

**EL DEBIDO PROCESO A LA LUZ DE LA NOTIFICACIÓN DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS ADUANEROS**

Nombre estudiante

Tatiana Oliva Zuluaga Osorio

**Anteproyecto presentado como requisito para optar el título de abogada
(Monografía de compilación)**

Lector

Por designar

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

2016

TABLA DE CONTENIDO

1.	PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	3
2.	JUSTIFICACIÓN	3
3.	OBJETIVOS.....	5
3.1	OBJETIVO GENERAL.....	5
3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	5
4.	MARCO REFERENCIAL	6
4.1	REFERENTE CONCEPTUAL	6
4.2	REFERENTE TEÓRICO.....	8
5.	DISEÑO METODOLOGICO.....	10
6.	EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL	11
6.1	EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO	22
7.	LAS NOTIFICACIONES EN EL MARCO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS	25
7.1	LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ADUANERO DECRETO 390 DE 2016	36
8.	LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO DERIVADO DE LA INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADUANEROS	42
9.	CONCLUSIONES.....	55
10.	REFERENCIAS.....	60

EL DEBIDO PROCESO A LA LUZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADUANEROS

1. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Se reconoce la garantía fundamental del debido proceso, al usuario aduanero cuando se efectúan actos administrativos de carácter particular, sin que se verifique el pleno cumplimiento de los requisitos de la notificación, como mecanismo de salvaguarda del principio de publicidad que debe revestir a toda actuación administrativa?

2. JUSTIFICACIÓN

El debido proceso como eje estructurante central sobre el cual se funda el presente trabajo, es la clave para analizar desde el punto de vista dogmático, legal y jurisprudencial el presupuesto del ejercicio de la notificación del acto administrativo de carácter aduanero, de cara a obtener como resultado, que el administrado, para el caso concreto el usuario aduanero, tenga conocimiento de toda aquella actuación que le pueda generar un cambio en una situación jurídica particular.

Dicho presupuesto, encaminado desde el punto de vista constitucional en su artículo 209 a garantizar el principio de publicidad como elemento esencial del debido proceso y de todo acto administrativo o judicial; conlleva a realizar una serie de actos enmarcados dentro de parámetros normativos, para que se efectivice no solo el acto administrativo o judicial correspondiente sino también las consecuencias que se derivan de este.

Cuando el acto administrativo de carácter aduanero no alcanza a notificarse conforme los parámetros principales de notificación, se activan formas subsidiarias para notificar, las cuales a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana son mecanismos efectivos y legales para alcanzar la notificación de la parte interesada; no obstante su uso está restringido precisamente por ser un mecanismo secundario de notificación; al cual solo se puede acudir siempre y cuando se logre agotar la búsqueda y efectiva notificación del usuario aduanero, intentado localizarlo por otros medios, cuando no existan direcciones donde enviar la notificación en el Registro Único Tributario –RUT- o aportada directamente por el usuario aduanero para efectos de notificación.

Dichas formas de notificación están contempladas en el decreto 390 de 2016 en su título XXII, las cuales son: notificación por correo electrónico, personal, por edicto, por correo, por aviso en el sitio web de la DIAN y por estado, y reglamentadas en la resolución 041 de 2016, además de las contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), esto es personal y por aviso que por remisión o falta de regulación en el estatuto especial, se deban usar. Al respecto, el artículo 657 del decreto 390 de 2016 señala:

Formas de notificación: Los requerimientos especiales aduaneros, los actos administrativos que deciden fondo y, en general, los actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, notificarse personalmente o por correo.

La autoridad aduanera podrá notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Los actos que impulsen el trámite de los procesos se notificarán por estado.

Los autos comisorios y las resoluciones que ordenan un registro se notificarán por el funcionario que practica la diligencia.

Cuando, dentro de un proceso administrativo, el acto administrativo deba notificarse a varias personas, los términos comenzarán a correr a partir de la última notificación efectuada.

También se notificarán personalmente o por correo los actos administrativos que resuelvan una solicitud de revocatoria directa o los recursos de reposición y apelación.

Cuando el acto administrativo resultado de un procedimiento de una verificación de origen en la importación deba notificarse a varias personas, los términos correrán de manera independiente a partir de su notificación a cada uno de los interesados. (Decreto 390, 2016)

La falta de estudios articulados, en torno a esta temática, que den cuenta de las dificultades que acarrea para la administración pública ejecutar un acto administrativo que carece de una debida notificación como requisito de eficacia del mismo; y que, analice al mismo tiempo las repercusiones de la misma situación desde la óptica de los usuarios aduaneros, es lo que dota de pertinencia este trabajo, toda vez que se examina desde una doble vía, el deber ser del ejercicio de la notificación a la luz del debido proceso como derecho fundamental de carácter constitucional.

Para la comunidad académica y para la Universidad Autónoma Latinoamericana, es importante este estudio, en la medida en que del análisis de la pregunta problema planteada, se desprenderán conclusiones de carácter jurídico, que lleven a determinar hasta qué punto se vulnera el derecho al debido proceso, cuando no se logra una efectiva notificación del acto administrativo de carácter aduanero, y las implicaciones fácticas y jurídicas que conllevan tal presupuesto tanto para la entidad pública que emite dicho acto, como para el usuario aduanero.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si con el ejercicio de notificación de los actos administrativos de carácter aduanero, se garantizan los derechos del usuario aduanero al debido proceso, la defensa y contradicción, como garantías fundamentales a que tiene derecho todo ciudadano, cuando la administración pública inicia una actuación que conlleva a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

3.2.1 Identificar desde el punto de vista histórico, jurídico y jurisprudencial, los aspectos que sirven de base fundamental para establecer el derecho al debido proceso, como un derecho fundamental inherente al ser humano; mediante el cual se logran materializar otros derechos como los de contradicción y defensa en materia administrativa y judicial.

3.2.2 Exponer las modalidades y pasos del proceso de notificación de actuaciones de carácter administrativo, específicamente el acto administrativo aduanero; como un proceso que trasciende de un aspecto meramente formal a un elemento esencial fundamental de la función administrativa como garantía del principio de publicidad y el derecho al debido proceso.

3.2.3 Establecer si con las notificaciones de actos administrativos aduaneros, se han llegado a incurrir en la vulneración de los derechos de los usuarios aduaneros a la debida notificación y consecuentemente al debido proceso administrativo cuando se acude a la notificación mediante citación personal y por correo.

4. MARCO REFERENCIAL

4.1 REFERENTE CONCEPTUAL

En el camino por abordar una temática que implica el enlace de diferentes elementos de carácter académico, se hace necesario establecer puntos de partida para lograr encajar de una forma sistemática –lógica los contenidos que se pretenden mostrar como fuentes de una problemática de origen jurídico que se traslada a escenarios fácticos como lo es el contexto de las actuaciones administrativas que lleva a cabo la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN.

Dichas actuaciones deben estar cobijadas por una serie de procedimientos que garanticen la eficacia y validez del acto producido. Para analizar estos elementos se parte del establecimiento de una noción básica, a partir de la cual se desprenden y enlazan los demás elementos que se pretenden poner en consideración a lo largo del trabajo, a modo de referentes, los cuales servirán de base para sustentar las ideas principales que se tejen en el camino.

Un *referente* es lo que expresa una relación a 'algo', de lo cual deriva que una *referencia* es un aspecto que de cierta manera indica la acción de poner alguna cosa o fenómeno en relación con alguna circunstancia, es decir, vincular diferentes elementos de un contexto. (Ortiz, 2006)

Así las cosas, el referente conceptual base del presente trabajo, será el análisis del debido proceso, como principio del Estado Social de Derecho y derecho fundamental de origen Constitucional, que es transversal a toda actuación administrativa, pues su fin es evitar arbitrariedades en el trámite del proceso administrativo o judicial.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Sentencia C 8104, 2010)

Como quiera que el debido proceso ha de entenderse como un principio, derecho y garantía Constitucional que lleva en sí mismo a la garantía de otros principios y derechos, tales como el de contradicción, defensa y publicidad; se hace necesario identificar el enfoque plural que tiene este derecho, específicamente cuando se vincula a una persona en el escenario de una actuación administrativa aduanera, a partir de la cual se han de desplegar una serie de actuaciones que conllevan necesariamente a servir de base para garantizar y efectivizar el derecho a un debido proceso y a los que consecuentemente de él se derivan.

Esa actuación base, que permite efectivizar los principios y derechos planteados, en el escenario de una acción administrativa, será la notificación como acto de comunicación procesal que va más

allá de una mera formalidad, estableciéndose como sustento de toda la actuación administrativa que consolida la misma, generando un escenario de doble vía, donde el administrado y para el caso particular el usuario aduanero, una vez que conoce de la actuación puede ejercer sus derechos de contradicción y defensa por medio de las instrumentos legales que el mismo ordenamiento jurídico le da; y por el otro lado la DIAN puede entender que una vez se surtió la notificación y el usuario aduanero tiene pleno conocimiento de la actuación que se lleva a cabo, esta le es oponible y goza de plena legitimidad para seguir materializando las consecuencias que se deriven de ella.

Así se ha planteado en términos de la Corte Constitucional los alcances contenidos en la notificación del acto administrativo:

A través de la notificación se materializan los principios de publicidad y contradicción en los términos que establezca la ley, de modo que sólo cuando se da a conocer a los sujetos interesados las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria y para la interposición de recursos(...) (Sentencia C 012, 2013)

4.2 REFERENTE TEÓRICO

Para encajar la presente investigación dentro del mundo jurídico, específicamente dentro de la rama del derecho administrativo, se parte del enfoque teórico del debido proceso como derecho fundamental a través del cual se materializan otros derechos como el de publicidad y el de contradicción.

En este sentido, se plantea la importancia del acto de notificación como supuesto jurídico para materializar y volver efectivo el debido proceso de los usuarios aduaneros ante la DIAN, organismo que tiene bajo su mando la administración, control y debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias en el estado Colombiano.

Cuando la DIAN emite un acto administrativo, dirigido a un particular, en virtud del principio de publicidad que cobija a toda actuación administrativa, conforme al artículo 209 Constitucional, se debe activar el mecanismo de notificación para garantizar que la persona incurso en determinada actuación, tenga pleno conocimiento de la misma. A propósito la Corte Constitucional ha expresado que:

El principio de publicidad plantea el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, tanto por los directamente interesados en ellas como por la comunidad en general. En el primer caso, el principio de publicidad se realiza a través de las notificaciones como actos de comunicación procesal; es decir, del derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción. (Sentencia C 1114, 2003)

Ahora bien, si el acto administrativo de carácter aduanero, es notificado por medio de correo o mediante una citación personal y este no se notifica en debida forma por responsabilidad directa de la empresa de correo, que debe llevar a cabo dicha actividad, se desencadenan una serie de situaciones en doble vía; por un lado la DIAN continua con el trámite administrativo que se está llevando a cabo, toda vez que tiene mecanismos subsidiarios de notificación; por otro lado, cuando se continua la actuación y no se tiene en consideración la situación particular del usuario aduanero, se pueden generar vulneraciones de derechos sobre él mismo, que conllevan situaciones jurídicas complejas para la entidad y para el administrado, las cuales llevan a generar detrimentos patrimoniales por causa de las demandas que interpone el administrado, como consecuencia de la vulneración de sus derechos.

Es así, como se permite justificar la teoría de la vital importancia que reviste la notificación en el escenario de las actuaciones administrativas para garantizar la publicidad del acto, la contradicción y oponibilidad del mismo, acudiendo al debido proceso como fuente suprema de protección de los derechos del administrado, cuando se encuentra en un escenario de relación directa con una entidad

de carácter público, que debe sustentar sus actuaciones en el marco del Estado Social de Derecho consagrado en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Sobre este elemento esencial del acto estatal, hay una extensa línea jurisprudencial y nutrida normatividad tanto internacional como nacional, que sería tema de otra profunda investigación jurídica, porque la notificación como tal desarrolla el principio de publicidad dentro de todo proceso judicial, incluido el administrativo y de ella no se sustraen como es natural, los actos de la administración. Pero su importancia radical consiste en que guarda estrecha relación con los derechos fundamentales de las personas al debido proceso y al derecho de defensa, porque mediante ella se materializa el ejercicio de los recursos. (Pérez, 2013)

5. DISEÑO METODOLOGICO

Para alcanzar los objetivos planteados en el presente trabajo, se hace necesario partir de un enfoque metodológico hermenéutico, ya que la hermenéutica como ciencia de la interpretación está encaminada a darle sentido al lenguaje utilizado por los autores de aquellas fuentes que se consultan en el trayecto de una investigación.

Dicho de otra manera:

...puede definirse más particularmente a la Hermenéutica como la ciencia de interpretación del lenguaje de los autores. Esta ciencia da por sentado el hecho de que existen diversas modalidades de pensamiento, así como ambigüedades de expresión; y tiene por oficio hacer desaparecer las probables diferencias que puedan existir entre un escritor y sus lectores, de modo que éstos puedan comprender con exactitud a aquél. (Terry, 1990)

Por tratarse el presente trabajo, de una monografía de compilación, se han de recopilar entonces las fuentes secundarias de información para iniciar el análisis hermenéutico del debido proceso como principio general del derecho, garantía constitucional y derecho fundamental, de cuya salvaguarda y efectividad deben dar cuenta todos los operadores jurídicos en un Estado Social de Derecho, cuando el ciudadano se encuentra inmerso en una actuación procesal especialmente si se trata de una actuación judicial o administrativa.

En el escenario de las actuaciones administrativas, se estudiara desde la doctrina, la jurisprudencia y la ley; específicamente la ley aduanera el proceso de la notificación de los actos administrativos como fundamento y requisito esencial que debe reunir toda actuación que involucre a un ciudadano, para garantizar no solo el debido proceso dentro de dicha actuación, sino además, el conglomerado de derechos, garantías y principio que se hacen efectivos cuando se da materializa el debido proceso en la actuación administrativa, tales como, el derecho a la defensa, a la contradicción, igualdad, principio de legalidad, juez natural, oponibilidad y publicidad, entre otros que se verán más adelante y que dan cuenta del amplio espectro que cubre el debido proceso dentro de las actuaciones administrativas y aduaneras específicamente.

Finalmente desde una perspectiva crítica se abordaran las consecuencias que se derivan de una indebida notificación de carácter aduanero, relacionando los aspectos facticos y jurídicos que se dan para el ciudadano cuando se presenta esta situación; con las consecuencias en términos económicos y procesales que se repercuten en la administración pública.

6. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Cuando se trata de establecer las nociones básicas y fundamentales que deben envolver toda actuación de origen administrativo o judicial, se hace ineludible acudir a la categoría del debido proceso como eje transversal de toda actividad que emane de un órgano de carácter público y que conlleve directamente a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica de un ciudadano o imposición de una sanción.

El debido proceso está concebido desde sus orígenes constitucionales como un valor, principio y derecho fundamental inherente al ser humano. Es un principio por cuanto está orientado desde el Estado Social de Derecho a preservar el ejercicio de las funciones del Estado bajo parámetros

previamente establecidos, conteniendo la arbitrariedad en toda actuación. Es un valor, en tanto hace parte del componente axiológico del Estado Social de Derecho y derecho fundamental, por contener en si las garantías a que todo ciudadano tiene derecho dentro de una actuación judicial o administrativa, y de llegar a ser vulnerado se activan mecanismos de protección automáticamente, tales como el agotamiento de actuaciones administrativas, la revocatoria directa del acto, la nulidad y restablecimiento del derecho e incluso el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo de salvaguarda de los derechos fundamentales en Colombia.

En palabras de la Corte Constitucional:

El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. (Sentencia C 034, 2014)

Para poder dimensionar la importancia particular que reviste el derecho al debido proceso como derecho fundamental, es necesario comprenderlo desde sus orígenes; pues aunque no existe un consenso en torno a los cimientos históricos que dieron origen al debido proceso, por cuanto algunos autores plantean su nacimiento desde el derecho Romano, donde se estableció que no existía derecho sin acción, ni acción sin derecho; entendiendo la acción como los mecanismo o el proceso que debía ejercer para volver efectivo el derecho vulnerado.

Otros autores han planteado el origen al debido proceso, desde el año 1215, donde el rey de Inglaterra conocido como Juan sin Tierra, forzado por los nobles de su territorio, estableció la Carta Magna como instrumento de contención frente a las arbitrariedades de la realeza, y se generaron una serie de garantías para los nobles, entre las cuales se destaca el hecho de que estos

no podían ser juzgados más que por un tribunal con miembros de la misma nobleza y bajo unos parámetros previamente establecidos.

Esta contextualización histórica, del surgimiento del debido proceso como derecho, no necesariamente lleva a determinar un punto exacto de nacimiento del mismo para el derecho moderno, pues se hace necesario reconocer que este, como todos los derechos consagrados en la historia de la humanidad tienen una progresión histórica, en la medida en que las sociedades avanzan en sus relaciones entre el ciudadano-el Estado-otros Estados y sus ciudadanos.

Es así como se puede rescatar que tanto del derecho Romano como de la Carta Magna Inglesa se nutre el debido proceso como derecho, y se genera esa doble connotación que tiene el mismo a partir de lo que se denomina el due process of law del derecho anglosajón, y a la luz de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Se trata entonces del debido proceso en su concepción adjetiva, el cual implica el seguimiento de una serie de parámetros o reglas a la hora de iniciar cualquier tipo de actuación administrativa o judicial. Estas reglas comprenden el debido proceso en su relación directa con el principio de legalidad, el cual supone que los órganos del Estado solo pueden actuar sometidos a las leyes previamente establecidas dentro del ordenamiento jurídico interno.

Así las cosas el debido proceso en su acepción adjetiva implica el seguimiento ordenado, lógico y legal que dictan las normas, para poder llevar a cabo una actuación que repercute de forma directa o indirecta en el seno de una sociedad y en los ciudadanos. Motivo por el cual se puede considerar que radica la vital importancia del seguimiento de estos parámetros, y la garantía del derecho al debido proceso en el antiguo debate entre lo que se debe entender por legalidad y legitimidad; pues como quiera que se ha planteado por diversos actores, la legalidad implica el seguimiento de las

normas y la legitimidad radica esencialmente en la aceptación de las conductas de los órganos públicos por parte de los ciudadanos; luego, si el ordenamiento jurídico implica la existencia de un catálogo de normas dentro de las cuales se vierten los valores, principios y fines de un Estado, cuanto más estas normas sean reflejo de los patrones de comportamiento de los ciudadanos de un Estado, mayor será su nivel de aceptación, y por ende se dará garantía tanto a la legalidad como de la legitimidad que encierra cualquier tipo de actuación.

Entonces el debido proceso, maximiza ese mandato de legalidad, y el estricto cumplimiento de los parámetros previamente fijados para cualquier tipo de actuación, sentara las bases para que la misma sea acogida por los ciudadanos so pena de estar inmersa dentro de una causal de nulidad procesal, de las cuales se hablara más adelante.

Luego, se encuentra la otra cara del debido proceso en su dimensión sustantiva, es decir el carácter esencial que envuelve este derecho, pues en este punto, el debido proceso actúa como garante de otros derechos de carácter fundamental, tales como la libertad individual de los ciudadanos. La justicia como punto de llegada de toda actuación que provenga de los órganos del Estado, cobra mayor relevancia en esta cara del debido proceso, que le dice a los operadores judiciales, hasta qué punto y bajo que parámetros legales se pueden restringir las libertades de los ciudadanos.

En otras palabras:

...el debido proceso ostenta la naturaleza de un principio general del derecho constitucionalizado que consta de una faceta procesal contentiva de un conjunto de garantías irrenunciables del juicio limpio como la contradicción, la igualdad, la publicidad, el juez natural e imparcial, entre otras, a las que deben acogerse todos los sujetos en las actuaciones que afecten la vida, la libertad y la propiedad. En concordancia con lo anterior, deviene la faceta sustancial del debido proceso que apunta a establecer un estándar axiológico válido dentro del cual pueden actuar los órganos encargados de restringir razonable y proporcionalmente los derechos. (Escobar, 2004)

Se trata entonces el debido proceso, de un derecho complejo por cuanto en su estructura funcional abarca dos dimensiones intrínsecamente relacionadas, algo así como dos caras de una misma moneda; por un lado la parte adjetiva – formal que debe revestir toda actuación judicial o administrativa, y por otro lado la materialización de los derechos de los ciudadanos que se ven envueltos en dichas actuaciones, especialmente con lo que respecta a la ejercicio de los derechos y libertades individuales.

Con estos elementos se puede intentar brindar una definición del debido proceso como derecho fundamental, entendiéndolo como aquellos parámetros legales que se deben seguir en toda actuación que emane de los órganos del poder público de un Estado, para garantizarle a los miembros de una sociedad el estricto cumplimiento de la ley y la salvaguarda de sus derechos como seres humanos y como ciudadanos, con la finalidad de contener las arbitrariedades que se puedan presentar en dichas actuaciones, atendiendo a la justicia como criterio de sostenimiento del orden jurídico.

Al tenor de la Corte Constitucional de Colombia, el debido proceso es entendido como:

...el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (C 248 , 2013)

Como se ha logrado evidenciar, el debido proceso cubre un amplio espectro de protección de doble vía, en la medida en que brinda garantías a los ciudadanos conteniendo la fuerza del aparato estatal y consecuentemente reviste de legalidad las actuaciones que se originan de los órganos del poder público.

Dada la transversal importancia que reviste este derecho, en el sostenimiento del ordenamiento jurídico, y con la evolución de la sociedad modernas, la consagración de derechos reconocidos universalmente para el hombre y para la humanidad, es apenas comprensible que se comenzaran a

hacer expresas las consagraciones y remisiones al debido proceso como derecho fundamental y elemento esencial de cualquier tipo de actuación que emane de los órganos del Estado.

Tras la Revolución Francesa, con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se evidencia la consagración expresa a la figura del debido proceso como garantía de los ciudadanos frente al poder Estatal, en su artículo 7 dispone:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia. (fmmeducación.com.ar, s.f.)

A su turno en Estados Unidos, a partir de la quinta enmienda de su Constitución Nacional ratificada en 1791, entre las cuales se ratifican otras diez enmiendas en el texto conocido como “The Bill of Rights”, se consagra el debido proceso como actuación que se debe seguir antes de privar a un ciudadano de sus derechos fundamentales.

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. (hacer.org, s.f.)

Como puede observarse, la consagración expresa del debido proceso en textos normativos de orden nacional e internacional, necesariamente mueve a los Estados y a las sociedades a reforzar la consagración de esta institución jurídica en instrumentos de carácter internacional como declaraciones, convenciones y tratados, para sentar las bases de una seguridad jurídica sobre este derecho que no solo supone la protección sustancial sino además de las formas de actuar de los órganos del Estado.

Es así como en el continente Americano en 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, a la luz de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fruto de la Revolución Francesa y como consecuencia de la dignificación de la persona humana, promulga la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en su artículo 18 consagra bajo el título de derecho de justicia:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. (oas.org, 2006)

Para el año 1969, como mecanismo de cohesión de los Estados Americanos en torno a la protección de los derechos humanos de todos los connacionales de los estados parte, se suscribe en San José de Costa Rica La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 8.1 establece dentro de las garantías judiciales que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (oas.org, 2014)

Nótese como, dentro de la redacción del artículo se destaca el uso de las debidas garantías, el establecimiento de un juez o tribunal competente, con anterioridad a la ley, es decir la consagración del principio de legalidad en su plena concepción jurídica, dentro de los estados derecho, en los cuales prima la dignidad humana como columna vertebral de todos los ordenamientos jurídicos, y a partir de la cual y por la cual se empiezan a desarrollar otros derechos y principios modernos como el debido proceso.

Dentro del mismo artículo citado, se puede evidenciar como las garantías allí establecidas se hace extensiva a otras materias del derecho, siendo la materia fiscal una de las referenciadas por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la que más interesa para los

finés de este trabajo, pues se logra establecer, que el debido proceso es un derecho de tan vital trascendencia en lo que tiene que ver con la determinación de derechos y obligaciones de los ciudadanos, como se expresa en el artículo 8.1 de la Convención, que incluso en materia fiscal, no se puede desconocer; y los organismos que tienen bajo su responsabilidad el control fiscal de los Estados, para el caso Colombiano, la DIAN deben salvaguardar este derecho en todas sus actuaciones.

La salvaguarda del derecho al debido proceso, se debe entender en dos dimensiones; una por tanto constituye un derecho y una garantía de carácter constitucional en el ordenamiento jurídico Colombiano, que en su artículo 29 dispone:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Constitución Política de Colombia, 1991)

A su vez hace parte integral de tratados y convenios de orden internacional en materia de derechos humanos, lo cual hace que este derecho este en ámbito del bloque de constitucionalidad, establecido en la constitución política de Colombia en su artículo 93 así:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Constitución Política de Colombia, 1991)

A su turno, la Corte Constitucional, se ha referido al respecto del debido proceso, como derecho integrante del bloque de Constitucionalidad en el siguiente sentido:

Tanto el derecho al debido proceso (artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) como el artículo 27 de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre hacen parte del bloque de constitucionalidad por ser derechos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. (Sentencia C 200, 2002)

Por otro lado, la salvaguarda al debido proceso se fundamenta también, en la medida en que de su garantía depende la protección de otros derechos que revisten una gran importancia en toda clase de actuaciones que emanen de los órganos del poder público.

En este sentido se tienen como garantías del debido proceso:

a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Sentencia C 8104, 2010)

Este es quizá el elemento que le da mayor alcance al debido proceso como derecho fundamental, en tanto la pluralidad de configuración normativa, por tener inmerso en su espectro de protección todas las garantías a las que se deben acoger los órganos del estado dentro de una actuación que involucre a sus ciudadanos, esta direccionada a contener la fuerza punitiva o sancionadora del aparato estatal.

Derechos como el de jurisdicción, el juez natural, la defensa, proceso público, la independencia e imparcialidad del juez, controvertir y presentar pruebas, entre otros, se encuentran consagrados en la Constitución Nacional Colombiana, de forma independiente; no obstante hacen parte integral del debido proceso por cuanto, para lograr que al ciudadano, una vez se le inicia un proceso dentro de la órbita judicial o administrativa, tendiente a crear, modificar o extinguir una situación jurídica o a imponerle una sanción, se deben seguir una serie de pasos previamente establecidas – “unas reglas de juego”.

Estos derechos como el del juez natural, la defensa, la publicidad entre otros, son las “reglas del proceso” que previamente tiene establecidas el ciudadano para saber cómo hacerle frente a la situación que se le está poniendo de presente. Recuérdese que el debido proceso tiene una parte sustancial, que como ya se anoto es esa parte en la que se le protege al ciudadano sus derechos fundamentales en tanto contenido axiológico y pilar básico de un Estado Social de Derecho, y una parte adjetiva, la cual es que aquella de la que se ha venido hablando como las “reglas del proceso” – los pasos que deben seguir las autoridades judiciales o administrativas para poder llegar al resultado querido, dentro de un ordenamiento jurídico, atendiendo al valor justicia como máximo fin al cual se desea llegar una vez iniciado el proceso.

No obstante, para lograr tal fin no se pueden sentar las bases del proceso sobre eslabones de una cadena mal diseñada o mal construida, pues el resultado de esa mala ejecución, necesariamente será una decisión arbitraria que no llene los requisitos del valor justicia como fin supremo, y consecuentemente se tendrá que revertir dicha decisión, con el peligro de los efectos que generan la reversión de una decisión que pudo llegar a imponer cargas para el ciudadano, que no debía soportar y ante las cuales este tendrá el pleno derecho a reclamar; siendo los entes judiciales o administrativos en particular y el Estado en general, los llamados a responder por la mala actuación

de sus funcionarios o sus órganos. Por esto se hace importante atender a la máxima señalada por Sergio García Ramírez, en su texto *El Debido Proceso* criterios de la jurisprudencia Interamericana donde sostiene que:

Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: "la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado". (García, 2012)

Es precisamente en esa legitimidad de los medios, en la que se debe fundar la decisión de los funcionarios públicos y es en el debido proceso donde deben confluír todos esos derechos que recoge el ordenamiento jurídico en pro del ciudadano, y para garantizar la estabilidad del aparato estatal.

Con todo es necesario reconocer, que desde el constitucionalismo moderno y la consagración de los derechos humanos en las constitucionales estatales, bajo el reconocimiento de derechos fundamentales, se han venido desarrollando análisis jurídicos en torno a la limitación o no que puedan tener algunos derechos cuando entran en colisión con otros de igual o superior jerarquía. Metodologías como el test de proporcionalidad, utilizados por la Corte Constitucional Colombiana para establecer hasta qué punto se puede restringir un derecho fundamental por ejemplo, para salvaguardar otro derecho fundamental, los cuales se encuentran en colisión, han dado como resultado el establecimiento de paradigmas como el del núcleo esencial de los derechos, ese núcleo esencial es el que le permite a los operadores jurídico determinar hasta qué punto se puede restringir un derecho para salvaguardar otro sin vulnerar aquel.

En el caso particular del derecho al debido proceso, ya la Corte Constitucional ha establecido su núcleo esencial indicando: "...en definitiva la protección al debido proceso tiene como núcleo esencial la de hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la

defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho” (Sentencia T 416, 1998).

Se puede concluir entonces, que los derechos fundamentales no son absolutos, y que siempre y cuando se proteja su núcleo esencial, se puede restringir las garantías que de ellos se derivan. Como el núcleo esencial del debido proceso se encamina, según la Corte Constitucional y como ya se ha establecido a lo largo de este apartado, a brindar garantías en doble vía, por un lado que el ciudadano pueda velar por sus intereses ante una autoridad judicial o administrativa; y por la otra que la decisión que se tome dentro del proceso atienda a los criterios de justicia como fin supremo, garantizando la armonía del ordenamiento jurídico.

Cuando se trata de la restricción al debido proceso como derecho fundamental, la Corte Constitucional ya se ha referido al tema indicando que:

Debe tenerse en cuenta en consecuencia que al derecho constitucional al debido proceso y en particular al derecho de defensa no puede dárseles un carácter absoluto que no tome en cuenta la necesidad de impedir que los procesos se dilaten indefinidamente lo que haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas” (art. 29 C.P) así como el principio de celeridad (art 228 C.P.) que tienda a asegurar la eficacia del acceso a la justicia (art 229 C.P.), lo que no significa por supuesto que pueda vulnerarse por el Legislador el núcleo esencial de dichos derechos ni que se pueda desconocer que todo procedimiento debe estar encaminado a la protección y realización del derecho material de las personas. (Sentencia C 154, 2004)

6.1 EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Queda claro que el debido proceso, es un derecho, una garantía y un fin de carácter constitucional, que debe aplicarse de manera directa en toda actuación judicial o administrativa, pues el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, dispone de manera expresa su aplicación, también en el ámbito administrativo.

No obstante lo anterior, y el significado amplio que tiene el debido proceso por tratarse de un derecho complejo que conlleva a la garantía de otros derechos, la jurisprudencia Colombiana ha establecido de forma reiterada que, en materia administrativa el debido proceso tiene un alcance diferente, al alcance que puede dársele en materia judicial.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que:

...en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción. (Sentencia C 980 , 2010)

Entonces se hace necesario establecer que la función administrativa en Colombia dentro del marco del Estado Social de Derecho persigue unos principios que le son esenciales, por cuanto se encuentra al servicio del interés general. Por contener la función administrativa unos principios que le son propios, se debe entender que el debido proceso dentro de una actuación administrativa debe atender a los fines esenciales dicha función.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 209, define así la función administrativa, y sus fines:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Si los fines de la función administrativa están dirigidos a garantizar la igualdad, la moralidad, la eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de todas sus actuaciones, no puede afirmarse que el debido proceso dentro de este ámbito del derecho tenga los mismos alcances o

dimensiones que tiene este derecho dentro de la actuación judicial, la cual va encaminada como función pública a salvaguardar el orden público y la ley.

La Corte Constitucional ya ha establecido esta distinción aduciendo que:

... el debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. (Sentencia C 034, 2014)

En este escenario es donde cobra vital importancia la categoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, recuérdese que ese núcleo esencial es el mínimo que se debe respetar de un derecho, cuando entra en colisión con otro de igual categoría, y se debe propender la salvaguarda de ambos hasta su núcleo esencial.

Por ejemplo, si dentro de una actuación administrativa, el ciudadano realiza una serie de actuaciones jurídicas tendientes a dilatar el proceso administrativo, amparándose en el debido proceso como garantía de sus actuaciones, esta dinámica podría conllevar al detrimento de la economía y celeridad con la cual deben actuar los órganos administrativos como principio de sus funciones.

Luego, puede darse una colisión entre principios que ostentan categorías constitucionales, dentro de lo que la misma Corte Constitucional ha denominado doble categoría de principios rectores a las cuales debe atender la administración pública dentro del debido proceso

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública. (Sentencia C 610, 2012)

Esta doble categoría de principios rectores ha llevado consecuentemente a la protección de unas garantías previas y posteriores dentro del escenario de la actuación administrativa y a la luz del debido proceso administrativa.

Como se puede recordar, en el apartado anterior se logró establecer que el debido proceso conllevaba una doble dimensión por cuanto tenía una dimensión adjetiva, esto es netamente procesal y una dimensión sustancia, es decir, protección de derechos y garantías en estricto sentido.

En el escenario del debido proceso administrativo, estas dimensiones no se podían desconocer, luego la Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las *garantías previas* y *posteriores* que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las *garantías mínimas previas* se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las *garantías mínimas posteriores* se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. (Sentencia C 1189, 2005)

Finalmente la Corte Constitucional ha señalado unos requisitos que le son propios al debido proceso dentro de la actuación administrativa así:

...la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados. (Sentencia C 980 , 2010)

7. LAS NOTIFICACIONES EN EL MARCO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Cuando se habla del debido proceso en el contexto de las actuaciones administrativas, como un derecho fundamental encaminado a la garantía de una “doble categoría de principios rectores” a

los que hace referencia la sentencia C 610 de 2012, citada en el capítulo anterior; en el sentido de definir que esta doble categoría está compuesta por los principios propios del debido proceso, como por ejemplo, el derecho a la jurisdicción, el juez natural, la defensa, contradicción, proceso público entre otros; y los principios propios de la función administrativa, entre los cuales según el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia se encuentran: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

El principio de publicidad es pues, uno de los elementos de la administración pública, que permite que los ciudadanos se den cuenta de forma efectiva de las actuaciones que se llevan a cabo dentro de la administración en virtud de la función administrativa que se tiene por vía constitucional, y cuya principal forma de manifestación es el acto administrativo, ese acto es entendido desde la jurisprudencia y la doctrina como la manifestación unilateral de la administración, tendiente a crear, modificar, o extinguir situaciones jurídicas o imponer una sanción atendiendo al interés general y en cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El Consejo de Estado mediante sentencia radicado número 25000-23-41-000-2012-00338-01 del año 2014, dio su concepto de acto administrativo en los siguientes términos: “Un acto administrativo efectivamente es la manera en que la administración manifiesta unilateralmente su voluntad, provocando efectos jurídicos que crean, modifica o extinguen situaciones de los afectados” (Consejo de Estado sentencia radicado 25000-23-41-000-2012-00338-01, 2014).

Por su parte, el jurista Colombiano Diego Younes Moreno en su texto de Derecho Laboral Administrativo define el acto administrativo como:

...es toda declaración de voluntad unilateral, de una autoridad proferida en ejercicio de sus atribuciones y en la forma determinada por la ley o reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo y que tenga por objeto, crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva. (Younes, 1978, p.110)

Entonces, para lograr que ese acto administrativo sea conforme a derecho y cumpla la finalidad para la cual fue emitido, es decir, surtir un efecto jurídico particular o general, es necesario que esta decisión en primera medida sea pública, ateniendo al principio de publicidad de la función administrativa; y en ese mismo estadio se atenderá a las obligaciones inherentes al debido proceso, por cuanto, si el ciudadano tiene conocimiento de las actuaciones que se están llevando a cabo por parte de la administración podrá ejercitar aquellas garantías y herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico para aceptar o controvertir dicha actuación.

Esto es lo que se debe entender como la “doble categoría de principios rectores” a los cuales deben atender las entidades administrativas cuando inician un proceso, en virtud de sus actuaciones constitucionales; luego es necesario que el ciudadano conozca de forma efectiva dicha actuación, para poder informarle al ordenamiento jurídico y a la sociedad, que la administración no actúa a espaldas de sus administrados, que sus actuaciones no son arbitraria, que se ajustan a derecho y brindan las garantías propias del debido proceso.

En el contexto administrativo, ese acto administrativo, puede ser particular o general; y según sus destinatarios, será la forma en que el acto atendiendo al principio de publicidad deba ser dado a conocer a los interesados. Puede ser entonces, la publicidad el medio idóneo para dar a conocer el acto administrativo, si se trata de un acto general y abstracto; o la notificación, si se trata de un acto particular o subjetivo.

La ley 1437 de 2001 Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en adelante CPACA. Trae la distinción en la forma en cómo debe darse la publicidad de los actos administrativos, según sus destinatarios en su Capítulo V, que trata sobre publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones. En sus artículos 65 y 66 establece las formas en cómo debe

llevarse a cabo la notificación de los actos, según sea estos de carácter general o particular, respectivamente. La ley establece:

ARTÍCULO 65. DEBER DE PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

PARÁGRAFO. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.

ARTÍCULO 66. DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes. (Ley 1437, 2011)

La Corte Constitucional mediante jurisprudencia ha determinado la importancia de estas dos figuras en el entendido que:

Los actos administrativos, por disposición del legislador, admiten dos formas concretas de publicidad, su publicación en el diario oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos, esto es impersonales, y la notificación, si se trata de contenidos subjetivos y concretos que afectan a un individuo en particular, o a varios, identificables y determinables como tales, lo anterior por cuanto la publicidad se ha establecido como una garantía jurídica con la cual se pretende proteger a los administrados, brindándoles a éstos certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que emanan de su expedición. En cuanto a los actos administrativos subjetivos, cuya acción de nulidad tenga caducidad, ellos deberán ser debidamente publicitados. (Sentencia C 646, 2000)

En la misma línea, el Consejo de Estado ha afirmado esta normatividad, respecto de la publicidad de los actos administrativos, así:

La publicidad, entonces, es el mecanismo mediante el cual el administrado - la persona - conoce los derechos que le asisten y las obligaciones y cargas impuestas; al igual que la promulgación de la ley se establece como requisito indispensable para su obligatoriedad, la publicación de los actos administrativos generales y la notificación de los de carácter particular y concreto, concurren a obtener la misma finalidad. (Consejo de Estado Sentencia radicado 1223, 1999)

Es la notificación del acto administrativo particular, la herramienta idónea según la ley y la jurisprudencia Colombiana, para darle a conocer a sus administrados, las actuaciones que se están desplegando en el ámbito administrativo, y que de alguna forma involucran directamente al ciudadano.

El artículo 66 de la ley 1437 de 2011, establece la notificación como ese elemento genérico de dar a conocer a los administrados los actos administrativos particulares; y a su vez abre el espectro normativo, al dar pie a las formas en como esa notificación debe darse para garantizar no solo el acto de conocimiento, que deben tener los administrados sobre esa actuación; sino, en la misma medida el debido proceso como derecho fundamental al que tienen derecho todos los ciudadanos por mandato Constitucional, y que en materia administrativa se materializa en virtud de ese principio de publicidad de la función administrativa.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido ajena al señalamiento del papel fundamental que cumple la publicación y notificación de los actos administrativos, en la salvaguarda del derecho al debido proceso y a l principio de publicidad y las garantías que emanan de estos dos:

...conforme lo ha explicado la Sala en abundantes providencias, constituye una aplicación práctica del principio de publicidad de las actuaciones administrativas, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, que representa una garantía para los administrados en el sentido de que no habrá actuaciones oscuras y secretas de las autoridades y que las decisiones que los afecten serán conocidas por ellos para que puedan ejercer en debida forma el derecho de contradicción y de defensa frente a las mismas. Respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto, es la notificación personal el medio idóneo para dar a conocer la decisión a su destinatario y darle la oportunidad de intervenir en defensa de sus derechos. Su ausencia, o la indebida notificación personal, conducen a la inexigibilidad de la decisión administrativa, es decir que frente al administrado, no resulta obligatoria ni se le puede oponer. Quiere decir lo anterior que, no obstante existir un acto administrativo investido de la presunción de legalidad, porque se asume que fue expedido con el lleno de todos los requisitos legales, el mismo le es inoponible al administrado, cuando no haya sido puesto en su conocimiento,

en la forma indicada por la ley, lo cual se explica si se tiene en cuenta que nadie puede ser obligado a dar cumplimiento a una disposición que desconoce. (Consejo de Estado Sentencia radicado 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934), 2007)

La doctrina también se ha encargado de señalar como el ejercicio de la notificación de los actos administrativos, conlleva inexorablemente a la protección de la “doble categoría de principios rectores” que debe proteger la función administrativa, esto es el debido proceso y la publicidad.

El docente José Rafael Carrillo, en un artículo para la revista electrónica de la facultad de derecho de la Universidad de Santander, denominado procedimiento para las notificaciones administrativas, afirma que la importancia de los actos administrativos radica en que son:

La forma habitual que tienen las administraciones de relacionarse con los ciudadanos; los cuales además de estar ajustados a derecho, deben ser debidamente notificados, pues de lo contrario se produciría la indefensión del administrado, violando de paso el derecho fundamental al debido proceso. (Carrillo, 2013)

El jurista Colombiano Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su texto acto administrativo procedimiento, eficacia y validez, deja ver en la misma medida como se ha venido enunciando, el papel que cumple la notificación del acto administrativo, tanto para el organismo que lo emite; como para el ciudadano que está incurso en dicha actuación:

La forma de publicitación de los actos individuales es la notificación. Mecanismo de relación directa y carácter específico entre la administración y la persona respecto de la cual el acto debe producir efectos jurídicos. Refleja la protección que los asociados deben tener del Estado en cuanto a la contradicción de las decisiones administrativas y el derecho de defensa. (Santofimio, 1994)

Es eminentemente la notificación, el elemento que le permite a la administración sostener sus actuaciones dentro de un ordenamiento jurídico, por cuanto esta es la que le informa, no solo al ciudadano que se ve involucrado en dichas actuaciones de lo que está ocurriendo dentro de determinado proceso, sino además, a todo el conglomerado social y estatal; para que dichas actuaciones sean vistas como legales y legítimas a la luz de la constitución y la leyes pre establecidas.

Así mismo el ciudadano, una vez esta notificado, tiene la posibilidad de controvertir las decisiones administrativas, por medio de los recursos a que dé lugar cada acto proferido y que se encuentran también regulados normativamente; y ejercitar su derecho de defensa, como lo expresa Santofimio en su texto citado.

Es por esto que la norma, específicamente la ley 1437 de 2011 trae a partir de su artículo 67 las formas en como pueden ser notificados los actos administrativos, contemplando un amplio abanico de posibilidades, con el propósito de lograr de forma efectiva y legal, la notificación del acto, el cumplimiento del principio de publicidad y la garantía del debido proceso.

Entre las formas de notificación de los actos administrativos que trae la ley 1437 de 2011 se encuentran:

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

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

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

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

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

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

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

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

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

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

Nótese entonces, que la normatividad establece una forma de notificación principal como los es, la notificación personal, la cual debe ir acompañada de copia autentica del acto administrativo, fecha y hora, y uno de los elementos que deben considerarse esenciales, para que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos de contradicción y defensa; los recursos que pueden ser interpuestos ante dicho acto, la autoridad competente y los plazos para interponerlos.

En la misma medida, cuando la notificación personal no puede llevarse a cabo, en un término de cinco días del envío de la citación, la ley contempla un mecanismo subsidiario de notificación, a saber, la notificación por aviso mediante dirección, fax o correo electrónico del destinatario, o mediante la página electrónica o un lugar de acceso público de la entidad que emite el acto cuando se desconozcan los datos del destinatario.

Es necesario, que el ciudadano se entere de forma oportuna y diligente de las actuaciones que le comprometen dentro de una actuación administrativa, por ende el legislador no solo establece un mecanismo exclusivo de notificación, sino además formas subsidiarias de notificación que se entienden pueden ser usadas, si y solo si el mecanismo principal de notificación ha sido agotado.

La Corte Constitucional mediante sentencia C 012 de 2013 se ha referido a respecto de este tema, en los siguientes términos:

En relación con las actuaciones administrativas, la jurisprudencia ha señalado que contar con medios subsidiarios de notificación es parte del procedimiento normal de las actuaciones administrativas, dado que de este modo se ofrece una solución válida en casos en los que no es posible realizar notificaciones personales, garantizando el principio de celeridad y los derechos e intereses ciudadanos. Sin embargo los mecanismos subsidiarios no remplazan a los principales y deben ser utilizados únicamente después de agotar los recursos disponibles para comunicar personalmente las actuaciones administrativas. (Sentencia C 012, 2013)

Por supuesto, el Consejo de Estado también ha sentado su línea jurisprudencial sobre este tema, afirmando:

De otro lado, en razón a la variedad de providencias que existen, de su contenido y de la oportunidad en la que se dictan dentro del proceso, el legislador estableció diversas formas de notificación, de las cuales una es la principal (la notificación personal) y otras son las subsidiarias (por edicto, por estado, por estrado y por conducta concluyente). Así, en nuestro ordenamiento jurídico prima la forma de notificación personal, pues es la que mejor se acompasa con la finalidad de la notificación (hacer saber o dar a conocer la decisión a las partes o terceros intervinientes) y con los derechos al debido proceso y a la defensa. (Consejo de Estado Sentencia radicado 11001-03-25-000-2010-00099-00(0830-10), 2012)

Cuando la jurisprudencia se refiere a que, “los mecanismos subsidiarios son utilizados únicamente cuando después de agotar los recursos disponibles para comunicar personalmente las actuaciones administrativas”, quiere decir que efectivamente existen unos recursos para lograr que el ciudadano sea notificado de forma personal.

El artículo 67 de la norma en estudio, cuando trata de la notificación personal trae consigo dos modalidades de notificación:

La primera trata de la notificación por medio electrónico, siempre que el mismo ciudadano haya aceptado este medio de notificación.

La notificación por medio electrónico, es una de las innovaciones que ha traído la ley 1437 de 2011, a propósito del avance en las tecnologías de la información y la comunicación, y como estas le pueden brindar economía y celeridad a los procesos administrativos. La ley incorpora la regulación en torno a este medio de notificación, en el capítulo iv que trata sobre utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo y en su artículo 56 sobre la notificación estipula:

ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

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

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. (Ley 1437, 2011)

Este medio podrá ser usado, solo si es aceptado por el administrado, no obstante así este acepte la utilización de medios electrónicos, podrá solicitar dentro de un mismo proceso, que las notificaciones siguientes se surtan conforme se establecen en capítulo quinto de la ley 1437 de 2011.

Respecto del uso de los medios electrónicos para notificar a los administrados sobre las actuaciones administrativas, la Corte Constitucional ha manifestado:

(...) tal y como lo ha reconocido la Corte en múltiples decisiones, en el marco de los diferentes tipos de notificación dispuestas por el legislador, la que se realiza por correo, incluido el electrónico, representa un mecanismo adecuado, idóneo y eficaz, que garantiza el principio de publicidad y el debido proceso, porque es una manera legítima de poner en conocimiento de un determinado proceso o actuación administrativa, a los sujetos interesados. (Sentencia C 980 , 2010)

Y respecto del contenido de dicha notificación, el Consejo de Estado ha establecido:

Por disposición de la misma norma, cuando el interesado acepta ser notificado por correo electrónico es viable notificar el acto por esta vía, pero tal alternativa no puede ignorar del todo los requisitos atrás mencionados, entre ellos la entrega de la copia del acto y el señalamiento de los recursos que proceden, razón por la cual cuando se notifica por correo electrónico debe adjuntarse el texto completo del acto, pues su incumplimiento invalida la notificación. (Consejo de Estado Sentencia Radicado 25000-23-37-000-2012-00459-01, 2013)

La segunda modalidad de notificación que trae el artículo 67 de la ley en mención, es la notificación por estrados; la cual es forma de notificación personal verbal, en donde se le informa al administrado de las decisiones que se toman con el acto administrativo, dejando claro esta constancia de lo que se informa y los recursos que le proceden al acto así como los plazos para interponerlos.

Existe también la conducta concluyente consagrada en artículo 72 de la ley 1437 de 2011, como una tercera modalidad de notificación personal, según lo ha establecido la Corte Constitucional.

El artículo 72 referenciado dicta:

ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales. (Ley 1437, 2011)

Es decir, que si el ciudadano se da cuenta por cualquier otro medio diferente a los establecidos en la ley, de la actuación que se está llevando a cabo y manifiesta la aceptación del mismo o interpone los recursos legales a que hay lugar, se entenderá que el ciudadano se ha notificado de la actuación mediante conducta concluyente.

La Corte Constitucional mediante auto 074 de 2011, manifiesta que esta es una modalidad de notificación personal por cuanto:

(...) la notificación por conducta concluyente es una modalidad de notificación personal que supone el conocimiento previo del contenido de una providencia judicial y que satisface el cumplimiento del principio de publicidad y el derecho a la defensa, y tiene “como resultado que éstos asuman el

proceso en el estado en que se encuentre, para, a partir ese momento, emprender acciones futuras en el mismo. (Auto 074, 2011)

Finalmente la Corte Constitucional mediante sentencia T 210 del 2010, determina la triple función que cumple la notificación del acto administrativo particular

- i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes. (Sentencia T 210, 2010)

7.1 LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ADUANERO DECRETO 390 DE 2016

En Colombia, el 7 de marzo de 2016, atendiendo a múltiples recomendaciones de modernización del estatuto aduanero, especialmente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y por obligaciones internacionales previamente adquiridas con la Comunidad Andina y el Convenio Internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kyoto), se promulga el decreto 390 del 2016.

Con este nuevo decreto, se busca según varios expertos generar armonía en torno a las normas aduaneras existentes en el país, ya que la anterior normatividad, es decir el decreto 2685 de 1999, se había convertido en una “colcha de retazos” de todos los convenios en materia de comercio exterior y tratados de libre comercio firmados por Colombia en los últimos años.

El mismo decreto trae en su parte considerativa, los tres ejes fundamentales sobre los cuales se estructura este nuevo instrumento normativo, a saber: “se requiere compilar, modernizar, simplificar y adecuar la regulación aduanera a las mejores prácticas internacionales, para facilitar

el comercio exterior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales” (Decreto 390, 2016).

La existencia de normas especiales, para determinados temas en particular, lo atinente a la legislación que regula la “administración aduanera y quienes intervienen en el ingreso, traslado, permanencia y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional aduanero” (Decreto 390, 2016) se fundamenta esencialmente en artículo 189 constitucional que le da potestad al presidente de la república como jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, en su numeral 25 de regular los temas de aduanas y comercio exterior, en los siguientes términos:

Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Como quiera que la normatividad aduanera, hace parte de las relaciones que tiene la administración con sus administrados, necesariamente debe atender a los postulados y principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional y que ya han sido objeto de estudio en el presente trabajo. Luego, el estatuto aduanero no puede ser ajeno a los postulados del debido proceso y los principios de publicidad consagrados constitucionalmente, y que se configuran como límites a la autoridad estatal.

Tratándose de temas aduaneros con relación al debido proceso y la notificación del acto administrativo, el Consejo de Estado, máximo órgano de lo contencioso administrativo mediante sentencia N° 19787 del 21 de agosto de 2014 manifestó que:

La notificación es un acto simbólico y solemne mediante el cual el Estado entera al particular de una determinación unilateral, respaldada en la supremacía que le confiere la autoridad soberana que le distingue y le separa de los administrados. Sólo a partir de esa ceremonia de poder, surtida, sin

embargo, en un trámite secretarial, la providencia puede producir efectos. En el fondo se trata de una garantía y de la manera jurídica de hacer efectivos los derechos porque, desde ese momento el particular puede interponer los recursos y ejercer las acciones que la Constitución y la ley consagran a su favor para restablecer el equilibrio perdido en tan desigual intercambio. Ningún querer o manifestación del gobernante puede variar semejante mecanismo de defensa de los derechos y libertades. (Consejo de Estado Sentencia radicado 19787, 2014)

Por la naturaleza misma de las relaciones jurídicas que regula el estatuto aduanero, estos es el ingreso, traslado, permanencia y salida de mercancías dentro y fuera del “territorio nacional aduanero” como lo expresa el decreto 390 de 2016, es indispensable que dicha norma establezca la forma en como tienen que ser notificados los actos administrativos que se expiden en esta materia, tendientes a crear, modificar o extinguir una situación jurídica o imponer una sanción.

Luego, cuando el acto administrativo en materia aduanera, emana de la autoridad que le compete, es decir la DIAN, este debe revestir todas las características propias del debido proceso como derecho fundamental y de los principios rectores de la función administrativa, como el de publicidad; por tratarse de un acto administrativo. La forma de materializar ambos preceptos en el mundo del derecho es a través de la notificación, como un acto de comunicación, que de la a conocer al administrado la actuación que se está llevando a cabo y como pueden defenderse de esta a través de los recursos que puede interponer.

Por esto, el decreto 390 de 2016, en su título xxi trae específicamente los tipos de notificaciones que se tienen establecidas en la normatividad aduanera; para tales efectos el artículo 657 establece las formas de notificación:

Formas de notificación. Los requerimientos especiales aduaneros, los actos administrativos que deciden fondo y, en general, los actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, deberán notificarse personalmente o por correo.

La autoridad aduanera podrá notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación. Los actos que impulsen el trámite de los procesos se notificarán por estado. Los autos comisorios y las resoluciones que ordenan un registro

se notificarán por el funcionario que practica la diligencia. Cuando, dentro de un proceso administrativo, el acto administrativo deba notificarse a varias personas, los términos comenzarán a correr a partir de la última notificación efectuada. También se notificarán personalmente o por correo los actos administrativos que resuelvan una solicitud de revocatoria directa o los recursos de reposición y apelación. Cuando el acto administrativo resultado de un procedimiento de una verificación de origen en la importación deba notificarse a varias personas, los términos correrán de manera independiente a partir de su notificación a cada uno de los interesados. (Decreto 390, 2016)

En el artículo 657 la normatividad aduanera trae como formas de notificación, la notificación personal o por correo, entendiéndose que como puede ser la una o la otra, ambas son formas de notificación principal de los actos administrativos aduaneros.

A propósito la DIAN, mediante concepto unificado de notificaciones del 26 de julio de 2016 manifestó que:

(...) Es de manifestar que el artículo 565 del Estatuto Tributario, el artículo 657 del Decreto 390 de 2016 y el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, que regulan el procedimiento de notificación de los actos administrativos en materia tributaria, aduanera y cambiaria, respectivamente, son consistentes al señalar que la notificación personal o por correo, son formas de notificación de los actos de la administración (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2016)

La notificación por estado también está contemplada por este artículo como una forma de notificación principal sobre aquellos actos que impulsen el trámite de los procesos, así como la utilización de medios electrónicos para dar a conocer al administrado del acto; no obstante este medio de notificación está supeditado a los mismos parámetros que trae la ley 1437 de 2011, es decir, que el ciudadano acepte esta forma de notificación.

A su turno, el artículo 663, trae la notificación por edicto, como una forma de notificación subsidiaria a la notificación personal

Notificación por edicto. Si no se puede hacer la notificación personal al cabo de diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de acuse de recibo o certificación de entrega de la citación, se fijará edicto en la sitio web de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el término de diez (10) días hábiles, con inserción de la parte resolutive del acto administrativo. El edicto deberá indicar el nombre e identificación del interesado, el número y fecha del acto

administrativo que se está notificando, la parte resolutive del mismo y la fecha y hora tanto cuando se fija, como cuando se desfija, así como la firma de quien lo hace. (Decreto 390, 2016)

La notificación por aviso, también se encuentra inmersa en este decreto, como forma de notificación subsidiaria, cuando la notificación por correo ha sido devuelta. El aviso deberá ser publicado en la página web de la DIAN, no obstante la norma expresa que este debe incluir mecanismos de búsqueda por número de identificación personal.

Artículo 665. Notificaciones devueltas por el correo. Las actuaciones notificadas por correo que por cualquier razón sean devueltas, serán notificadas mediante aviso en el sitio web de la DIAN que deberá incluir mecanismos de búsqueda por número de identificación personal la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el responsable el término para responder o impugnar se contará desde el día hábil siguiente a la publicación en el sitio web. Lo anterior no se aplicará cuando la devolución se produzca por notificación a una dirección distinta a la informada en el RUT, en cuyo caso se deberá notificar a la dirección correcta dentro del término legal. (Decreto 390, 2016)

En todo caso, tanto la forma de notificación por edicto, como la notificación por aviso y las citaciones para notificaciones devueltas, las cuales están circunscritas a la una publicación en la página web de la DIAN; se encuentran reguladas en la resolución 41 del 11 de mayo de 2016, artículos 26 al 30, estipulando para cada situación los términos que tiene la publicación, así como el contenido de la misma y los efectos jurídicos que se generan al vencerse los términos de la publicación.

Aquellos caso o situaciones específicas que no se regulen en el decreto 390 de 2016, serán suplidas por la ley 1437 de 2011, toda vez que el decreto en mención, es una norma que regula una materia en especial, esto es el régimen aduanero en Colombia; mientras que la ley 1437 de 2011, es la norma que regula a nivel general todas las actuaciones administrativas que rigen en el país; entre ambas normatividades existe una relación de especie a genero respectivamente; totalmente compatibles por tratarse ambas, de normatividades que regulan la función administrativa dentro del escenario nacional.

La norma genérica, esto es, la ley 1437 de 2011 trae en su articulado la cláusula de reenvío, en los casos no previstos por las regulaciones especiales, como es el caso del decreto 390 de 2016. La ley en su artículo 2 establece:

ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

...

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código. (Ley 1437, 2011)

A su turno, el artículo 34 de la misma ley trae respecto el procedimiento administrativo común y principal, la siguiente disposición:

Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código. (Ley 1437, 2011)

Estas normas tienen como finalidad, llenar aquellos vacíos que se puedan generar en las regulaciones especiales que sobre temas particulares se promulguen en el país; en aras de garantizar la seguridad jurídica del ordenamiento interno, evitar lagunas jurídicas y establecer los estándares deseables de soporte al principio de legalidad y de legitimidad que debe revestir todo el sistema jurídico nacional y las actuaciones del aparato estatal.

Se trata entonces, de la armonía de las actuaciones administrativas, que en el tema de las notificaciones, en particular; está directamente relacionado con el cumplimiento del debido proceso administrativo y el principio de publicidad de todas las actuaciones administrativas.

No en vano, los dos instrumentos normativos analizados, traen incorporado dentro de sus articulados, la regulación detallada del proceso de notificación de los actos administrativos y de aquellos que son de carácter aduanero; diseñando para esto formas de notificaciones principales y subsidiarias, pues lo que se trata en este escenario, es de garantizar por todos los medios e

instrumentos legales posibles, que el ciudadano tenga conocimiento de la actuación que se está llevando a cabo.

El conocimiento del acto administrativo, esta intrínsecamente relacionado no solo con la facultad que la da al administrado y en particular al usuario aduanero para defenderse de dicha actuación, sino que además y como ya se ha venido argumentando, le da soporte legal al acto para poder producir los efectos jurídicos que pretende la administración con dicho acto.

8. LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO DERIVADO DE LA INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADUANEROS

Como se ha logrado establecer, la notificación de un acto administrativo, no es un mero acto de comunicación hacia el ciudadano, la notificación se constituye en el instrumento que materializa la garantía del debido proceso administrativo, como derecho fundamental, el principio de publicidad como uno de los principios constitucionales de la función administrativa; y a su vez activa otros derechos que se encuentran intrínsecamente relacionados con el debido proceso, tales como el del juez natural, el de contradicción, defensa, entre otros; esto por parte del administrado.

Para la administración, lograr que su acto sea efectivamente notificado a la o las persona interesadas en el mismo, lleva a garantizar que ese acto pueda ser oponible, es decir, que sus efectos jurídicos pueden producirse por cuanto se han materializado todas las garantías que el ordenamiento jurídico le exige a la administración, para poder llevar a cabo su función.

En el caso específico de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se ha puesto en evidencia, que como mecanismos principales de notificación, entre otros, se tienen la notificación personal y la notificación por correo. En la notificación personal es apenas necesario

con que la persona interesada, su apoderado o la persona debidamente autorizada por el interesado, comparezca para ser notificado.

Por el contrario, la notificación por correo, envuelve una serie de particularidades propias de una forma de notificación que es llevada a cabo por medio de una empresa de correo y cuyo ejercicio está regulado mediante la ley 1369 de 2009, la cual establece el régimen de los servicios postales en Colombia.

Para que la notificación sea llevada a cabo por correo, se hace necesaria la ubicación exacta del usuario aduanero, dicha ubicación se da mediante el Registro Único Tributario (en adelante RUT), el cual es el instrumento utilizado a partir de la ley 863 de 2003, para tener un registro de todos los contribuyentes y usuarios aduaneros que intervienen en actividades económicas en el país; como medida que permita la evasión en el pago y cobro de los impuestos correspondientes.

El artículo 19 de la ley 863 de 2003 define el RUT en los siguientes términos:

ARTÍCULO 19. REGISTRO UNICO TRIBUTARIO. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo 555-2:

"Artículo 555-2. Registro Unico Tributario - RUT. El Registro Unico Tributario, RUT, administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, constituye el mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar las personas y entidades que tengan la calidad de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y no contribuyentes declarantes de ingresos y patrimonio; los responsables del Régimen Común y los pertenecientes al régimen simplificado; los agentes retenedores; los importadores, exportadores y demás usuarios aduaneros, y los demás sujetos de obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, respecto de los cuales esta requiera su inscripción.

El Registro Unico Tributario sustituye el Registro de Exportadores y el Registro Nacional de Vendedores, los cuales quedan eliminados con esta incorporación. Al efecto, todas las referencias legales a dichos registros se entenderán respecto del RUT. (Ley 863, 2003)

Es decir, que el RUT como instrumento que le sirve a la DIAN para ubicar a los usuarios aduaneros, debe contener en esencia, la identificación de las personas naturales o jurídicas, para garantizar su plena individualización; la clasificación de las actividades que desarrollan o

regímenes a los cuales pertenece y la ubicación en la cual la DIAN puede entrar en contacto con dicha persona natural o jurídica.

Como la normatividad aduanera trae incorporada la notificación por correo en sus texto normativo, es entonces natural que la empresa de correo acude a esa dirección informada en el RUT para poder llevar a cabo la función que le es encomendada, y es que el decreto 390 de 2016, respecto de la dirección para notificaciones en su artículo 656 establece, que es la dirección incorporada en el RUT o el documento que haga sus veces, el lugar donde se efectuará la notificación del acto administrativo aduanero.

Artículo 656. Dirección notificaciones. La notificación de los actos de la administración aduanera deberá efectuarse a la dirección registrada en el Registro Único Tributario –RUT o registro que haga sus veces, o a la dirección procesal, cuando el responsable haya señalado expresamente una dirección dentro del proceso que se adelante, para que se notifiquen los actos correspondientes, en cuyo caso la Administración Aduanera deberá hacerlo a dicha dirección.

Cuando no existan las direcciones mencionadas en el inciso anterior, el acto administrativo se podrá notificar a la dirección o correo electrónico que se conozca, o a la que se establezca mediante la utilización de los registros de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales guías telefónicas, directorios especiales y en general, la información oficial, comercial o bancaria. (Decreto 390, 2016)

El segundo inciso del artículo en mención, cobra vital importancia por cuanto establece, que si no hay una dirección registrada en el RUT o documentos que hagan sus veces, le corresponde a la administración agotar otros mecanismos de búsqueda de la o las personas interesadas en dicho acto administrativo, tales como dirección de correo electrónica, guías telefónicas o información bancaria. A su turno el inciso final de este artículo estipula que solo se procederá a la notificación por aviso en la página web de la DIAN, cuando han fallado todos los mecanismos de búsqueda del usuario aduanero, anteriormente descritos.

Nótese como la ley no se limita en opciones a la hora de notificar un acto administrativo, toda vez que, como ya se ha venido argumentando, de ese proceso de notificación del acto depende la garantía de derechos y obligaciones consagrados a nivel constitucional y depende el acogimiento a la “doble categoría de principios rectores” a los cuales debe atender la administración pública.

Pero, ¿qué pasa entonces cuando se genera una indebida notificación del acto administrativo por fallas que se presentan, desde la notificación por correo?

Este cuestionamiento se ha generado desde la oficina de la defensoría del contribuyente y usuario aduanero (en adelante defensoría), por una serie de irregularidades que se han venido presentando en la notificación de los actos administrativo aduaneros, por parte de las empresas de correo.

Cita la defensoría, entre los casos que se han venido presentando:

- Correo devuelto por no encontrar dirección en predios urbanos y rurales. Se ha encontrado que las empresas de correos que prestan el servicio a la DIAN, en algunos casos no entregan los correos en las direcciones indicadas y simplemente hacen la devolución del correo aduciendo causal “Dirección Incorrecta”. Esta situación se hace mucho más recurrente en los predios rurales.
- Es frecuente la inconformidad de administrados que afirman que el acuse de recibo fue firmado por personas o empresas distintas y desconocidas por el destinatario.
- Actos no fueron entregados con oportunidad y pérdida de la guía de entrega.
- Notificaciones reiteradas a la misma dirección a pesar de causal “dirección incompleta”. Se evidencia en los expedientes que a pesar que el correo es devuelto, reiteradamente los actos son enviados a la misma dirección sin evidenciar una labor de investigación de las razones o buscar nuevas formas de notificación por parte de quien profiere el acto respectivo.
- En el sector rural no aceptan dirección distinta de donde se encuentra operando una empresa (cabecera urbana o municipal) a pesar de probar que la empresa de correos no llega hasta el predio. (Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, 2014)

Las discrepancias en el ejercicio de la notificación, se generan en gran medida en aquellas zonas rurales donde la ubicación geográfica de los lugares a notificar pueden generar dificultades de

acceso a la empresa que lleva a cabo la notificación por correo, no obstante aunque el problema radica en el acceso a los domicilios de notificación, la defensoría ha encontrado, que las empresas de correo colocan como causal de la no entrega “dirección incorrecta”.

La defensoría también ha encontrado situaciones donde se han firmado la guía de recibido por personas o empresas diferentes a las que se pretenden notificar así como envíos reiterados a la misma dirección a pesar de generarse la causal de “dirección incompleta”.

En su mayoría son situaciones que pueden verse como una mal ejercicio de la notificación por correo, de la empresa prestadora del servicio, no obstante existen otras causales, como el envío reiterado a la misma dirección, aunque la dirección este incompleta que si son responsabilidad directa de la entidad que emite el acto administrativo, y que es la encargada de localizar por todos los medios que le permite la ley, al usuario aduanero.

Así mismo, dentro de las recomendaciones de notificaciones emitidas por la defensoría, se hace alusión directa a la responsabilidad que le compete a la DIAN, respecto del seguimiento e interventoría del contrato de prestación de servicios de correo. Manifiesta la defensoría:

De acuerdo al Objeto del Contrato de Prestación de Servicios mediante el cual se presta un servicio de mensajería especializada o mensajería expresa, la empresa de correos se compromete a entregar expeditamente en la dirección informada por el contribuyente, usuario o interesado los actos administrativos objeto de notificación.

Se establece que la supervisión del contrato será ejercida por los Jefes de las Divisiones de Documentación o quienes hagan sus veces en cada una de las seccionales a Nivel Nacional; y en el Nivel Central por el Jefe de la Coordinación de Documentación de la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos; la Jefe de la Coordinación de Documentación de la Subdirección de Gestión de Recursos Físicos actuará como Coordinadora Nacional. (Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, 2014)

Luego; siempre será responsabilidad de la entidad administrativa, que se lleve a cabo de forma plena y bajo los requisitos de ley la notificación del acto administrativo, por cuanto, como ya se ha

visto este ejercicio lleva implícita la carga de la materialización del derecho fundamental al debido proceso y el cumplimiento del principio de publicidad de la función administrativa.

A propósito la Corte Constitucional, mediante auto 025A /12 del 13 de febrero de 2012, manifestó:

El acto de notificación constituye un elemento estructural del derecho fundamental al debido proceso, en cuanto que, por su intermedio, más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una determinada actuación procesal, lo que busca es asegurar la legalidad de las determinaciones que se adopten al interior de la misma, permitiendo que los distintos sujetos procesales puedan ejercer los derechos de defensa, contradicción e impugnación, utilizando oportunamente los instrumentos o mecanismos de defensa que se hayan previsto para la protección de sus intereses. (Auto 025A, 2012)

Es de anotar que la normatividad, por supuesto estipula aquellos casos en los que no se puede llevar a cabo la notificación del acto administrativo por causales tales como “dirección errada”. El artículo 658 del decreto 390 de 2016, establece que es estos casos se debe proceder así:

Artículo 658. Corrección de la notificación. Cuando los actos administrativos de fondo o los de trámite hayan sido notificados a una dirección errada, habrá lugar a corregir el error dentro del término previsto para la notificación de los mismos, enviándolos a la dirección correcta. En este caso, los términos empezarán a correr a partir de la notificación efectuada en debida forma. (Decreto 390, 2016)

No obstante, cuando la defensoría advierte; las irregularidades que en el proceso de notificación se han venido observando, no solo se encuentra con causales de notificación en direcciones erradas, para las cuales el remedio es corregir y volver a realizar la notificación a la dirección correcta.

La defensoría ha encontrado casos en los cuales la notificación se ha realizado a personas o empresas que no eran las destinatarias del correo, así como notificaciones ejecutadas fuera del tiempo estipulado para ello, con pérdida de las guías de entrega, también se han dado casos del no acceso de la empresa de correo al lugar de notificación, especialmente en las zonas rurales, entre otros casos.

Entonces, tratándose del trámite de notificaciones de actos administrativos aduanero, se entiende que si la persona o personas interesadas en dicha actuación no logran ser notificadas de manera

personal, o como es del caso en revisión, por correo; se activan los mecanismos subsidiarios de notificación de los actos administrativos, como por ejemplo la notificación por aviso o por edicto. Aunque ya se ha manifestado que los mecanismos subsidiarios de notificación según la ley y la jurisprudencia solo se activan siempre y cuando se agoten todos los medios para ubicar al usuario aduanero, acudiendo por ejemplo a información bancaria, directorios telefónicos, correo electrónico y otros; este requisito también se encuentran limitado a las obligaciones que tiene el usuario aduanero, respecto de mantener actualizada su información en el RUT.

Como ya se anotó, es el RUT el instrumento que contiene los datos para identificar plenamente al usuario aduanero, así como su actividad económica y lo que se constituye en uno de los elementos más importantes; los datos de ubicación o dirección por medio de la cual la DIAN puede mantenerse en contacto con el usuario aduanero.

Es al usuario aduanero, al que le corresponde mantener actualizada la información que reposa en el RUT conforme el decreto 2788 de 2004, que regula todo lo atinente al RUT y en su artículo 10 inciso 2 se establece: “Será responsabilidad de los obligados actualizar la información contenida en el Registro Único Tributario, la cual deberá realizarse previamente a la ocurrencia del hecho que genera el cambio, sin perjuicio de los términos señalados en normas especiales” (Decreto 2788, 2004).

Entonces, si se lleva a cabo el proceso de notificación y la dirección que informa el usuario aduanero, esta errada, porque este no ha realizado el proceso de actualización del registro, conforme el artículo anteriormente referenciado; según la jurisprudencia, no le corresponde a la DIAN agotar los mecanismos de búsqueda del usuarios aduanero que tenga a disposición, pues podrá acudir directamente a la notificación subsidiaria a que haya lugar; por cuanto es responsabilidad de los obligados mantener su registro actualizado.

Así las cosas, se debe establecer que, si bien a los mecanismos de notificación subsidiarios solo se pueden acudir cuando se han agotado otras formas de localizar al ciudadano, como por medio de información bancaria o guías telefónicas; esta condición no es absoluta, ya que si al administrado no se le puede ubicar por su propia responsabilidad, esto es, no actualizar su información en el RUT por ejemplo, no se le puede trasladar a la administración la carga adicional de buscar al ciudadano; en aras de la economía y celeridad que también son principios de la función administrativa.

A propósito la Corte Constitucional, en sentencia C 012 de 2013, ha expuesto:

La publicación por aviso en la página web de la DIAN y en un lugar de acceso al público de la misma entidad cuando son devueltas las notificaciones por correo, no desconoce el debido proceso, el orden justo ni el deber de garantizar los derechos de las personas, ya que la previsión legal de este mecanismo de notificación: (i) es desarrollo de la potestad de configuración legislativa -en este caso, extraordinaria- en materia de procedimientos administrativos y del deber constitucional de contribución a la financiación de los gastos del Estado y la sociedad; (ii) no significa un ejercicio arbitrario o desproporcionado de tal potestad de configuración de los procedimientos administrativos y de las notificación de las actuaciones de la administración, ya que solo se activa, como mecanismo subsidiario, a partir del incumplimiento de la carga razonable que recae en el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante de informar a la autoridad tributaria de la dirección en la que desea ser notificado. (Sentencia C 012, 2013)

Queda claro entonces, que existen casos en los que no se puede hacer una efectiva notificación al ciudadano, por medio de los instrumentos principales de notificación, generándose la posibilidad de acudir a los mecanismos subsidiarios de notificación; no obstante ¿Qué pasa con esos otros casos en los que no se logra una efectiva notificación del acto administrativo?

Casos como los que ha evidenciado la oficina de la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero, y que ya han sido evidenciados, tales como la notificación a empresas o personas que no eran los destinatarios, notificaciones extemporáneas con pérdida de guías de entrega o la inaccesibilidad a predios rurales; son situaciones que se han venido generando en el transcurso de la entrada en vigencia del decreto 390 de 2016; y que generan costos tanto para la administración, como para el administrado, sin contar con los perjuicios que se le pueden generar al mismo, al

iniciar un proceso en el que pueden embargarse los bienes que en la mayoría de los casos son el instrumento generador de ingresos para el ciudadano.

Respecto de la indebida notificación del acto administrativo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado, en el sentido de la importancia de reconocer criterios tales como los de nulidad o ineficacia del acto administrativo, por no haberse notificado en debida forma.

Dentro de todo acto administrativo se deben reconocer tres elementos esenciales para su nacimiento a la vida jurídica, a saber, elementos de existencia, elementos de validez y elementos de eficacia u oponibilidad.

La cuales a partir de la doctrina se pueden entender como:

Todo Acto Administrativo tiene esencialmente tres partes fundamentales: Las que se refieren a su existencia como tal, dentro de las cuales la misma doctrina ubica al órgano y al contenido; las que se refieren a sus elementos que la hacen válida, esto es la voluntad y las formalidades o el procedimiento y por último aquellas relacionadas con su eficacia o oponibilidad, contenidas en las formalidades o el procedimiento para que se haga eficaz y surta efectos jurídicos, siempre y cuando se cumplan con las etapas de publicación y notificación. (Pérez, Eficacia y Validez del Acto administrativo, 2013, p.24)

Es decir que los criterios de existencia y validez del acto administrativo, están íntimamente relacionados con la forma en cómo se produce el acto y el órgano del cual proviene; con los actos administrativos aduaneros, no hay duda alguna de que su forma de producción se han ceñido a los parámetros legales que estipula el ordenamiento jurídico, pues la defensoría no realiza un análisis de los criterios de existencia o validez de los actos administrativos aduaneros, sino más bien de los criterios de eficacia, que si están íntimamente relacionados con la notificación del acto administrativo.

Entonces cuando se habla de la nulidad o ineficacia del acto administrativo, se está en frente de dos escenarios opuestos; toda vez que puede producirse un acto que sea inválido, pero eficaz, porque

este efectivamente fue notificado; o un acto valido pero ineficaz porque el ejercicio de la notificación no se llevó a cabo en la forma en que lo prevé la ley.

La doctrina ha definido la anterior situación así:

Un Acto Administrativo válido puede ser o no eficaz, dependiendo de las condiciones de eficacia que se regulen en los ordenamientos. Por ejemplo, cuando se haya dictado un acto válidamente, pero no se haya surtido la notificación del mismo mediante la utilización de los mecanismos legales para ello. Por lo tanto, el acto será válido pero no eficaz. Contrario sensu, el acto puede ser tachado de inválido por no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero puede llegar a producir efectos a terceros a partir de la notificación. Por lo tanto, será un acto eficaz, pero inválido a partir de la declaración judicial que ordene su nulidad. (Sánchez, 2004, p.100)

El problema jurídico que se plantea entonces, cuando se ponen en evidencia las fallas en el sistema de notificaciones por correo de la DIAN; es que los actos administrativos aduaneros, que no son notificados de forma efectiva a sus destinatarios, no son oponibles a los mismos, es decir, el acto no puede producir efectos jurídicos porque carece de eficacia para poder producirlos; y esta es una posición asumida no solo desde la doctrina, sino también desde la jurisprudencia; pues el ordenamiento jurídico debe castigar de alguna forma la vulneración al correcto ejercicio de la publicidad y notificación del acto administrativo.

Entre la extensa jurisprudencia al respecto, se puede citar la de la Corte Constitucional, que en sentencia T 419 de 1994 manifestó:

El ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada conociendo de la misma, convenga o ejercite en tiempo los recursos legales. Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación, la decisión administrativa respectiva carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia¹ y la doctrina administrativas han señalado que los actos administrativos no notificados "ni aprovechan ni perjudican", cabe decir, son "inoponibles al interesado. (Sentencia T 419, 1994)

Así las cosas, se debe decir que; si el acto administrativo no fue notificado al destinatario, este es ineficaz y por tanto inoponible al ciudadano; y para remediar dicha situación, como ya se ha

establecido, la ley le otorga a la administración mecanismos subsidiarios de notificación de los actos administrativos.

Respecto de este tema, el Consejo de Estado ha reiterado:

La falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que consiste en la imposibilidad de producir los efectos para los cuales se profirió, en consideración a que la publicidad del acto administrativo es un requisito indispensable para que las decisiones administrativas sean obligatorias. (Consejo de Estado Sentencia radicado 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934), 2007)

Ahora, si lo que ocurre es que ese acto administrativo ineficaz, a pesar de no ser oponible al administrado insiste en producir los efectos jurídicos que se derivan de él, se está en presencia de una vulneración al debido proceso administrativo; a partir del cual el ciudadano queda legitimado para iniciar un proceso de reclamación en la misma sede administrativa, agotando los recursos de ley establecidos en la ley 1437 de 2011, mecanismo denominado antes de la ley en mención, como agotamiento de la vía gubernativa, el cual en la actualidad se denomina actuación administrativa. Si, el administrado por desconocimiento del mismo acto administrativo, por la falta o indebida notificación, no puede activar los mecanismos de la actuación administrativa, el mismo decreto 390 de 2016, le faculta para acudir al mecanismo de revocatoria directa de los actos administrativos:

Artículo 610. Revocatoria directa. La revocatoria directa de los actos administrativos proferidos por la autoridad aduanera, se regirá por las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con excepción de su notificación, la que se surtirá conforme lo previsto en el presente decreto. (Decreto 390, 2016)

La revocatoria directa de los actos administrativos, se encuentra estipulada en el artículo 93 de la ley 1437 de 2011, y establece entre una de las causales de revocatoria: “1. cuando sea manifiesta su oposición a la constitución política o la ley” (Ley 1437, 2011).

Como ya se ha manifestado, el debido proceso administrativo, es un derecho fundamental, consagrado constitucionalmente, luego, la consagración normativa expuesta anteriormente,

habilita al ciudadano a ejercer el mecanismo de revocatoria directa del acto, por indebida notificación de mismo y flagrante vulneración de un derecho constitucional.

Por tratarse de un derecho fundamental, es apenas lógico que también se habilite el mecanismo de la acción de tutela, como medida subsidiaria de protección, al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

La decisión que pone término a una actuación administrativa que no es notificada a las partes vulnera el debido proceso. La notificación es una condición de posibilidad de la ejecución del debido proceso. De ahí que el ocultamiento del acto - que es análogo a su no notificación -, equivale a la vulneración del debido proceso, que incorpora en su núcleo esencial la posibilidad de conocer los actos públicos y ejercitar todos los recursos y acciones que concede la ley. La insistencia de la administración en ejecutar un acto ineficaz que afecta la esfera patrimonial de una persona, se inscribe dentro de la misma violación del debido proceso. La acción de tutela procede contra las acciones de la autoridad pública consistentes en la ejecución de un acto ineficaz. (Sentencia T 419, 1994)

Si, el mecanismo jurídico que se activa con la vulneración del debido proceso, es entonces la acción de tutela, como instrumento de protección de derechos fundamentales; y por supuesto que si al usuario aduanero se le pretende aplicar la oponibilidad de un acto administrativo aduanero, cuando por ejemplo este fue notificado a una persona o empresa diferente a la destinataria del mismo; como es uno de los casos expuestos por la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero, es abiertamente necesario acudir a los instrumentos jurídicos que le brinda el ordenamiento al ciudadano para defenderse de las arbitrariedades que se pueden generar desde la función administrativa.

Recuérdese que este es el fin esencial del debido proceso como derecho fundamental; el de proteger al ciudadano de las arbitrariedades que se puedan generar desde las actuaciones judiciales o administrativas. Este derecho funciona como un freno al poder coercitivo del Estado.

Pero ¿cuáles son las repercusiones fácticas, que se originan cuando se vulnera el debido proceso administrativo?

Pues resulta, que tanto la administración como el ciudadano, se ven inmersos no solo en la generación, de una extensa red de procesos administrativos y judiciales; sino que además los costos económicos de un mal ejercicio de notificación se dejan ver.

En el Proyecto de Recomendaciones que sobre la notificación de los actos administrativos de la DIAN, ha realizado la Defensoría; incorpora un cuadro que analiza los costos en un proceso de notificación por correo mal realizado; que termino con una acción de tutela por parte del administrado; pero el espectro es mucho más amplio, toda vez que se debe tener en cuenta que al ciudadano se le pudieron llegar a generar perjuicios derivados de la ejecutoria de un acto ineficaz, lo cual puede incluir embargo y secuestros de bienes, así como los gastos que sobre el trámite administrativo o judicial debe asumir.

Adicionalmente la responsabilidad de la entidad, no solo se ve comprometida por la vulneración al debido proceso como tal; las responsabilidades económicas que se debe asumir para subsanar los perjuicios ocasionados al ciudadano también se deben tener en cuenta. Al respecto de la reparación a los perjuicios ocasionados al ciudadano la Corte Constitucional ha dicho:

La jurisprudencia administrativa ha sostenido que el acto administrativo que no se ha notificado no afecta la validez del acto sino su eficacia. La persona lesionada, por lo tanto, no dispone de la acción de nulidad contra un acto que jurídicamente se reputa inexistente. En el evento de que se ejecute el acto ineficaz, el afectado sólo dispone de una acción indemnizatoria por el hecho de la administración consistente en pretender hacer efectivo un acto ineficaz. (Sentencia T 419, 1994)

Tratándose de la reparación de perjuicios, la ley 1437 de 2011 entre los medios de control que tiene establecidos, figura el de reparación directa, como instrumento al que deben acudir los ciudadanos para lograr de parte de la administración, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, en virtud de las actuaciones de la administración. Concretamente, respecto de los actos administrativos indebidamente notificados y que efectivamente producen efectos en el mundo jurídico, el Consejo de Estado ha manifestado:

La Sala ha considerado que se configura una operación administrativa cuando, por ejemplo, se ejecuta de manera anticipada un acto administrativo, cuestión que se presenta cuando éste no es notificado debidamente, o por falta de notificación, o cuando la ejecución del acto se produce antes de quedar en firme la decisión que desata el recurso interpuesto en su contra, es decir, cuando la Administración ejecuta materialmente un acto administrativo que no ha cumplido con las exigencias previstas en el artículo 64 del C.C.A., lo cual puede dar lugar a la configuración de un daño antijurídico cuyos perjuicios pueden perseguirse a través del ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A. (...) En este sentido, la (...) postura jurisprudencial pone en evidencia la imposibilidad de que un acto que no se encuentra ejecutoriado pueda ser ejecutado por la Administración Pública; en otras palabras, si el acto existe pero no ha sido notificado, carece de eficacia frente a los administrados, razón por la cual su ejecución en esas condiciones bien puede generar o incluso constituir un daño antijurídico que deba ser reparado. (Consejo de Estado Sentencia radicado 47783, 2013)

Entonces, la vulneración al debido proceso administrativo, en el escenario de las actuaciones aduaneras, envuelve no solo la necesidad de la administración por garantizar que sus actos sean conformes a la garantía de este derecho fundamental consagrado constitucionalmente, sino que además requiere la protección de los principios constitucionales de la función administrativa; y no solo el principio de publicidad por cuanto todos los actos administrativos deben ser notificados a los interesados, sino además de principios tales como los de eficacia, economía y celeridad; lo cuales se ven fuertemente comprometidos, cuando se vulnera el debido proceso de los ciudadanos y debe por ende acudir la administración a subsanar dicha vulneración, con la puesta en marcha de actuaciones judiciales que llevan en algunos casos al pago de indemnizaciones a favor del administrado.

9. CONCLUSIONES

El debido proceso como derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de Colombia, debe entender como un derecho de estructura compleja por cuanto entraña una doble funcionalidad, esto es desde una dimensión adjetiva del derecho, que se entiende como el seguimiento ordenado, lógico, y legal de una serie de ritualidades en el marco de toda actuación judicial o administrativa para poder involucrar al administrado en la toma de una decisión; por otro

lado se encuentra la dimensión sustantiva de derecho al debido proceso, que comprende la materialización efectiva, de los derechos del ciudadano cuando se encuentra en el escenario de una decisión que puede crear, modificar, extinguir una relación jurídica o imponer una sanción, esta materialización de los derechos del ciudadano, no solo comprende el derecho del debido proceso como tal, sino además los derechos que se derivan de él como el derecho al juez natural, defensa, contradicción, igualdad, oponibilidad del acto y otros que se configuran como el espectro amplio del debido proceso en toda sus dimensiones.

En el contexto de la función administrativa, consagrada a nivel constitucional, el debido proceso adquiere la calidad de debido proceso administrativo, por cuanto en este punto, según la doctrina y la jurisprudencia, la administración debe atender a una “doble categoría de principios rectores”, entendiendo este concepto como la obligación que tiene la administración de armonizar los principios rectores de la función pública tales como el de moralidad, eficacia, económica, celeridad, publicidad, entre otros; con los demás principios y derechos que se encuentran diseminados en la Constitución Política y que van dirigidos a garantizar no solo la protección de los derechos de los administrados frente a las potestades que ostentan los órganos del Estado; sino además de otorgarle legalidad y legitimidad a los actos que lleva a cabo la administración.

Es precisamente de la armonía de principios, de donde se estatuye el ejercicio de la notificación de los actos administrativos, como un acto que va encaminado a garantizar el debido proceso de los actos administrativos en sincronía, con la publicidad que deben tener estos especialmente si se trata de actos administrativos particulares para garantizarle al ciudadano el pleno ejercicio de sus derechos en el escenario de la actuación administrativa, y en la misma medida generar la eficacia u oponibilidad del acto, es decir, que para que este pueda producir los efectos jurídicos para los cuales fue dispuesto, se requiere que se encuentre notificado en debida forma.

Por esto, la ley le otorga a la administración los instrumentos jurídicos para poder garantizar que la notificación de sus actos efectivamente lleguen a sus destinatarios; la ley 1437 de 2011 crea instrumentos generales de notificación de los actos administrativos, tanto principales como subsidiarios a los cuales se llega solo cuando se agotan los instrumentos principales de notificación, para garantizar que el administrado conozca plenamente la actuación en la cual se encuentra inmerso.

Tratándose de relaciones especiales entre la administración y el administrado, como el régimen aduanero, se generan instrumentos que regulan de forma directa estas relaciones, es el caso del decreto 390 de 2016, que contiene todo el andamiaje jurídico de las aduanas nacionales, y tiene estipulado un capítulo sobre la forma en cómo deben llevarse a cabo las notificaciones de los actos administrativos aduaneros, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al instrumento genérico, esto es, la ley 1437 de 2011, cuando el decreto especial nada dice sobre una determinada forma de notificación, teniendo la posibilidad de acudir a esta por tratarse de dos normatividades plenamente compatibles.

A pesar de la existencia de los instrumentos jurídicos que garantizan que el ejercicio de la notificación se lleve a cabo en debida forma; en el contexto de las notificaciones aduaneras, especialmente respecto de las notificaciones que se llevan a cabo por correo; se han encontrado una serie de irregularidades que han llevado incluso al pago de indemnizaciones a favor de los usuarios aduaneros como consecuencia de la indebida notificación de los actos administrativos.

Situaciones tales como la notificación a personas o empresas que no eran las destinatarias del correo, pérdida de guías de entrega, inaccesibilidad de la empresa de correo a zonas rurales o notificaciones reiteradas en direcciones donde las cuales de devolución son por ejemplo “no reside”, han generado no solo la ruptura de la garantía del debido proceso como derecho

fundamental y el principio de publicidad como principio rector de la función administrativa; sino que además ha repercutido en la vulneración de otros principios de la función tales como el de la economía y la celeridad de las actuaciones.

A partir de la experiencia y a lo ya establecido en los casos concretos por parte de la defensoría si se está violando el derecho al debido proceso al usuario en la notificación por correo en el sentido de que no se está entregando el acto a la dirección informada en el RUT cuando esto es en zona rural toda vez que la empresa del correo contrata con terceros para realizar esta labor de entrega y estos devuelven el acto administrativo por la causal dirección no existe, es aquí donde no se está llevando a cabalidad los requisitos para una debida notificación por parte de los funcionarios sustanciadores no están agotando por otros medios búsqueda al usuario esto es, cuentas bancarias, guías telefónicas, correo electrónicos, entre otros si no que se van directamente a notificar por lo subsidiaria esto es por aviso en la página web, solo se están basando en la dirección del RUT, cuando al usuario lo sancionan y le van a cerrar el establecimiento se entera de la actuación q se lleva a su nombre, por lo que manifiesta que como si le llegan los servicios domiciliarios y un acto de la DIAN no, es aquí donde el usuario entra a defenderse repercute contra la DIAN mediante una demanda administrativa por nulidad y restablecimiento del derecho y la DIAN repite contra la empresa del correo y le descuentan en el pago mensual, cuando se constata el error por parte de ellos y generándose un detrimento patrimonial para los dos.

Otra forma de vulnerar el derecho es por parte de la empresa del correo ya que los Courier esto es los mensajeros firman las guías y no están entregando el acto administrativo al directamente responsable de la actuación y la DIAN sigue en curso con su procedimiento y el usuario jamás se da por enterado de lo ocurrido.

De otro lado cuando los usuarios se acercan a las oficinas a preguntar por las actuaciones esto es por una aprehensión de mercancías, para interponer un recurso o una objeción o para respuesta de un recurso ya presentado, estos ya han sido notificados por las diferentes formas de notificación subsidiarias y ya han perdido el derecho de defenderse, toda vez que los términos establecidos para los mismos ya pasaron.

Se envía una citación personal a la dirección informada en el RUT y esta es devuelta del correo por la causal dirección incorrecta, por lo que se surte la notificación subsidiaria esto por aviso se envía de nuevo a la misma dirección con copia íntegra del acto y esta vez ya si es recibida por el usuario.

La jurisprudencia y la doctrina han establecido, que cuando se trata de una indebida notificación del acto administrativo, la repercusión jurídica que se genera sobre dicho acto es la ineficacia e inoponibilidad del mismo; no obstante si a pesar de la ineficacia del acto la administración insiste en generar los efectos jurídicos para los cuales el acto fue creado; le es dado al administrado interponer una acción de tutela por la vulneración al debido proceso que se le ha materializado; al no conocer de dicho conforme los instrumentos de notificación que le da la ley a entidades como la DIAN; y en la misma forma, se abre el camino al pago de una indemnización a favor del administrado, por los perjuicios que con dicha actuación ineficaz se le pudieron llegar a ocasionar.

Si bien es evidente que los problemas de notificación que se han venido examinado por parte de la defensoría son responsabilidad de la empresa prestado del servicio de correo; a la DIAN le está dado tomar medidas de corrección sobre estas situaciones por cuanto es la entidad, la que debe realizar la interventoría sobre las actuaciones de las empresas de correo.

Se pueden tomar medidas tales como, la implementación del uso efectivo de los instrumentos tecnológicos como forma de notificación, es decir a través de correo electrónico o mensaje de datos en teléfono celular, siempre y cuando el administrado acepte esta forma de notificación; conforme lo señala la ley, especialmente para aquellos usuarios aduaneros cuya dirección informada en el RUT se encuentra en zonas rurales.

Respecto de la empresa de correo, se hace necesario incluir dentro de los pliegos de condiciones contractuales, de forma detallada las irregularidades que se han evidenciado desde la interventoría de la DIAN y desde la defensoría, estipulando para la materialización de dichas irregularidades, la terminación del contrato con la empresa prestadora del servicio de correo así como las sanciones a que se den lugar no solo cuando se materializa dicha situación de indebida notificación del acto, sino además cuando se materializan los perjuicios patrimoniales no solo para el usuarios aduanero sino además para la entidad.

10. REFERENCIAS

Auto 025A, 3210178 (Corte Constitucional 13 de Febrero de 2012).

Auto 074, 074 (Corte Constitucional 27 de Abril de 2011).

C 248 , 248 (Corte Constitucional 24 de Abril de 2013).

Carrasco, S., Mota, J., & Portolano, L. (2000). *www.derecho:uba.ar*. Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/carrasco_motta_portolano.pdf

Carrillo, J. (2013). *universidaddesantander.edu.co*. Obtenido de Revista Electrónica de la facultad de Derecho. Vol.1, Núm. 1. (2013), Universidad de Santander, UDES Cúcuta

Consejo de Estado exp 16824, 16824 (Consejo de Estado 28 de Enero de 2010).

Consejo de Estado Sentencia radicado 11001-03-25-000-2010-00099-00(0830-10), 11001-03-25-000-2010-00099-00(0830-10) (Consejo de Estado 16 de Febrero de 2012).

Consejo de Estado Sentencia radicado 1223, 1223 (Consejo de Estado 04 de Noviembre de 1999).

Consejo de Estado Sentencia radicado 19787, 130012331000200900048 02 (Consejo de Estado 21 de Agosto de 2014).

- Consejo de Estado Sentencia Radicado 25000-23-37-000-2012-00459-01, 25000-23-37-000-2012-00459-01 (Consejo de Estado 11 de Marzo de 2013).
- Consejo de Estado sentencia radicado 25000-23-41-000-2012-00338-01, 25000-23-41-000-2012-00338-01 (Consejo de Estado 31 de Julio de 2014).
- Consejo de Estado Sentencia radicado 47783, 70001-23-33-000-2013-00115-01 (Consejo de Estado 09 de Diciembre de 2013).
- Consejo de Estado Sentencia radicado 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934), 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934) (Consejo de Estado 20 de Septiembre de 2007).
- Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Decreto 2788. (31 de Agosto de 2004). Decreto 2788. Bogotá, Colombia: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Decreto 390. (07 de Marzo de 2016). Decreto 390. Bogotá, Colombia.
- Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero. (2014). Recomendación Notificaciones. Medellín.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (26 de Julio de 2016). Concepto Unificado Notificaciones. Bogotá, Colombia.
- Escobar, M. (2004). *Modelo Hermenéutico del Debido Proceso en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- fmmeducación.com.ar. (s.f.). *www.fmmeducación.com.ar*. Obtenido de <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>
- García, S. (2012). *El Debido Proceso Cristerios de la jurisprudencia intermaricana*. México: Porrúa.
- hacer.org. (s.f.). *www.hacer.org*. Obtenido de <http://www.hacer.org/pdf/Constitucion.pdf>
- Ley 1437. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. Bogotá, Colombia.
- Ley 863. (29 de Diciembre de 2003). Ley 863. Bogotá, Colombia.
- oas.org. (2006). *www.oas.org*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- oas.org. (2014). *www.oas.org*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Ortiz, J. M. (1 de Enero de 2006). *www.uv.mx*. Obtenido de <http://www.uv.mx/iiesca/files/2013/01/conceptual2006-1.pdf>
- Pérez, R. (21 de Febrero de 2013). Eficacia y Validez del Acto Administrativo. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Pérez, R. (2013, p.24). *Eficacia y Válidez del Acto administrativo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Sánchez, C. (2004, p.100). *Acto Administrativo, Teoría General*. Bogotá: Legis.
- Santofimio, J. (1994). *Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C 012, 012 (Corte Constitucional 23 de Enero de 2013).
- Sentencia C 012, 012 (Corte Constitucional de Colombia 23 de Enero de 2013).
- Sentencia C 034, 034 (Corte Constitucional 29 de Enero de 2014).
- Sentencia C 1114, 1114 (Corte Constitucional de Colombia 25 de Noviembre de 2003).
- Sentencia C 1189, 1189 (Corte Constitucional 22 de Noviembre de 2005).
- Sentencia C 1436, 1436 (Corte Constitucional 25 de Octubre de 2000).
- Sentencia C 154, 154 (Corte Constitucional 24 de Febrero de 2004).
- Sentencia C 200. (19 de Marzo de 2002). Sentencia C 200. Bogotá, Colombia.
- Sentencia C 610, 610 (Corte Constitucional 1 de Agosto de 2012).
- Sentencia C 646, 646 (Corte Constitucional 31 de Mayo de 2000).
- Sentencia C 8104, 8104 (Corte Constitucional 1 de Diciembre de 2010).
- Sentencia C 980 , 980 (Corte Constitucional 1 de Diciembre de 2010).
- Sentencia T 210, 210 (Corte Constitucional 23 de Mayo de 2010).
- Sentencia T 416, 416 (Corte Constitucional 12 de Agosto de 1998).
- Sentencia T 419, 419 (Corte Constitucional 23 de Septiembre de 1994).
- Terry, M. S. (1990). *La Hermenéutica*. España: Clie.
- Younes, D. (1978, p.110). *Derecho Laboral Administrativo*. Bogotá: Temis.