o borrar el contenido de las resoluciones y eventualmente suplantar la identidad del juez o de los auxiliares jurisdiccionales.

La diferencia entre las dos figuras radica en el enrutamiento que el primer sistema aplica para llevar a cada destinatario la comunicación, con base en intranets y extranet; por el contrario, el segundo sistema centraliza las providencias o actos que se deben notificar y el interesado las podrá conocer cuando acceda al sistema, tal como las parte de un proceso tradicional se notificarían por estados.

En otras latitudes, existe regulación legal expresa sobre el uso de medios electrónicos para las notificaciones. Así, en España se promovió una reforma al

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

régimen jurídico (Ley 30 de 1992) de la administración pública añadiendo un nuevo apartado 3 de su artículo 59 con la redacción que a continuación se señala, pasando los actuales apartados 3, 4 y 5 del citado artículo a numerarse como 4, 5 y 6:

“Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material de acceso”.

Del mismo modo, el decreto 1023 de 2001 de la Argentina regula la contratación pública electrónica y le da validez legal a la notificación digital, de la siguiente manera:

“Art. 21. CONTRATACIONES EN FORMATO DIGITAL

(...)

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente”.

En cuanto a los actos administrativos en Internet y su notificación, en el Perú, la Ley 27444 de procedimiento administrativo general con vigencia desde el 11 de octubre de 2001, regula los siguientes aspectos relacionados con el comercio electrónico:

- a. Las notificaciones serán efectuadas a través de correo electrónico personal; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado. Con lo cual se aceptan las notificaciones electrónicas con la misma validez y eficacia jurídica que las notificaciones convencionales aplicando el principio de equivalencia funcional.
- b. Podrá efectuarse, igualmente por correo electrónico personal los citatorios, los emplazamientos, los requerimientos de documentos o de otros actos administrativos análogos. Permitiendo en este sentido que los efectos jurídicos de estos citatorios, emplazamientos y requerimientos electrónicos sean los mismos que los realizados por medios convencionales.

- c. La constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre entidades y autoridades, constituye de por sí documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos dentro del expediente para ambas partes, en cuanto a la existencia del original transmitido y su recepción.

Por otra parte, cabe mencionar que recientemente se ha expidió la Ley 27419 sobre notificación por correo electrónico publicada el 7 de febrero del año 2001, que modifica el Código Procesal Civil peruano, cuya única disposición dio lugar a notificaciones por vía electrónica, estableciendo que salvo el traslado de la demanda o de la reconvenición, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden a pedido de parte, ser notificadas además por correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción. Lo cual confirma que en este ámbito la aplicación del principio de equivalencia funcional se da reiteradamente, fortaleciendo la seguridad jurídica de las operaciones electrónica del gobierno digital. Es un ejemplo más de que la producción normativa colombiana debería afrontar esa temática y de paso, coadyuvar para que el procedimiento administrativo pudiera contar con estas notificaciones.

Lastimosamente, otros países como Chile, aunque han tenido en cuenta el tema no han podido llevar a cabo notificación electrónica, y por el contrario, han preferido a la hora de regular el procedimiento, mantener las formas tradicionales. Así, en su decreto supremo 81 de 1999 que regula el uso de la firma digital y el uso de documentos electrónicos en la administración del Estado, se dispuso que los documentos electrónicos firmados digitalmente que deban ser publicados o notificados a un particular, deberán ser traspasados a soporte papel (art. 5), con lo cual están, sin explicación alguna, reiterando que esta fase de la actuación administrativa se deberá surtir otra vez en papel. ¿acaso borran con el codo lo que hacen con la mano?

Ahora bien, la implementación de sistemas electrónicos de notificación plantea algunos subtemas, que expongo brevemente a manera de preguntas:

¿Cómo lograr la debida seguridad en las notificaciones electrónicas? Si la administración emite las notificaciones del proceso administrativo a una dirección electrónica almacenada en un servidor de correo electrónico de acceso gratuito (tal como yahoo.com, hotmail.com, excite.com, etc.), existe el peligro de que dicho servidor en cualquier momento desaparezca o elimine la gratuidad de sus servicios, interrumpiendo la comunicación entre administrado y entidad pública.

¿Cómo confirmar (probar) la recepción de las notificaciones electrónicas? Este es un punto muy importante a tener en cuenta. Existen mecanismos que permiten confirmar el envío y recepción de las notificaciones y además conocer si las partes han tenido conocimiento de las mismas (han leído el *mail* enviado), ya que el servidor registrará automáticamente el momento en que llega el mensaje a la casilla *e-mail* de

las partes interesadas. Sin embargo, no todas las aplicaciones tecnológicas cuentan con esa funcionalidad de modo que habría que esperar que ella estuviera ausente en algunos sistemas de notificación electrónica. Lastimosamente, el trabajo de los *web servers* se podría duplicar al incluir esta aplicación de modo que sistemas con bajo presupuesto posiblemente lo descarten y se limiten al enrutamiento de los mensajes.

Finalmente, considero que se deberá llevar a cabo un análisis de teoría jurídica que evalúe la notificación electrónica en el entorno del procedimiento administrativo. En efecto, en torno a la notificación existen varias teorías jurídicas:

- i La teoría de la recepción según la notificación produce sus efectos cuando han sido observadas las normas para que el acto notificado llegue a su destinatario, con prescindencia del conocimiento efectivo que se tenga de su contenido;
- ii La teoría del conocimiento, por la cual la falta de notificación o deficiencia en cuanto a los requisitos formales no es obstáculo para reconocer eficacia procesal a la notificación del acto por otros medios y;
- iii La teoría ecléctica, que considera que tanto la teoría de la recepción como la de conocimiento pueden aplicarse complementariamente. Según lo anterior parece necesario tener en cuenta estas teorías para analizar adecuadamente la problemática planteada cuando se utiliza medios digitales para la notificación de ciertos actos del proceso administrativo.

### **3.2 El domicilio virtual**

Conforme a lo anterior, se debe analizar la viabilidad de generar sistemas electrónicos de notificación y publicación, lo cual sugiere ahora otro tema diferente: ¿en dónde se notifica o publica el acto administrativo electrónico?

El tema de las notificaciones procesales está vinculado con el domicilio y sus distintas clases, siendo el domicilio el centro de recepción o envío de comunicaciones. Es esencial que se establezcan disposiciones sobre el domicilio virtual para que las notificaciones informáticas puedan tener una eficacia adecuada. El domicilio virtual podría estar conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia habitual en la red de Internet de la persona, en este caso, particulares y autoridad administrativa<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> El decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993, trae una solución interesante al establecer que para los procesos de contratación, entidad y contratista deberá definir una dirección electrónica. La finalidad de la norma, obviamente, es dar un paso a las notificaciones y comunicaciones electrónicas.

Considero indispensable analizar las disposiciones legales que darían sustento legal a un sistema de domicilio virtual, haciéndose entonces vital comparar algunas de las principales disposiciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico colombiano que regulan el domicilio con su posible aplicación al domicilio electrónico. De esta forma, habría que revisar los llamados que sobre el domicilio hace el Código Civil, el Código de Comercio (en materia de sociedades) y el Estatuto Tributario, entre otras normas, para empezar a elaborar un concepto legal de domicilio virtual o electrónico, aplicable a las normas de la actuación administrativa.

La norma del Código Civil, que define al domicilio, establece dos elementos esenciales para esta figura, a saber:

1. Elemento subjetivo y
2. Un elemento físico.

De esta forma, la noción clásica y legal de domicilio implica la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella<sup>58</sup>. Llevando este concepto al campo de la Internet, se puede advertir que la permanencia física a que se refiere la norma desborda el concepto inmaterial y extraterritorial de la Internet ya que los mensajes de datos viajan y se depositan en un espacio virtual sin jurisdicción ni ubicación específica.

De esta forma, la elaboración de un concepto de domicilio virtual para Colombia, deberá reformular las nociones clásicas establecidas y arraigadas en los códigos (art. 7 C. Civil) dando así lugar a una nueva interpretación que permita enviar comunicaciones electrónicas a espacios virtuales, y en consecuencia, notificar actos administrativos electrónicos.

Ecuador propone en su Ley de comercio electrónico una solución interesante al anotar que todo el que fuere parte de un procedimiento judicial, designará el lugar en que ha de ser notificado, que no puede ser otro que el casillero judicial y/o el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico, de un abogado legalmente inscrito, en cualquiera de los colegios de abogados del Ecuador, y las notificaciones a los representantes de las personas jurídicas del sector público y a los funcionarios del Ministerio Público que deben intervenir en los juicios, se harán en las oficinas que estos tuvieren o en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico que señalaren para el efecto<sup>59</sup>.

Sin tener que casarse con esta opción, lo que se plantea ahora es la necesidad de evaluar un sistema de domicilio virtual para efectos del procedimiento

---

58 Art. 7 Código Civil.

59 *Ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos*. Ley 67, ro, suplemento 557 de 17 de abril del 2002.

administrativo, o lo que sería lo mismo, definirlo para el sistema procesal en general, y en el ámbito de la justicia ordinaria o administrativa.

## **CONCLUSIONES**

Luego de este análisis que he pretendido hacer acerca de la viabilidad de expedir actos administrativos por medios electrónicos quiero pasar a exponer ciertas ideas, a manera de conclusión, con el ánimo de dejar sentado el cambio que se necesita impulsar para que todo lo acá expuesto se lleve a cabo.

Sin embargo, antes que eso, quiero resaltar la idea general de este trabajo en los siguientes términos: aunque el acto administrativo pueda consignarse en un medio magnético, su validez y fuerza probatoria están sujetas a que el ordenamiento jurídico le otorgue equivalencia funcional a las actuaciones administrativas, llevadas a cabo por medios digitales esto por cuanto la Ley 527 de 1999 es insuficiente; a su vez, una vez se supere este problema se deberá acomodar el sistema de notificaciones y publicaciones tradicional de modo que reciba la moderna figura del acto administrativo electrónico.

Por lo demás quiero resaltar otras ideas paralelas:

### **1. No hay obstáculo para su creación**

Según la doctrina clásica del acto administrativo y a partir de sus elementos,

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

Sin embargo, existen cuestiones prácticas que dificultan su inserción habitual, la más importante de ellas radica en la aceptación del medio electrónico dentro el régimen jurídico de la administración pública.

### **2. No hay un marco legal adecuado**

En efecto y según lo anterior, considero que para superar todos los posibles obstáculos habría que generar la normatividad adecuada para darle sustento legal

al acto administrativo electrónico. En parte, el problema se solucionaría con la aprobación del Proyecto de Ley 069 de 2001 que trata de complementar los vacíos de la Ley de comercio electrónico y abre espacio a la administración electrónica, modificando el artículo 26 del decreto 2150 de 1995 al que nos hemos referido en extenso. Si bien no hay obstáculos para que este acto se soporte en medios electrónicos sí existe un vacío legal para poderle dar efectos jurídicos y probatorios, es decir, se necesita reiterar el principio de equivalencia funcional del artículo 6° de la Ley 527 y llevarla al plano del derecho administrativo. Una salida simplista sería aplicarle al régimen de derecho de los actos administrativos las disposiciones de la Ley 527, pero en nuestra opinión, esa medida es inconveniente pues una es de carácter comercial y otra administrativa.

### **3. Se necesita una regulación para impulsar la modernización de la administración pública y el derecho administrativo colombiano**

Para poder concluir que el acto administrativo se puede expedir por medios electrónicos tuvimos que hacer referencias conceptuales a los documentos, los soportes, la forma del acto administrativo y de esa forma pudimos concluir —o desentrañar— que no existe impedimento legal para que el acto revista la forma digital, aunque sí un obstáculo por ausencia de equivalencia con el papel.

Sin embargo, creo que hace falta que la administración pública recoja esas conclusiones y sobrepase la barrera cultural que la distancia de los particulares. Día a día, las empresas y los particulares aprovechan la Internet, ahorran costos, generan eficiencia y por el contrario, la administración se hace a un lado y cree que por ser quien es está exenta de interesarse por esos nuevos métodos de comunicación y administración.

Hace dos semanas en la ciudad de Neiva, mientras dictaba una charla sobre la contratación pública por medios electrónicos le formulé al auditorio una pregunta para tratar de corroborar lo que acabo de decir. La pregunta fue la siguiente: *¿cuántos de los aquí presentes conocen o han tenido contacto con la Ley 527 de 1999?* De las personas que ahí se encontraban, sólo tres levantaron la mano. El total del auditorio estaba compuesto por 900 funcionarios públicos de la Gobernación, del municipio, de la Contraloría, la Procuraduría y de otras entidades más. Las cifras hablan por sí solas.

Sin embargo, no quiero dejar pasar de lado una importante razón que lastimosamente aleja a Colombia de este avance de la tecnología: Colombia es un país pobre, y su administración pública no goza de muchos recursos. No es el momento de estudiar ese problema, pero sí hay que dejarlo sentado para que otros se ocupen de él.

#### **4. El acto administrativo electrónico es mejor que el acto con soporte en el papel**

Espero haber podido explicar a lo largo del trabajo por qué el acto —documento— electrónico es mejor que el que se encuentra soportado en papel. Sin embargo, vuelvo sobre el punto para decir que al estar soportado por medios electrónicos el acto gozaría de mayor durabilidad, confiabilidad, publicidad y comunicabilidad; sería multicopiable según las necesidades y restricciones a mucho menores costos y quedaría —me atrevo a decirlo— blindado contra accesos no autorizados. De paso, si se inserta en la Internet, estaría a la vista de todos, y la publicidad y transparencia de la actuación administrativa se incrementaría. No en vano el decreto 2170 de 2002 reglamentario de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de equivalencia funcional<sup>60</sup>, la posibilidad de realizar audiencias electrónicas, la obligación —relativa— de publicar prepliegos y pliegos en Internet, la obligación de conformar expedientes electrónicos y de salvaguardar bajo el mismo método los documentos de contratación.

Basta pensar que alguna vez se pensó que la mejor forma de consignar un acto administrativo era la de ponerlo sobre un papel; pues bien, llegado el siglo XXI debemos, sin duda, pensar que la mejor forma y más eficiente de consignarlo es el medio electrónico.

#### **5. El problema de la firma digital no está resuelto**

Hemos dicho que el acto administrativo puede firmarse digitalmente. Sin embargo existen diferentes razones que hacen impráctica esa posibilidad y que generan entonces una importante cortapisa a la hora de que el acto pueda estar firmado de la mejor forma posible reconocida por las leyes. Si bien la firma digital suplantaría la firma del funcionario esto no es factible, por las siguientes razones<sup>61</sup>:

- 1) la firmas digitales en Colombia no han sido todavía introducidas para personas naturales, sino sólo para personas jurídicas;
- 2) firmar digitalmente un acto administrativo implicaría que la entidad pague cerca de tres millones de pesos, ya que el acceso a esos servicios de certificación digital son costosos.

---

60 Que obviamente sólo sirve para la contratación pública y además, no para los actos administrativos expedidos con ocasión de esa actividad. En efecto, el artículo 24 del citado decreto no incluye a estos actos dentro del principio, sino que se refiere a la *información* del proceso. Por lo demás, considero que el gobierno se equivocó en la redacción de tal norma pues, si se observa, el artículo se encabeza con “Principio de equivalencia funcional”, pero lo que hace es reflejar el contenido de un artículo de la Ley 527 de 1999 que regula el requisito de constar por escrito para ciertos actos o contratos.

61 Véase, <http://www.certicamara.com/reconocimiento/reconocimiento.html>

Ahora bien, para superar este inconveniente bastaría generar un acuerdo institucional con la empresa certificadora colombiana que provee este servicio (CERTICÁMARA) y con ello proponer los ajustes y las modalidades de servicio que necesite la administración. Igualmente, podría pensarse en generar una infraestructura de firma digital propia para la administración pública, tal como lo hizo Argentina hace ya varios años.

## **6. Será necesario mantener un paralelismo papel-documento electrónico**

Considero que el país no está preparado para olvidarse del papel. Y no es que esté proclamando a voces que las autoridades y los funcionarios deben empezar, todos, a actuar por medios electrónicos, porque ante todo hay que reconocer nuestra naturaleza de país subdesarrollado, que guarda ritual al papel, y al sello, (no en vano COLÓN llegó a América con notario a bordo), y que no cuenta ni con los recursos ni con la cultura digital necesaria para dar el paso hacia el ciberespacio. Se debe reconocer el gran trabajo que desde hace un par de años viene realizando la Agenda de Conectividad, con sus estrategias de gobierno en línea, el de la Vicepresidencia con su programa Colombia en Línea y el del Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP quienes en una misma dirección han venido sentando las líneas de política y legales para que se dé el salto hacia la sociedad de la información.

Los países más avanzados en el tema, como Italia y España, todavía no han dado el paso. Sin embargo, la velocidad de las cosas, o mejor, la velocidad de cada cosa y cada ciudadano y sobre todo, la necesidad misma generará el uso del documento electrónico y así como cada vez menos se utilizan las máquinas de escribir, espero que el día que dejemos de lado el papel no sea tan lejano.

Por lo pronto, el paso que se debe dar es el de hacer del uso de medios tecnológicos una medida *opcional*. Es decir, se necesita impulsar el uso, abrirle campo en la rutina, pero no introducir mandatos que por afanados nos lleven al absurdo.

Creo así, que se viene una época de dualidades, en donde poco a poco iremos viendo cómo los expedientes y las carpetas se irán llenando de disquetes, papeles, folios, CD, y en general de una mezcla de tipos de documentos, hasta que nos acostumbremos a ver el expediente, dentro de un DVD o lo que la tecnología nos traiga día a día. Lo importante es abrir los ojos.