

Bogotá D.C.,

08SI201812030000021605

Al responder por favor citar esté número de radicado

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 08SI2018746300100000243
Concepto respecto de la notificación por correo electrónico en casos de
constitución en mora por parte de la empresa ARL SURA.

Respetado Señor,

En respuesta a su solicitud relacionada en el asunto Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Sea lo primero indicar que una de las funciones de esta oficina asesora es resolver de forma general las consultas escritas que los ciudadanos nos formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas labores que rigen en Colombia, ello quiere decir, que no podemos pronunciamos de forma específica a situaciones concretas.

Caso concreto

Frente a su consulta, Sea lo primero mencionar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 establece el principio de legalidad como derrotero fundamental al cual deben ceñirse tanto las autoridades públicas como privadas, al contemplar:

Artículo 29. *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.

Lo anterior en concordancia con el artículo 6 ídem que a la letra consagra:

Artículo 6. *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

Al respecto, el Consejo de Estado en Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación No.: 2307 Expediente 11001030600020160012800, dijo:

Uno de los elementos definitorios del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Esta declaración de principios a favor del respeto por la legalidad se refleja directamente en varias otras disposiciones constitucionales según las cuales (i) los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación de funciones (artículo 6); (ii) ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley (artículo 121); y (iii) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento.

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“4.1.1. La definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal.

Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Ese punto de partida del principio de legalidad encuentra reflejo o concreción (i) en el artículo 121 de la Constitución conforme al cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, (ii) en el artículo 122 que establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, (iii) en el segundo inciso del artículo 123 de la Constitución que establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y (iv) en el artículo 230 al prever que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

(...) Según lo anterior, no es admisible que el cumplimiento de funciones públicas por parte de las autoridades carezca de una regulación que oriente y discipline las actividades que con tal propósito se emprendan.”¹

De este modo, el principio constitucional de legalidad exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante de competencia, que confiera el poder suficiente para adoptar una determinada decisión². Como señala García de Enterría³, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico “otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites”, de modo que “habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos”.

Igualmente, el principio de legalidad lleva implícita la noción de jerarquía normativa y de actuación, según el cual (i) las normas de superior jerarquía prevalecen sobre las de inferior jerarquía; (ii) la validez de las normas de inferior jerarquía depende del respeto de las normas de las cuales se derivan; y (iii) en cualquier caso las normas de inferior jerarquía deben interpretarse y aplicarse de la forma que mejor permitan el cumplimiento de las normas superiores⁴.

A su vez, la Sentencia C- 355 de 2008:

“Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (government of laws, not of men), esto es, “un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales” (...), y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.”

En otra, Sentencia C-710-01 esta alta Corte dijo:

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

En cuanto al principio de legalidad en las actuaciones públicas y privadas esta Corte Constitucional sello:

Sentencia C-1085- 08

.1.2 La jurisprudencia constitucional encuentra notorios vínculos entre el Estado social de derecho, descentralizado, democrático y participativo, descrito en el artículo 1° de la Carta Política y la figura de la descentralización por colaboración, si se considera que el Estado que nos rige, “a diferencia del Estado liberal clásico, se edifica a partir de los principios de solidaridad y participación, los cuales cobran vigencia para imponer la cooperación entre los hombres a fin de lograr la efectivización de sus derechos”.

Agrega la Corte que la modalidad de participación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas enunciada en la Carta Política, “desde el primer artículo, busca primordialmente lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población; y no es algo casual o accidental, sino que responde a una larga historia de transformaciones institucionales ocurridas no sólo en nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo”.

En otra,

Sentencia C- 558-01

Guardadas las proporciones y diferencias el principio de legalidad obra siempre tanto sobre las actuaciones de la administración pública como sobre las de los particulares, acusando en los respectivos momentos las notas distintivas de lo estatal y lo privado en la perspectiva de las actuaciones y controles propios de cada esfera. Lo cual adquiere singular relevancia para el sector privado cuando quiera que los particulares desempeñen funciones administrativas, ya que la asunción de poderes de autoridad pública los sitúa en una escala reglada que aunada a su linaje privado los subsume por entero en los predicados del artículo 6 del Estatuto Supremo.

En cuenta de lo anterior y dado que el artículo 7° de la Ley 1562 de 2012 estable:

Artículo 7º. Efectos por el no pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales. La mora en el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, no genera la desafiliación automática de los afiliados trabajadores.

En el evento en que el empleador y/o contratista se encuentre en mora de efectuar sus aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, será responsable de los gastos en que incurra la Entidad Administradora de Riesgos Laborales por causa de las prestaciones asistenciales otorgadas, así como del pago de los aportes en mora con sus respectivos intereses y el pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

La liquidación, debidamente soportada, que realicen las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales por concepto de Prestaciones otorgadas, cotizaciones adeudadas e intereses por mora, prestará mérito ejecutivo.

Se entiende que la empresa afiliada está en mora cuando no ha cumplido con su obligación de pagar los aportes correspondientes dentro del término estipulado en las normas legales vigentes. **Para tal efecto, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales respectiva, deberá enviar a la última dirección conocida de la empresa o del contratista afiliado una comunicación por correo certificado en un plazo no mayor a un (1) mes después del no pago de los aportes. La comunicación constituirá a la empresa o contratista afiliado en mora.** Copia de esta comunicación deberá enviarse al representante de los Trabajadores en Comité Paritario de Salud Ocupacional (Copaso).(...)"
(Subraya y resaltado fuera del texto)

De la reciente norma transcrita se evidencia, como el legislador fija un parámetro de publicidad con el fin de que las entidades de Riesgos Laborales constituyan en mora a sus deudores, a ese respecto, fija como condición que la administradora de riesgos laborales debe enviar a la última dirección conocida de la empresa o del contratista afiliado una comunicación por correo certificado en un plazo no mayor a un (1) mes después del no pago de los aportes, agrega que tal comunicación constituirá en mora a la empresa o contratista.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1114 – 03, subraya el principio de publicidad como uno de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso, el cual plantea el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, tanto por los directamente interesados en ellas como por la comunidad en general, además de ser consagrado como uno de los presupuestos de la democracia participativa colombiana (artículo 2), que involucra el derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción, sobre el tema esta corporación manifestó:

La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el

conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria” (Sentencia T-165-01, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, el régimen de servicios postales en Colombia está regulado por la Ley 1369 de 2009, en ella se agregaron en el artículo 3° algunas definiciones de servicios postales y en el numeral 2.1.4 “Otros servicios de correo” fija todos aquellos servicios clasificados como tales por la Unión Postal Universal, entre los cuales se encuentra el correo certificado, el cual es un tipo especial de servicio de reparto de correspondencia proporcionado por las agencias postales. Casi todos los países miembros de la Unión Postal Universal (UPU) lo ofrecen. Se caracteriza por que el correo queda registrado desde el momento de ser depositado en el sistema postal hasta su recepción por parte del destinatario. Durante todo el trayecto de la correspondencia, la agencia de correos efectúa un seguimiento del mismo, permitiendo al remitente que verifique la recepción por parte del destinatario.¹

Vale la pena resaltar que en el artículo 2 *Ibidem*, se fija como objetivos en la intervención del estado en los servicios postales, la estimulación a los Operadores (del servicio postal) la incorporación de los avances tecnológicos en la prestación de los servicios postales, este artículo literalmente contempla:

Artículo 2º. *Objetivos de la Intervención del Estado. La intervención del Estado en los servicios postales tendrá los siguientes objetivos:*

(...)

6. Estimular a los Operadores a incorporar los avances tecnológicos en la prestación de los servicios postales.

Por lo anterior y dado que en la consulta se pone de manifiesto que la Empresa del sector privado **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.**, ha manifestado a la Dirección Territorial consultante que de acuerdo a las nuevas tecnologías ha contratado con la empresa OIGAME, la cual cuenta con autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar actividades como entidad de certificación abierta en el país, para lo cual emiten certificados digitales que acreditan identidad y condición del suscriptor y por tanto realizan la constitución en mora por correo electrónico. Vale la pena preguntarse si de acuerdo a la norma descrita en el párrafo anterior, las administradoras de riesgos laborales están facultadas para determinar libremente la implementación de una forma distinta de notificación contraria a la establecida expresamente en una ley de la república.

Respecto de esto, en Colombia la reglamentación del acceso y uso de mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales y entidades de certificación, se realizó por medio de la Ley 527 de 1999 y

¹ https://es.wikipedia.org/wiki/Correo_certificado

su Decreto Reglamentario 1747 de 2000, el numeral d) del artículo 2° de la Ley 527 define las entidades de certificación como:

*d) **Entidad de Certificación.** Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales;*

A su turno, el numeral 9 del Decreto 1747 de 2000 define entidad de certificación abierta como: “la que ofrece servicios propios de las entidades de certificación, tales que:

a) Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o

b) Recibe remuneración por éstos.

Por otra parte, La Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, establece que “*Todas aquellas personas jurídicas, públicas o privadas, de origen nacional o extranjero, las cámaras de comercio y las notarías o consulados, que estén ejerciendo actividades como entidades de certificación, tales como: emisión de certificados en relación con las firmas digitales de personas, ofrecer o facilitar servicios de estampado cronológico de la transmisión y recepción de los mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en firmas digitales, sin autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio, deberán presentar la correspondiente solicitud, so pena de la imposición de las sanciones a que haya lugar.*”

La Resolución 76225 del 25 de diciembre de 2011, por medio de la cual se resuelve autorizar a la sociedad GESTION DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA S.A. GSE S.A., identificada con Nit No. 900.204.272-8, lo hace para realizar la siguiente actividad:

- Servicios de emisión de certificados digitales para acreditar la identidad y condición de suscriptor ante terceros mediante:
 - Firma Digital para Persona Jurídica

De lo anteriormente transcrito se entendería que la autorización dada a determinada empresa para ejecutar actividades de certificación electrónica, lo hizo únicamente para las personas jurídicas en actividades tales como emisión de certificados en relación con las firmas digitales de personas jurídicas, y no para personas naturales, de otro lado, está lejos de facultar a dicha entidad para realizar notificaciones de constitución en mora u otra tipo de notificaciones, toda vez, que como se dijo tanto las entidades públicas como privadas están gobernadas por el imperio de la ley, de tal manera, que solo el órgano que expide las leyes le es competente el ejercicio de configuración del régimen de notificaciones. Y en dicho evento regular las múltiples formas de notificación para constitución en mora por medio de nuevas tecnologías.

Frente a esto, la Sentencia C- 1114 de 2003 expedida por la Corte Constitucional contempla:

En estas condiciones, ya que al legislador le asiste la facultad constitucional de configurar el régimen de notificaciones administrativas y judiciales, nada se opone a que disponga que las notificaciones de los actos administrativos proferidos por la administración de impuestos se notifiquen por correo electrónico. Se trata, además, de una decisión que resulta compatible con el avance de la informática y que incorpora a la función pública los recursos tecnológicos por ella suministrados.

Como se prevé de lo presentado, es al legislador al que le asiste la facultad constitucional (art. 150) de configurar el régimen de notificaciones tanto administrativas como judiciales.

En consecuencia, todas las entidades del orden nacional sean públicas o privadas deberían dar aplicación plena a la obligación contenida en el inciso final del artículo 7° de la Ley 1562 de 2012.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica