

**PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS CON EL
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**

JACINTO CÓRDOBA MAQUILÓN
C.C. 4.794.982

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2015

**PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS CON EL
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**

JACINTO CÓRDOBA MAQUILÓN
C.C. 4.794.982

Tesis de grado como requisito para optar al título de
Magíster en Derecho

Asesor:
LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2015

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	9
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO.	23
SECCIÓN PRIMERA. EL CONCEPTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA	26
1. Silencio administrativo negativo	28
1.1 Principios vulnerados con el silencio administrativo negativo como regla general	35
SECCIÓN SEGUNDA. FUNDAMENTOS LEGALES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	38
1. Reseña histórica en Colombia de la codificación administrativa y la figura jurídica del Silencio Administrativo Negativo	38
1.1 El primer código Contencioso Administrativo, ley 130 de 1913	38
1.2 Segundo Código Contencioso Ley 167 de 1941	39
1.3 Tercer Código – Decreto 01 de 1984	39
SECCIÓN TERCERA. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN RELACIÓN AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y POSITIVO EN COLOMBIA	44
1. Situación actual respecto al Precedente en Colombia.	46
2. Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo	47

3. Principios y Derechos Constitucionales relacionados con el Silencio Administrativo Negativo.	49
4. Artículos de la Ley 1437 de 2011 en relación al Precedente Judicial	56
5. Ley 1395 de 2010	62
6. Aplicación del Precedente Judicial y Silencio Administrativo Positivo en Colombia.	63
SECCIÓN CUARTA. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	65
1. Sentencias proferidas por el Consejo de Estado	66
1.1 En un primer momento el Consejo de Estado, mediante auto de 15 de mayo de 1989	66
1.2 En un segundo momento en sentencia: 15 de julio de 1992, Consejo de Estado	67
1.3 En un tercer momento el Consejo de Estado en sentencia del 18 de abril de 1995,	68
1.4 Después en sentencia del 16 de mayo de 1995, el Consejo de Estado	68
1.5 Aún más la sentencia 20 de febrero de 1996, del Consejo de Estado	69
1.6 La sentencia proferida el 5 de marzo de 1998, por el Consejo de Estado	70
1.7 Sentencia de AC-6213 de 21 de agosto de 1998, Consejo de Estado	71
1.8 En el auto de fecha 8 de octubre de 1998, el Consejo de Estado	72
1.9 En Sentencia del 20 de mayo de 1999, el Consejo de Estado	74
1.10 En sentencia del 26 de abril de 2002, el Consejo de Estado	76
1.11 En Sentencia del 19 de septiembre, el Consejo de Estado analiza y extracta	77
1.12 En Sentencia del 31 de julio de 2003	78
1.13 Sentencia: 2 de diciembre de 2004	79
1.14 Sentencia 4189-05 de 30 de abril del 2009, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo	80
1.15 Por su parte Sentencia 4189-056 de abril 30 de 2009, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo	81
1.16 Sentencia 2003-01277 del 23 febrero de 2011	81

1.17 Sentencia: 29 de septiembre de 2011, El Consejo de Estado	81
1.18 Sentencia 2007-00073 de 08 de octubre de 2013, el Consejo de Estado	82
1.19 Sentencia 2003-02301 de 07 de marzo de 2013, el Consejo de Estado	83
2. Sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto al Silencio Administrativo Negativo	83
2.1 Sentencia T-242 de 23 de junio de 1993, Corte Constitucional	83
2.2 Sentencia: C-339 de 1° de agosto de 1996, la Corte Constitucional	84
2.3 La sentencia C-304 de 05 de mayo de 1999, la Corte	87
2.4 Sentencia T-630 de 08 de agosto de 2002, Corte Constitucional	98
2.5 Sentencia T-929 de 10 de octubre de 2003, Corte Constitucional	98
2.6 Sentencia T-259 de 17 de marzo de 2004, Corte Constitucional	99
2.7 Sentencia: T-027 de 25 de enero de 2007, Corte Constitucional	99
2.8 Sentencia: T – 479 de 17 de julio de 2009, la Corte Constitucional	101
2.9 Sentencia: C – 875 del 22 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional	103
2.10 Sentencia SU-254 de 25 de abril de 2013, Corte Constitucional	107
CAPITULO II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	109
SECCIÓN PRIMERA: PRIMERAS SENTENCIAS	109
1. Sentencia de febrero de 1996, Consejo de Estado	109
2. Sentencia de octubre de 1997, Consejo de Estado	112
3. Sentencia: febrero de 1998, Consejo de Estado	113
4. Sentencia de febrero de 1998, Consejo de Estado	118
5. Sentencia: ACU-695 abril de 1999, Consejo de Estado	120
6. Sentencia de noviembre de 1999, Consejo de Estado	123
7. Sentencia: junio de 2000, Consejo de Estado	127
SECCIÓN SEGUNDA.	128

1. Sentencia de marzo de 2001, Consejo de Estado	128
2. Auto de diciembre de 2001, Consejo de Estado	130
3. Sentencia de enero de 2003, Consejo de Estado	134
4. Sentencia de octubre de 2003, Consejo de Estado	138
SECCIÓN TERCERA. LAS ÚLTIMAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES	140
1. Sentencia de mayo de 2007, Consejo de Estado	140
2. Sentencia de mayo de 2010, Consejo de Estado	143
3. Sentencia de julio de 2011, Consejo de Estado	153
4. Sentencia de enero de 2012, Consejo de Estado	158
CAPITULO III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO COMO REGLA GENERAL	160
SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS VULNERADOS	160
1. Principio de la Dignidad Humana (Art. 1 Constitución Política de Colombia)	160
2. De los Fines del Estado (Artículo 2o de la Constitución Política de Colombia)	161
3. Soberanía popular (Artículo 3o Constitución Política de Colombia)	162
4. Principio de la Supremacía de la Constitución y obligación política de obedecerla	163
5. Responsabilidad Jurídica de los Particulares y los servidores públicos (Artículo 6o Constitución Política)	164
6. Principios constitucionales vulnerados con el silencio administrativo negativo como regla general	165
7. Derechos Fundamentales vulnerados con el Silencio Administrativo Negativo como regla general	165
7.1 Derecho de Petición artículo 23 de la Constitución Política.	165

7.2 Debido Proceso Artículo 29 de la Constitución Política.	166
7.3 Acción de Tutela. Artículo 86 de la Constitución Política.	166
SECCIÓN SEGUNDA. DERECHO COMPARADO, RESPECTO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO	166
1. Silencio Administrativo en las Legislaciones Europeas como Francia y España y países de América Latina	167
2. Silencio Administrativo en España	167
3. Silencio Administrativo en Argentina	172
4. Silencio Administrativo en México	172
5. Silencio Administrativo Negativo en Venezuela, México y Argentina	173
SECCIÓN TERCERA. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	174
1. La voluntad como requisito del Acto Administrativo y su ausencia en el Silencio Administrativo Negativo	175
1.1 Acto Administrativo	175
1.2 Manifestación de voluntad de la administración en forma directa.	176
1.3 Manifestación de voluntad de la administración en forma indirecta.	176
1.4 Silencio de la Administración	177
1.5 Silencio administrativo en sentido amplio	177
1.6 Valor del Silencio Administrativo	177
1.7 Silencio Administrativo	178
1.8 Silencio Administrativo en Sentido Estricto	178
2. Responsabilidad de la Administración por no resolver	181
3. Responsabilidades Disciplinarias (Ley 734 de 2002 Código Disciplinario único).	184
3.1 Deberes de todo servidor Público	185
3.2 Prohibiciones del servidor público	187
3.3 Sanciones al servidor público	188
3.4 Faltas gravísimas.	189

3.5 Faltas graves y leves.	190
3.6 Responsabilidades penales (ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano).	191
3.7 Responsabilidades Administrativas y fiscales (Ley 1437 de 2011)	192
4. Efectos del Silencio Administrativo Negativo	194
CONCLUSIONES	202
RECOMENDACIONES	209
BIBLIOGRAFÍA	210

RESUMEN

En el trabajo se realiza un análisis entre los artículos 83 y 84 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, los cuales consagran, respectivamente el Silencio administrativo negativo, como regla general, y el Silencio administrativo positivo, como regla excepcional, y los artículos 60, 40 y 41 del decreto 01 de enero 02 de 1984, derogado por la Ley 1437 de 2011. Si bien el artículo 60 de la ley derogada establecía que “*transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa*”, este artículo se refería expresamente al silencio administrativo frente a la decisión de los recursos y no a al silencio frente a la presentación de peticiones, por lo tanto; el trabajo hará un énfasis en lo preceptuado en los citados artículos 40 y 41, teniendo en cuenta que el artículo 40 del decreto 01 de 1984, anterior código Contencioso Administrativo, hacía alusión al silencio administrativo negativo, como regla general, en unos términos tales que posibilitaba que pudiesen vulnerarse los principios Constitucionales, y que el artículo 41 del mismo código, que consagraba la regla excepcional, diese pocas oportunidades al administrado, por cuanto sólo operaba este silencio en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales.

Al entrar en vigencia la Constitución Política de Colombia de 1991, se adopta para Colombia el modelo de Estado Social de Derecho y dado este tipo de Estado, se debe tener presente que sus fines esenciales deben estar enmarcados en lo humano, justo y social¹.

¹ Lina María Higuera Rivera. *Guía práctica de la administración pública. preparación para procesos de meritocracia y concursos*. Medellín: Librería Jurídica Diké.2006. p 21.

A partir del 02 de julio del año 2012, entró en vigencia de la ley 1437 del 18 de enero de 2011 que establece el nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en la cual puede observarse que se sigue configurando el fenómeno del silencio administrativo negativo y positivo de la misma manera que se desarrollaba en los artículos 40 y 41 del Decreto 01 de 1984 anterior CCA².

Por lo antes expuesto se sigue presentando la posibilidad de violación de algunos principios y disposiciones constitucionales tales como el de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Política), los fines del Estado (artículo 2 - Garantizar la efectividad de los principios), la supremacía de la Constitución y la consecuente obligación política de obedecerla (artículo 4º Constitución Política), Entre otros³.

PALABRAS CLAVE: Silencio administrativo, Silencio administrativo negativo, Silencio administrativo positivo, Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, principios y derechos Constitucionales.

² Enrique José Arboleda Perdomo. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437. Medellín: Legis. 2011. p. 125,128.

³ Juan Carlos, Garzón Martínez. *La crisis del silencio Administrativo Negativo. Hacia una nueva razonabilidad legislativa y Judicial*. Bogotá: Legis .2008, p.128.

ABSTRACT

In this dissertation is done an analysis between Articles 83 and 84 of Law 1437 of January 18, 2011, current Administrative Procedure Code and of the Administrative contentious CPACA, which enshrines respectively negative administrative silence, as a rule, and the positive administrative silence, as an exceptional rule, and the Articles 60, 40 and 41 of the Decree 01 January 02, 1984, repealed by Act 1437 of 2011. Although Article 60 of the repealed Act provided that "after a period of two (2) months from the filing of the application for reconsideration or appeal without being notified about them express decision means that the decision is negative", this article specifically referring to administrative silence on the decision of the resources and not the silence on the submission of petitions, therefore, the work will make an emphasis on the precepts of the said Articles 40 and 41, considering that Article 40 of Decree 01 of 1984, former administrative contentious code, alluded to the negative administrative silence, as a rule, on terms such that enabled that could be violated Constitutional principles, and that Article 41 of the same administrative contentious code, which enshrined the exceptional rule, give few opportunities to the administered, because this silence operated only in the cases expressly provided for special provisions.

Upon enactment of the Political Constitution of Colombia 1991, in Colombia is adopted the model the rule of social law and since this type of state, it must be remembered that the essential purposes must conform to the human, social and fair⁴.

Starting from July 02, 2012, entered into force of the law 1437 of January 18, 2011 establishing the new "Administrative Procedure code and Administrative contentious code", which can be seen that continues configuring the phenomenon

⁴ Lina María Higueta Rivera. Op. Cit., p. 21

of the negative and positive administrative silence the same way that is developed in the Articles 40 and 41 of the Decree 01 of 1984 previous CCA⁵.

By the above it still has the possibility of violation of some constitutional provisions and principles such as human dignity (Article 1° of the political Constitution), the goals of the State (Article 2 - Ensure the effectiveness of the principles) the supremacy of the Constitution and the consequent political obligation to obey it (article 4 of the political Constitution). Among others⁶.

KEYWORDS: Administrative silence, negative administrative silence, positive administrative silence, rule of law, rule of social law, Constitutional principles and rights.

⁵ Enrique José Arboleda Perdomo. Op. Cit., p. 125, 128

⁶ Juan Carlos Garzón Martínez. Op. Cit. p. 128

INTRODUCCIÓN

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), estableció el Silencio Administrativo Negativo como regla general, siguiendo los mismos planteamientos de CCA anterior, premiando la omisión de la administración al no responder los derechos de petición instaurados por los ciudadanos y con ello vulnerando algunos principios y derechos Constitucionales como se demostrará en este trabajo.

En el trabajo se va a identificar ¿cuáles son los principios y derechos constitucionales vulnerados con el silencio administrativo negativo como regla general y su repercusión en los administrados?.

El estudio es importante porque en la Carta Política Colombiana de 1991 prescribe que el Estado Colombia tiene como piedra angular el ser humano, el respeto de la dignidad humana (art. 1º. Cons. Pol.). Lo que indica que las actuaciones de los órganos del Estado o Poder Público a través de los funcionarios públicos, deben estar encaminados a satisfacer las necesidades de la comunidad, garantizando que los derechos y deberes sean efectivos, por medio de la participación de las personas en las decisiones del Estado que los afecta, para alcanzar un orden político, económico y social justo, según prescripción del artículo segundo de la Carta Política⁷.

En sintonía con lo anterior, el constituyente (de 1991) consideró que un medio eficaz para lograr los fines del Estado, era elevar a la categoría de derecho

⁷ Art. 2º. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
....”

humano, específicamente como fundamental, el derecho de petición, según el artículo 23 de la norma de normas actual, para lograr una pronta respuesta a las peticiones formuladas a las autoridades. Este según la Corte Constitucional tiene, entre otros, caracteres los siguientes:

En relación con el derecho de petición, es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸. En la sentencia T-377 de 2000 se establecieron estos parámetros.

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido (Sentencia T-630-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica B).

Paralelo a la consideración el derecho de petición como fundamental, el legislador extraordinario de 1984 (Decreto 01) y el ordinario de 2011 (Ley 1437) consagraron el silencio administrativo, como mecanismo que las personas pueden utilizar en el momento que las autoridades que cumplan función pública administrativa, omitan dar respuesta a las peticiones formuladas en los plazos estipulados en las normas jurídicas, para el impulso de las actuaciones administrativas, conocido como el que se aplica a la primera petición (Palacio Hincapie, 2010) o como silencio administrativo sustancial (arts. 40 y 41 decreto 01

⁸ Pueden consultarse las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999, entre muchas otras.

de 1984, Ley 1437 de 2011: Arts. 83 y 84) y para acudir ante el juez contencioso administrativo⁹ o procurador competente al solicitar la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad (Según lo exige el artículo 13 de la ley 1285 de 2009), en aras de que se declare la nulidad de un acto administrativo. Este silencio administrativo la doctrina lo denomina procesal y el nuevo código contencioso “silencio administrativo en los recursos” (Artículo 86 de la ley 1437 de 2011).

Por todo lo expuesto anteriormente lo que se pretende es determinar los principios y derechos Constitucionales consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, presuntamente vulnerados con la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general contenido en el CPACA de la República de Colombia, mediante análisis de sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana.

Para lograr las metas del estudio, se plantean los siguientes objetivos:

- Analizar los principios constitucionales, vulnerados con la consagración del silencio Administrativo Negativo como regla general según el CPACA.
- Deducir las implicaciones de las decisiones de la corte Constitucional y el Consejo de Estado que permitan la identificación de que el Silencio Administrativo Negativo desconoce derechos Constitucionales.

La hipótesis explica que el Silencio Administrativo Negativo vulnera principio y derechos Constitucionales, porque se aparta del Estado Social de derecho, donde prevalece la dignidad humana y motiva la omisión de la administración para

⁹ Juez administrativo hace referencia a los consejeros de Estado, magistrados de los tribunales administrativos y jueces de los juzgados administrativos del circuito.

resolver las peticiones instauradas, truncando el interés de requerimiento del ciudadano.

Como método de investigación, el estudio contempla el método inductivo que posibilita el análisis de como el Silencio Administrativo según las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, vulneran principios como el Estado Social de derecho, la Constitución como norma de norma, la responsabilidad de los servidores públicos y los derechos del ciudadano como la libertad, la igualdad, el debido proceso, la buena fe, reparación patrimonial, ejercicio de las funciones estatales y de los servidores públicos, el servicio de la función administrativa, la equidad en las providencias entre otras.

La metodología, empleada para desarrollar el trabajo tiene en cuenta las siguientes etapas a saber:

Primero: La elección del tema, con la correspondiente búsqueda de antecedentes.
Segundo: La elaboración del anteproyecto, donde se construye la situación objeto de estudio, las razones de escogencia del tema, los propósitos del estudio, las fuentes que van hacer soporte en la investigación, así como los objetivos generales y específicos los cuales orientaran el proceso investigativo; la elección del diseño que permita la indagación, revisión y selección de las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Luego se procedió a la elaboración de las fichas jurisprudenciales para la determinación de los contenidos a tener en cuenta para analizar la situación de estudio y poder confrontar la teoría con el trabajo práctico.

Hay una etapa fundamental en el estudio como es la fundamentación teórica y conceptual acerca del Silencio Administrativo Negativo, así como los principios y derechos Constitucionales relacionados con el tema. Estos están desarrollados

por capítulos empleando fuentes secundarias como la Constitución 1886, 1991, El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derecho comparado y autores nacionales y extranjeros especialistas en la materia.

De igual manera las fuentes como la jurisprudencia de la corte constitucional y del consejo de estado, permiten extraer los contenidos fundamentales para ilustrar en el estudio, cuales son los efectos del silencio administrativo en el plano de posible vulneración de principios y derechos fundamentales del ciudadano.

El estudio es importante en la medida que posibilita ahondar en un tema de actualidad como es las implicaciones del silencio administrativo y como no exime de responsabilidad a la administración para el cumplimiento de sus deberes para con la comunidad.

Las dificultades encontradas en el desarrollo del estudio, se debió al cambio de normativa en la materia, especialmente de los códigos del decreto 01 del 84 a la ley 1437 del 2011.

Aspectos Generales del Silencio Administrativo

El marco teórico se abordará a través del estudio y análisis de los principios y derechos Constitucionales presumiendo demostrar que la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general, teniendo en cuenta como estaba consagrado en el derogado Decreto 01 de 1984 y desafortunadamente configurado en la misma forma en la Ley 1437 de 2011, vulnera los derechos de los ciudadanos, para ello se tendrá como referente la Constitución Política Colombiana de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombiano, los tratados Internacionales, el CCA anterior y el CPACA vigente.

La abstención de la administración para resolver la solicitud o el derecho de petición instaurado por el ciudadano, no puede premiar a la administración consagrando dicha abstención como Silencio Administrativo negativo y más aún darle la connotación de regla general, además cuando en la actualidad estamos en un estado social de derecho en donde prevalece la dignidad humana.

Silencio Administrativo

(Proviene del latín Silent, tema de silens silencioso). “Es una figura del derecho administrativo que consiste en la abstención de la administración para pronunciarse de las peticiones realizadas por los administrados”¹⁰.

Es importancia saber, que el silencio administrativo Negativo presuntamente se consagra con el fin de dar agilidad a la administración y a que sus ejecuciones no se queden estancadas por la espera de una respuesta o pronunciamiento requerido. Se presume que desde que la administración omite el deber Constitucional de responder el derecho de petición, independientemente que el ciudadano quede habilitado para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se vulnera dicho derecho Constitucional de petición.

La jurisprudencia y la doctrina en algunos casos conceptúan que el silencio administrativo se constituye en una “ficción legal”, establecida en garantía de los administrados y por otro lado lo asume como la categoría jurídica de presunción, acto que se conoce como “acto presunto o ficto”. Las posiciones anteriores tienen algunos matices que separan estos términos y que es importante su claridad¹¹.

¹⁰ Jaime Sierra García. *Diccionario Jurídico ajustado a la legislación Colombiana*. 2ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1999. p.237

¹¹ Fabio César Amorcho Martínez y Jorge Enrique Bolívar Ríos. *U. S. Bolívar*, Ed. *Revista Justicia*, 13, Junio de 2008. p. 47-56.

Requisitos generales para que opere el silencio administrativo

Los siguientes son requisitos generales para que opere el Silencio Administrativo:

Que la administración deba, de acuerdo con la ley, hacer o decir algo en un plazo establecido.

Que el término transcurra sin que la administración actúe.

El silencio administrativo no puede considerarse como una forma de contestar un derecho de petición, ya que las respuestas deben ser de fondo. (Sentencia T- 417 de 1995).

Tipos de Silencios Administrativos.

Existen dos clases de silencio administrativo, el positivo y el negativo.

El silencio administrativo puede dar lugar, según la doctrina, a:

Dos precisos efectos: Primero, el de mecanismo procesal en la medida en que se puede argumentar para dar por terminada una actuación; segundo, sustancial, pues al establecerle un límite- sanción a la administración pretende garantizar el debido proceso por el simple transcurso del tiempo¹²

La regla general es que el silencio sea negativo y excepcionalmente positivo.

Para darle mayor importancia a lo antes dicho veremos cada una de los mencionados silencios.

¹² Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Apellidos, nombres.

Silencio Negativo.

Con respecto a este silencio, significa que la respuesta al requerimiento hecho por el particular es negativo, no se concede lo pedido o no se acepta lo solicitado.

Este silencio opera trascurrido un plazo de tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición, sin que se haya notificado decisiones que la resuelva.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de recursos con fundamento en él, contra el acto presunto. Lo anterior significa, que el funcionario público, así deje transcurrir los tres (3) meses debe pronunciarse.

Lo expuesto, estuvo consagrado en el artículo 40 del decreto 01 de enero 02 de 1.984 CCA actualmente derogado.

ARTÍCULO 40. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2304 de 1989 Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

La Ley 1437 de enero 18 de 2011 expresa:

“Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."

Silencio Positivo.

El silencio en mención, significa que la respuesta al requerimiento hecho por el particular, es positiva, se concede lo pedido o se acepta lo solicitado. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, como sucede en las reclamaciones por servicios públicos domiciliarios donde el termino para responder es de cinco (5) días hábiles o en materia de empleo público, cuando el funcionario no se le evalúa en el término señalado por la ley.

Es de anotar, que se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

Por lo antes expuesto podemos decir, que el acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa, es decir, que la misma administración puede proceder a revocar dicha decisión positiva (causada por el silencio), de acuerdo a los lineamientos del artículo 69 del anterior C.CA y hoy contemplado en el artículo 93 del nuevo CPACA.

Es de vital importancia saber que dar lugar a un silencio positivo, constituye para el servidor público que lo genera un proceso disciplinario por falta gravísima, el

cual la respectiva sanción puede ser destitución e inhabilidad de 10 a 20 años. Según lo preceptuado en la ley 734 de 2002, en su artículo 48, ordinal 35.

Para invocar el silencio positivo, la persona que se hallare en beneficio del mencionado, protocolizará la constancia o copia, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto. Es importante saber que la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se expidió y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla de esa forma.

El Silencio administrativo positivo estuvo definido en el artículo 41 del Decreto 01 de enero de 1.984:

ARTÍCULO 41. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74.

La Ley 1437 de enero 18 de 2011 lo define así:

Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código.

CAPITULO I. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO.

La Carta Magna de 1886 acogió, para Colombia, el modelo de Estado de Derecho y, en vigencia de la misma, los legisladores colombianos expidieron el Decreto 01 del 02 de enero de 1984, “Código Contencioso Administrativo” el cual, en su artículo 60, hacía referencia al silencio administrativo frente a la decisión de recursos, en el artículo 40 al silencio administrativo negativo, como regla general, y en artículo 41 al silencio administrativo positivo, para casos excepcionales.

Con base en lo expresado, y haciendo alusión especial a lo preceptuado en el mencionado artículo 40 que al tenor rezaba: *“Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”*, debe decirse que cuando las autoridades o entes públicos no resuelven una petición o se tardan en resolverla y además no notifiquen decisión que la resuelva, se vulnera el derecho constitucional fundamental de petición y el derecho procesal de la notificación.

Por otra parte es responsabilidad de las autoridades administrativas responder a las peticiones o solicitudes elevadas por los administrados; cuando no sucede así (dejándose transcurrir los tres meses), se estaría perjudicando a la persona, toda vez que queda insatisfecha su petición al no recibir una respuesta pertinente por parte de la autoridad administrativa, la cual debe ser diligente a la hora de dar respuesta a las solicitudes a ellas elevadas¹³.

Dado que con la petición lo que se buscaba es obtener pronta resolución a lo solicitado, y no que la administración espere tres (3) meses, con la intención de no notificar decisión que la resuelva, cuando ello sucede no sólo se estaría configurando el silencio negativo sino que se estaría vulnerando el derecho de

¹³ Juan Carlos, Garzón Martínez. Op. Cit., p. 128.

petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, el cual señala expresamente que: *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”*.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 41 del Decreto 01 de 1984, el cual hacía alusión al silencio administrativo positivo, se señalaba cuáles serían las circunstancias en las cuales se consideraba “positiva” la respuesta de la autoridad administrativa, al expresar que: *“Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivaldría a decisión positiva”*.

Al respecto, Higuita señala que el silencio administrativo es de dos tipos: positivo y negativo. La regla general es que sea negativo y excepcionalmente positivo¹⁴.

El Estatuto Superior Colombiano de 1991, acogió para Colombia un nuevo modelo de Estado, el denominado Estado Social de Derecho el cual tiene, como fines totalmente esenciales, la dignidad humana y todo lo que está enmarcado en la justicia y el sentido social.

No obstante en plena vigencia de la Constitución Colombiana de 1991 y bajo sus preceptos, el Congreso de la República de Colombia expide la ley 1437 de enero 18 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, el cual entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012.

EN LAS DISCUSIONES PREVIAS A LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA AL Código Contencioso Administrativo, los representantes del Consejo de Estado en la Comisión redactora del proyecto, insistieron en la necesidad de acoger la regla general implementada por otros ordenamiento como el español y el

¹⁴ Lina María Higuita Rivera. Op. Cit., p. 119

de Costa Rica, según la cual debía acogerse como principio general la figura del silencio administrativo positivo, debiendo dejarse el silencio negativo como una regla de excepción para casos expresamente señalados por la ley.

EN EFECTO, EN LA DOCTRINA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO O VOLUNTAD FICTA, COMO SU NOMBRE LO INDICA, CONSISTE EN LA FICCIÓN QUE HACE LA LEY DEL SENTIDO DE VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN, CUANDO ÉSTA NO SE PRONUNCIA DENTRO DE LOS TÉRMINOS ESTIPULADOS POR LAS NORMAS VIGENTES. Ese no pronunciamiento puede deberse a negligencia, ocupaciones o querer de la administración de no expresar su voluntad, pero igualmente la ley debe castigar ese no pronunciamiento con un silencio que sea en favor del administrado. Es decir, con el silencio positivo.

Conceptualmente no se entiende, y así se dejó constar en las actas de la comisión redactora, que siendo el silencio una muestra de negligencia u omisión por parte del estado, finalmente sea el individuo quien se sienta castigado al consagrarse legalmente como regla general, el denominado acto ficto negativo o silencio administrativo negativo.

No obstante las observaciones formuladas por los Honorables Consejeros de estado, se aprobó como regla general la institución del silencio negativo, entre otras razones, por cuanto el gobierno se opuso a la propuesta del silencio positivo como regla general, al considerar que una figura de esa naturaleza terminaría por arruinar el estado y hacer no viable la administración pública.

Por lo antes expuesto se explica pero no se comparte que la Ley 1437 de 2011 hubiese entrado a regir dándole el mismo tratamiento al silencio administrativo negativo y silencio administrativo positivo, es decir que confirme el hecho que *“el silencio administrativo negativo sea la regla general y el silencio administrativo*

positivo sea la regla excepcional”, con lo cual se siguen vulnerando principios de carácter constitucional.

SECCIÓN PRIMERA. EL CONCEPTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En Colombia se le llama silencio administrativo a la abstención de la administración para manifestarse con respecto a las peticiones presentadas por los administrados.

El silencio administrativo se consagra con el fin de dar agilidad a la administración y en especial a que sus actuaciones no se queden suspendidas a la espera de una contestación o pronunciamiento pretendido. Para que opere el silencio administrativo se necesitan dos requisitos generales: 1) El que deba la administración, de acuerdo con lo preceptuado en la ley, hacer o decidir algo en un término exacto y, 2) que el término establecido por la ley transcurra sin que la administración actué de conformidad.

Las respuestas que tengan que ver con el silencio administrativo, respecto a lo pedido o solicitado deben ser de fondo, tal como se puede consultar en sentencia proferida por la Corte Constitucional (sentencia T -417 de 1995). Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el silencio administrativo negativo no es respuesta adecuada para el derecho de petición, las respuesta que se den deben ponerse en conocimiento del solicitante, la administración debe actuar bajo los principios de eficacia, economía, celeridad y publicidad; es por eso que la administración debe dar pronta resolución a los derechos de petición y no escudarse en que se adelanta proyecto de resolución para tardar o no resolver la petición del peticionario, por tanto no es la forma de contestar el derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Magna Colombiana. El silencio administrativo se configura como una sanción a la administración pero no puede

considerarse como una forma de contestar un derecho de petición, el cual exige que se dé una respuesta de fondo.

El artículo 60 del Decreto 01 de 1984, decía que *transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación, sin que se hubiese notificado decisión expresa sobre ellos, se entendería que la decisión era negativa.*

El plazo mencionado se interrumpía mientras durara la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1º, no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Hasta este punto el administrado podría aceptar lo preceptuado como silencio administrativo, siempre y cuando la administración no diere respuesta a los recursos de reposición y apelación en dos (2) meses, y que la administración consiente que no obró a tiempo, justifique la negativa.

El Código Contencioso Administrativo anterior hacía referencia a que, el silencio administrativo negativo con respecto a los plazos hacía alusión que sólo transcurrido tres (3) meses, contados a partir de la presentación de una petición sin que se hubiese notificado decisión que la resolviese, se entendería que esta era negativa. En cambio la ley 1437 de 2011 nuevo CPACA, trae un segundo inciso, en su artículo 83, el cual hace referencia a una regla especial que es decidida por ley, al decir que en aquellos casos en los cuales las peticiones deban resolverse en determinados plazos que sean iguales o superiores a tres (3) meses, el silencio administrativo negativo ocurre al vencimiento del mes siguiente en el cual debió adoptarse tal decisión.

Por su parte el tercer inciso del artículo 83 de la ley 1437 de 2011, establece la obligación por la cual la administración debe decidir, aunque se haya presentado el vencimiento del respectivo plazo para hacerlo, siempre y cuando haya transcurrido el término del silencio administrativo; se observa que agrega excepciones de pérdida de competencia: la primera excepción se presenta, especialmente, cuando se interpusieron los respectivos recursos administrativos contra el acto ficto del silencio administrativo, dado este hecho debe la autoridad competente tramitarlos y obviamente decidirlos según precepto de las reglas generales; se presenta una segunda excepción en el evento se haya demandado el acto administrativo presunto y se notifique el auto admisorio de la demanda a la administración. El hecho que el legislador Colombiano agregue un inciso más al artículo antes mencionado, el cual es la única diferencia respecto al anterior artículo 40 del CCA ya derogado, no resuelve en nada la omisión de responder las peticiones en los plazos estable por parte de la administración, el cual se presume se sigue vulnerando los principios y derechos Constitucionales a los ciudadanos.

1. Silencio administrativo negativo

El silencio administrativo negativo, es violatorio de principios fundamentales, por cuanto siempre el administrado se encuentra en desventaja respecto a la administración, por negarle todo tipo de posibilidad de actuar dentro de los términos para obtener respuesta a su petición. Este silencio significa que la respuesta al requerimiento que hace el particular, es negativa, no se concede lo pedido o no se acepta lo solicitado¹⁵.

Con respecto al plazo, se sabe que este silencio administrativo opera transcurrido un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la presentación de una petición, sin que realmente se haya notificado decisión que resuelva; al no presentar la administración la notificación de decisión que es su competencia, no parece

¹⁵ Ibíd., p. 119

razonable que en lugar de aplicarle una sanción se le premie y se configure el mencionado silencio.

El silencio administrativo negativo estaba regulado en el decreto 01 de 1984, en su artículo 40, el cual señalaba que transcurrido un plazo de tres meses, contados a partir de la presentación de una petición sin que se hubiese notificado decisión que la resolviera, se entendería que ésta era negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximía de responsabilidad a las autoridades ni las excusaba del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado hubiese hecho uso de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

En este evento si la administración dejaba transcurrir el plazo de tres meses, sin que hubiese notificado decisión que resolviera la petición, configurándose así el silencio administrativo negativo, no por ello quedaba exenta ni excusada de la obligación de decidir sobre la petición inicial, puesto que al no decidir se vulneraban los derechos del peticionario frente a lo pedido o solicitado.

Después de realizado este primer análisis, se puede concluir que con el silencio negativo se violan los siguientes principios y derechos constitucionales según Juan Carlos Garzón Martínez.

- Igualdad ante la Ley
- Principio de la dignidad humana. Artículo 1° constitucional
- Fines del Estado. Artículo 2° constitucional
- La soberanía Artículo 3° Constitucional
- Supremacía Constitucional. Artículo 4° constitucional
- Buena fe Artículo 83 Constitucional
- Debido proceso Artículo 29 Constitucional

- Derecho de Petición. Artículo 23 Constitucional
- Acción de Tutela. Artículo 86 Constitucional¹⁶.

Los anteriores principios y derechos constitucionales vulnerados con el silencio administrativo negativo, se desarrollarán más adelante con la finalidad de demostrar que a pesar de los cambios aparentes que se presentan, con la entrada en vigencia de la ley 1437 de enero 18 de 2011, se continúan violando dichos principios y derechos por que se ratificó lo preceptuado en el derogado decreto 01 de 1984.

Frente al análisis de la ley 1437 de enero del 18 de 2011, la cual entró a regir el 02 de julio de 2012, El artículo 83 de la ley 1437 indica que, transcurrido tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá “que ésta es negativa”. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres meses (3) para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un mes (1) contado a partir de la fecha en que debió aportarse la decisión.

Lo único diferente que trajo el artículo 83 de nuevo CPACA con respecto al artículo 40 del derogado decreto 01 de 1984 y que sigue siendo violatorio de principios constitucionales es el segundo inciso que reza lo siguiente: *“En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que se debió adoptarse la decisión.”*

¹⁶ Juan Carlos Garzón Martínez. Op. Cit., p. 128 - 129

El error que presuntamente cometió el legislador consiste en que la ley 1437 de 2011 debió cambiar el paradigma de que el silencio administrativo negativo sea la regla general y el positivo la regla excepcional.

En el Derecho Administrativo se han presentado muchas decisiones acerca de sendos temas, pero el más discutido es sin duda la inactividad de la administración respecto a los efectos que genera, podríamos resolver o reducir el dilema buscando encontrar respuesta a estas preguntas:

- ¿Cómo lograr que la administración actué en el tiempo requerido?
- ¿Cómo proteger los derechos de todas y cada una de las personas que resultan afectadas con la inactividad de la administración?
- ¿Debe el juez administrativo asumir la responsabilidad y reemplazar a la administración y, además, adoptar las decisiones que la administración retarda u omite?
- ¿Porque el administrado debe soportar dicha carga?

Antes de responder las preguntas formuladas debe estudiarse la evolución del derecho en Francia, con el fin no de hacer una traspolación legislativa sino de tener una orientación frente a un derecho que, como el francés, ha encontrado soluciones similares a muchos de los problemas que se presentan en la legislación nacional.

En Francia, cuna del derecho administrativo, se cambia de paradigma al proferirse y aplicarse los fallos Blanco en 1873, Cadot en 1889, Terrier en 1903 y otros fallos como el Lot, Pelletier y Cames.

Para la época en Francia se habló del concepto de una justicia retenida, el cual consistía en que el jefe del ejecutivo tenía la potestad de tomar sus propias decisiones y la justicia delegada estaba o recaía en el Consejo de Estado, por

cuanto ya no era el jefe del ejecutivo quien tomaba las decisiones, teniendo en cuenta que las decisiones o fallos dictados por el Consejo de Estado se hacían en nombre del Pueblo, por tal razón se creó el tribunal de conflictos a fin de resolver todas las dudas que presentaran los tribunales comunes y administrativos¹⁷.

Con respecto al fallo Blanco de 1873, proferido por el tribunal de conflictos se consagró el principio por el cual la administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones de los particulares.

En lo referente al fallo Cadot de 1889, especialmente demostró que el poder jurídico se había adquirido a través del tiempo. Por lo tanto allí se auto confirma un hecho importante que se refiere a la competencia general de la administración en materia de litigio.

También el fallo terrier, proferido en 1903 por el Consejo de Estado de Francia, cambia el paradigma, en cuanto sienta el precedente respecto a que la noción del servicio público está caracterizada por el elemento de búsqueda del interés general.

Igualmente en el texto de comentarios al nuevo código se encuentra que las preguntas anteriores han variado con el tiempo, comenzando por el conocido aforismo francés de principios del siglo XIX que decía: “Juger l’ administration est encoré administrer”, el cual indicaba que, debido a la tridivisión del poder, no podía dársele órdenes de ejecución al juez administrativo, al que paulatinamente se le fue reconociendo la posibilidad de juzgar los actos administrativos sin que fuera posible todavía darle órdenes. En ese contexto se ideó la figura del silencio administrativo como respuesta a esta situación de ausencia de control por la inactividad de la Administración, como una ficción legal de acto administrativo,

¹⁷ Libardo Rodríguez Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. 18 ed. Bogotá: Temis S.A. 2013. P. 21, 22.

esto es, mediante la presunción de su existencia, decisión ficta contra la cual se podían presentar los recursos, inicialmente por la vía judicial y luego por medio de controles administrativos. Más tarde la legislación fue permitiendo que, además del silencio administrativo, en otros casos fuera posible que el Juez decidiera sobre asuntos que aún no habían sido resueltos, en especial a partir de la constitucionalización de los derechos fundamentales y de sus mecanismos de protección, en la segunda postguerra¹⁸.

En el derecho colombiano la figura del silencio administrativo, ha sido reglamentada con la idea expuesta de una ficción legal de acto administrativo, contra el cual se pueden interponer los recursos administrativos y judiciales, éste es el objeto de la regulación del capítulo VII, que se inició con el artículo 83, y el cual se pasa a comentar, advirtiendo previamente que desde el derogado Decreto Ley 01 de 1984 se crearon, al lado del silencio administrativo, tres mecanismos que le permitían al Juez actuar antes que la Administración hubiera tomado una decisión: La suspensión provisional en prevención, la acción de definición de competencias administrativas y la acción de cumplimiento. La Constitución de 1991 instituye un cambio fundamental en las competencias judiciales, pues le ordena al juez actuar de manera preventiva tanto para la protección de los derechos fundamentales como de los intereses colectivos, modificación que fue uno de los aspectos que motivaron la reforma al Código Contencioso Administrativo.

Para reformar el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, se conformó la comisión de reforma y en ella se debatió sobre los efectos del silencio administrativo, frente al cual se propusieron tres tesis:

¹⁸ Enrique José Arboleda Perdomo. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437. Medellín: Legis. 2011. 428 p.

- El silencio administrativo debía quedar como estaba regulado en el Decreto 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo.
- Que el silencio administrativo positivo se debía establecer como regla general, teniendo en cuenta que la falta de decisión, por la administración, debe tomarse como una resolución favorable al particular.
- Se debía estructurar una pérdida de competencia, para que el Juez decidiera el fondo del asunto.

Es importante saber que de estas posiciones el comité de reforma decidió finalmente mantener lo preceptuado en el derogado Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984". Con base en lo expuesto, sigue tomándose el silencio administrativo negativo como la regla general.

Se debe considerar, entonces, que la administración tiene la obligación constitucional de dar respuesta a las peticiones instauradas por el ciudadano; no hay justificación valedera para que la misma omita ese deber constitucional y legal, por cuanto al prescindir de dicho deber constitucional se conculcan derechos fundamentales constitucionales de los administrados, que les otorga el derecho de recibir respuesta y que la misma debe ser de fondo, por ello el artículo 14 de la ley 1437 de 1011, fija los términos para resolver las distintas modalidades de petición. Por lo anterior, no es posible aceptar que el silencio administrativo negativo sea una figura de carácter necesario, mucho menos un medio constitucionalmente válido. Por tener la administración pública la obligación de dar respuesta a los derechos de petición instaurados por los ciudadanos ante ella, por lo tanto el funcionario que viola los términos para resolver tales peticiones, según la preceptuado en la ley, responde disciplinaria y patrimonialmente por el incumplimiento por estar dentro de sus funciones y en lo que respecta a la administración pública esta debe responder por todos los perjuicios que cause su inacción.

En el ordenamiento jurídico colombiano no parece que se señale el carácter obligatorio del silencio administrativo negativo, por cuanto en la Carta Magna, en su artículo 86, se preceptúa la acción de tutela, que salvaguarda los derechos fundamentales. Esa mera habilitación que crea el silencio administrativo negativo es ningún momento suple la falta de respuesta por parte de la administración pública, pues sólo le ofrece al peticionario la oportunidad de concurrir al órgano jurisdiccional para lograr algo, pese a las contradicciones que se presentan frente a la norma respecto a dicha figura jurídica, lo que en realidad se convierte en un derecho de acción muy difícil, lo cual lleva a la situación que instaurar el derecho de petición sea más costoso o dispendioso.

1.1 Principios vulnerados con el silencio administrativo negativo como regla general

El núcleo esencial del derecho de petición consiste en la posibilidad de accionar ante la autoridad y lograr obtener una pronta resolución, se busca obtener solución a lo que se pide.

Cuando al instaurar la petición, no se da respuesta o la respuesta o lo que se resuelve es tardío, se está violando el derecho fundamental de petición, por lo tanto se requiere que un Juez de la República actúe protegiéndonos los derecho de los ciudadanos, por ello se debe acudir a él mediante la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna, frente a este tema se han proferido las siguientes providencias: T-473/92, T-464/92, T-262/93, T-279/93, T-317/93, T-316/93, T-335/93, T-357/93, T-394/93, T-518/93, T-519/93, T-525/93, T-581/93, T-586/93, T-584/93, T-585/93, T-583/93, T-590/93, T-587/93, T-580/93, T-582/93, T-589/93, T-588/93, T-017/93, T-026/93, T-054/93, T-117/93, T-394/94, T-414/93, T-116/97, T-165/97, T-144/98, T-150/98, T-180/98, T-301/98.

Es importante resaltar que las sentencias anteriores hacen referencia a la protección constitucional al derecho fundamental de petición por la omisión de la administración al no dar respuesta al ciudadano facultándolo para que instaure acción de tutela por dicha omisión, se procede a analizar al menos las dos (2) primeras sentencias que encabezan el enunciado de las mismas, empezando por la Sentencia T-473 de 1992 en donde la Corte Constitucional de Colombia hace alusión a que “se pueden solicitar documentos públicos cuando no haya restricción legal en cuya consulta o comunicación pueda atentar contra los secretos protegidos, por ley como los concernientes a la defensa y seguridad nacional, a investigaciones relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero o cambiario así como a los secretos comerciales e industriales.” En la sentencia de la referencia la Corte Constitucional Colombiana resuelve conceder la tutela interpuesta por Luciano Riápira Ardila contra omisiones del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. También en la sentencia T-464 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana corrobora que “El derecho de petición puede ser demandado por la acción de tutela cuando exista actos u omisiones de la autoridad que obstruyan el ejercicio del derecho o no resuelvan oportunamente sobre lo solicitado”, por tal razón en la Sentencia antes citada la Corte Constitucional Colombiana resuelve conceder al señor Herman Gómez Piedrahita la tutela de su derecho a obtener las copias por él solicitadas ante el concejo Municipal de Roldanillo, Departamento del Valle del Cauca.

Las anteriores sentencias son una clara muestra de las facultades que otorga la Constitución Política de Colombia para tener acceso a lo que, con motivo de interés particular, necesita el ciudadano de la Administración Pública; esa solicitud y el acceso a lo pedido son parte de la esencia del derecho de petición. También son importante las mismas porque muestran como en el Estatuto Superior se consagran principios y valores que se hacen realidad, dándole aplicación a los derechos constitucionales fundamentales, mediante el fenómeno jurídico de la conexidad, que da naturaleza de fundamental a derechos que no lo son pero que,

con su vulneración, amenazan otros derechos que sí son fundamentales, es por ello que cuando la Administración no da respuesta a un derecho de petición, dentro de los términos consagrados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 (Modificado art. 14 de la Ley 1755 de 2015, se puede instaurar la acción de tutela. La Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada la posición jurisdiccional, en la cual mantienen el núcleo esencial del derecho de petición; es así como, partiendo de la sentencia primigenia o T-426/92, T-462/93, T-262/93, y posteriormente con la sentencia confirmatoria T-627 de 2005 a través de la cual se reiteran las decisiones adoptadas respecto a los elementos que configuran el núcleo esencial del derecho de petición se ha reiterado:

(...) El derecho de Petición fue consagrado en el artículo 23 de Carta Política como derecho Fundamental y al mismo tiempo, dispuso su aplicación inmediata en el artículo 85¹⁹.

El Silencio Administrativo Negativo no es, en esencia, un medio constitucionalmente válido, toda vez que la Carta Magna, consagró la obligación de dar respuesta que tiene la administración ante las peticiones que realicen los ciudadanos; dicha obligación no es suplida cuando no se otorga o se otorga con efectos denegatorios a la omisión de la entidad pública, pues dicha acción va en contravía de la efectividad de los tan anhelados derechos fundamentales de los administrados, como es bien sabido entre dichos derechos se encuentra el derecho fundamental a recibir por parte de la administración una respuesta. (Constitución Política de 1991).

En ese orden de ideas, tampoco es necesaria la figura jurídica del Silencio Administrativo Negativo en el ordenamiento interno, por la existencia constitucional de la Acción de Tutela, la misma que tiene como finalidad tutelar derechos constitucionales fundamentales²⁰.

¹⁹ Juan Carlos Garzón Martínez. Op. Cit., p. 103

²⁰ *Ibíd.*, p. 134

SECCIÓN SEGUNDA. FUNDAMENTOS LEGALES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Antes de la entrada en vigencia el 2 de julio de 2012 del CPACA, Colombia había tenido oficialmente tres (3) códigos Contencioso Administrativo, conocidos como ley 130 de 1913, ley 167 de 1941 y el Decreto Ley 01 de 1984, antes de entrar en detalles en los fundamentos legales del Silencio Administrativo Negativo a la luz del CPACA o ley 1437 de 2011, me permito hacer un recorrido por los Códigos Contencioso Administrativo que ha tenido Colombia y como estaba configurado dicho Silencio.

1. Reseña histórica en Colombia de la codificación administrativa y la figura jurídica del Silencio Administrativo Negativo

En Colombia Simón Bolívar creó por decreto la figura del Consejo de Estado en 1817, con la reforma Constitucional del año 1910 y bajo el acto legislativo No. 3 de 1990, se expide en Colombia el primer Código Contencioso Administrativo, el cual estaba contenido en la ley 130 del 13 de diciembre de 1913, a partir de este momento se da inicio a la creación de la jurisdicción Contencioso Administrativa regulando su composición, las competencias del tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo y de los tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, dicha jurisdicción determinaba la legalidad de las decisiones de los actos proferidos por la administración en el cual lo hacían en sus diferentes órdenes.

1.1 El primer código Contencioso Administrativo, ley 130 de 1913 no consagró la figura jurídica del Silencio Administrativo Negativo.

1.2 Segundo Código Contencioso Ley 167 de 1941

Este código Colombiano fue expedido el 24 de diciembre de 1941 a través de la ley 167 del año 1941, su especial regulación fue sobre “Organización de la jurisdicción Contencioso Administrativa.” Por primera vez aparece en nuestro ordenamiento jurídico la figura jurídica del Silencio Administrativo Negativo y dicho efecto negativo se configuraba cuando transcurrido cuatro (4) meses desde la interposición de los recursos, la Administración no se pronunciaba sobre los mismos.

Si bien al introducir el Silencio Administrativo Negativo en nuestro ordenamiento jurídico, se avanzó un poco respecto al establecimiento de mecanismo, que buscasen la protección del administrado peticionario frente a todo ese poder dominante que recaía o tenía el Estado, dichos mecanismos no fueron suficientes y se presume que fortaleció más al Estado por cuanto los aprovecho para ponerle más obstáculo a los derechos de los administrados.

1.3 Tercer Código – Decreto 01 de 1984

Al Código Contencioso Administrativo de 1984, se le introdujo reformas del decreto 2304 de 1989 “Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo.”, ley 270 del 7 de marzo de 1996 Estatuto de la Administración de Justicia.” y la ley 446 del 7 de julio de 1998 “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.” A pesar de las anteriores reformas el CCA por ser expedido antes de la Constitución de 1991, se debió

ajustar a la misma, igual que a la jurisprudencia Constitucional proferidas en vigencia de la Constitución.

Por lo anteriormente expuesto, y respecto al Silencio Administrativo Negativo el derogado CCA lo contemplaba de la siguiente manera:

ARTÍCULO 40. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2304 de 1989 Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

El silencio Administrativo por regla general es negativo, y es la ley la que le otorga un valor jurídico a esa actividad silente de la Administración, si bien es cierto presumo ni al legislador, ni al ejecutivo les ha preocupado mucho el tema en que el silencio administrativo negativo sea la regla excepcional y no la regla general, dado que sus reformas no han tenido la mayor trascendencia en tratándose del Silencio Administrativo Negativo.

Con la puesta en vigencia de la Constitución política de Colombia el 4 de julio de 1991 y el paso de los anteriores tres códigos contenciosos Administrativos, adoptados por las leyes 130 de 1913, 167 de 1941 y por el Decreto Ley 01 de 1984, se expuso anteriormente, es procedente hacer una análisis y reseña histórica del porque adoptar un cuarto código contencioso administrativo para Colombia.

Es de anotar que la expedición de un código y el caso específico del CPACA es una decisión reflexiva, orientada por la experiencia, la cual debe estar

acompañada de una objetiva fundamentación ideológica en cuanto a lo jurídico, enmarcada en el contexto político social que se vive como consecuencia del debate y que intervenga la sociedad civil.

En el año 2009, el Doctor José Luis Benavides, en condición de Presidente del Consejo de Estado y en su representación, presento el proyecto de ley “Por la cual se adopta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, el cual se sometería al estudio y trámite del Congreso de la República, dejando constancia expresa sobre el cumplimiento de dicha actuación de los valores que a continuación exponen:

“A mediados de la década del 2000 se gestó al interior del Consejo de Estado la necesidad de revisar y analizar la organización y funcionamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sobre la base de que no obstante que el código de 1984 se consideraba como un instrumento muy importante para la dispensa de la Justicia Administrativa, en el transcurso de su vigencia se encuentra con un nuevo orden político-jurídico instaurado por la adopción y puesta en vigor de la Constitución Política de 1991, cuyos fundamentos filosóficos difieren de los que se tuvieron en cuenta para expedir aquella codificación.”

Continua comentando el profesor Benavides que “Tal circunstancia le impuso al juez administrativo la altísima misión de adaptar dicho código a las nuevas previsiones, particularmente en cuanto a los postulados que comprenden la concepción y alcance del Estado Social, Democrático y Pluralista de Derecho, la consagración y valoración de las distintas modalidades de derechos de los asociados y los instrumentos garantistas de los mismos, la estructura y organización del Estado, incluida la de la rama judicial y las distintas formas de administrar justicia, así como la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, que, si bien fueron creados en 1996, solo vinieron a iniciar actividades en el año 2006.

Sin perjuicio de que, a pesar de su complejidad, esa labor de adecuación fuese cumplida eficientemente por la jurisdicción, esta, en un acto de objetiva transparencia y responsabilidad, le planteó al país, con base en la experiencia vivida, la necesidad de adoptar una nueva legislación en materia contencioso administrativa con el fin de adecuarla al nuevo orden ya referenciado, para lo que se creó una Comisión con tal propósito, mediante decreto del Ejecutivo n.º 4820 de 2007, integrada inicialmente por el denominado en ese momento ministro del Interior y de Justicia, quien la presidía, y, en su defecto, por el presidente del Consejo de Estado, por el ministro de Hacienda, por el secretario jurídico de la Presidencia de la República, por un magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y por nueve consejeros de Estado, a razón de uno por cada una de las cinco secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y los cuatro integrantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil; posteriormente, se produjo el ingreso como miembro de la Superintendencia de Industria y Comercio. La Comisión contó con el apoyo de una secretaría técnica y de cuatro asesores externos, expertos en la materia.

Como eje central y columna vertebral del proyecto a trabajar, la Comisión acogió las recomendaciones de la Sala Plena del Consejo de Estado, en el sentido de establecer, en primer lugar, una regulación de la actividad administrativa mediante la cual se impulsara a la Administración Pública a cumplir con su obligación fundamental de resolver efectivamente en sede administrativa los asuntos sometidos a su consideración por los asociados, con base en el respeto y reconocimiento de sus derechos, y, en segundo lugar, una regulación de la función judicial consecuente con la protección de los mencionados derechos y el control de legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares que cumplan funciones públicas, además del establecimiento de unos mecanismos, instrumentos y procesos que objetivamente garantizaran un real acceso a la justicia administrativa y un debido respeto y cumplimiento de las decisiones judiciales.

Para efectos organizacionales y funcionales, la Comisión se dividió en cuatro subcomisiones, de acuerdo con una repartición temática previamente acordada, de tal manera que los asuntos encomendados a cada una de ellas eran inicialmente trabajados a su interior y luego se hacía lo propio en la plenaria de la Comisión, y una vez elaborado un primer proyecto con base en las distintas propuestas, muchas de ellas provenientes de distintos sectores profesionales y académicos, se procedía a su socialización con el fin de que fuera debatido mediante la realización de distintos y variados eventos, para posteriormente ser consultado con las directivas del Congreso de la República antes de ser finalmente sometido a su consideración; todo lo cual demostró un trabajo concertado y armónico entre las ramas del poder público y los demás sectores interesados en esta materia, que concluyó cuatro años después con la expedición de la Ley 1437 de 2011, publicada en el Diario Oficial n.º 47.956 de 2011, pero que continúa con la divulgación de su texto mediante la realización de foros, seminarios y cursos, muchos de ellos realizados por nuestra Universidad, y con publicaciones como la que ahora presentamos.

Pese a que se había venido preparando la entrada de un nuevo Código Contencioso Administrativo, no se pensó en cambiar la figura del Silencio Administrativo Negativo como regla excepcional en vez de regla general, toda vez que no se le da cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 23 de la Carta Magna y premiando a la administración por su no cumplimiento, debido a su abstención y desconociendo el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia que hace alusión al Estado Constitucional y Social de Derecho, en el cual prevalece el respeto por la dignidad humana.

Si bien el derogado CCA o Decreto 01 de 1984 no estaba ajustado a la Constitución de 1991 y a las jurisprudencias Constitucionales proferidas durante la vigencia de dicha constitución y hasta la derogación de dicho CCA, se debió

pensar en especial de replantear como estaba concebido el Silencio Administrativo Negativo.

La Comisión redactora del nuevo Código planteo tres (3) tesis a saber:

- El silencio administrativo debía quedar como estaba regulado en el Decreto 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo.
- Que el silencio administrativo positivo se debía establecer como regla general, teniendo en cuenta que la falta de decisión, por la administración, debe tomarse como una resolución favorable al particular.
- Se debía estructurar una pérdida de competencia, para que el Juez decidiera el fondo del asunto.

Conocida estas tres (3) tesis el comité de reforma premio la desidia de la Administración, configurando el Silencio Administrativo Negativo como regla general, inclusive no acatando la sugerencia justa y coherente de cambio que propusieron los Magistrados del Consejo de Estado.

SECCIÓN TERCERA. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN RELACIÓN AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y POSITIVO EN COLOMBIA

Es importante saber que el precedente hace alusión a lo anterior en el tiempo o en el espacio. Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece. Es una Fuente formal de creación del Derecho, consiste en que éste se derive, no de la ley aprobada por los órganos legislativos, sino por las soluciones que adoptan, ante determinados casos, sobre todo los Tribunales, de forma que constituyen una suerte de doctrina, un paradigma de solución, justamente un precedente, al cual deben ajustarse en lo adelante, todos o algunos otros órganos jurisdiccionales.

El Common Law hace alusión a la expresión inglesa que se entiende por el derecho común, generalmente con referencia al derecho consuetudinario de tipo constitucional en oposición al statutory law o derecho legal ordinario.

El Doctor Manuel Fernando Quinche Ramírez, en su libro precedente judicial y sus reglas, legis, 2014, página 27, hace alusión a lo siguiente: “En el siglo XIX y parte del XX, en países de Europa y en la mayoría de los de América Latina, el sistema de fuentes fue dispuesta en el Código Civil y sus normas concurrentes, bajo la supremacía del principio de legalidad (Supremacía de la Ley), en el caso Colombiano los textos centrales fueron el Código Civil y la Ley 153 de 1887 distinguió entre la “Fuente principal” (Ley) y las “Fuentes secundarias” (Analogía, doctrina constitucional y las reglas generales del derecho ley 153 de 1887 Artículo 8):

“Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto constitucional y las reglas generales de derecho”.

“Cuando el círculo de la legalidad, los derechos y garantías civiles, en principio equivalentes a lo que hoy denominamos derechos fundamentales, fueron sometidos por el artículo 7° de esa ley, al Código Civil:

“Art. 7°. El título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil”.

El artículo 4° de la ley 169 de 1896, ratificó el carácter auxiliar de la jurisprudencia utilizando redacción discrecional respecto a la expresión “podrán”:

“Art. 4°. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

1. Situación actual respecto al Precedente en Colombia.

Constitución Colombiana de 1991 interpretación inicial del Artículo 230 Constitución Nacional de Colombia en su artículo 230, en relación a la actividad judicial, dispone:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Significa que se mantuvo la tradición en relación a la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, generando discusión si las sentencias judiciales, incluidas las de la Corte Constitucional, tienen el carácter de precedente judicial.

Todo lo anterior cambia dado la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, que preceptúa el principio de la supremacía Constitucional contemplado en el artículo 4° de la carta magna, la primacía de los derechos inalienables de la persona según el artículo 5° de la carta magna, la prevalencia de los derechos humanos el cual fueron reconocidos en los tratados públicos preceptuados en el artículo 93 C.N, el control estricto de Constitucionalidad artículo 241 y demás del valor y poder de la cosa juzgada artículo 243 ibídem.

Para la Corte Constitucional las sentencias producidas por las diversas cortes en sus respectivas jurisdicciones, constituyen precedentes judiciales a los cuales se someten los jueces, ya que de no hacerlo, violan el principio constitucional de igualdad y de los Arts. 4, 5, 93, 241, 243 C.N. Sentencia C-836/01, Sentencia SU-1300/01-Ratio Decidendi = (Razón para decidir).

Es de anotar que la Ley 1395/2010 Art. 114 (entidades públicas reconocimiento y pago de pensiones de jubilación y salarios a sus trabajadores. -Sentencia. C-539/2011 legislador desconoce Arts. 2, 4, 13, 209, 230, y 241 Constitución Política.

Para la vinculación del Precedente Judicial en la parte Administrativa se fundamenta en los siguientes conceptos:

- *El respeto al debido proceso y del principio de legalidad;*
- *El hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante;*
- *Las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse de manera objetiva y razonable;*
- *El desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.);*
- *Las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley.*

2. Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo

En forma sucinta se hace alusión al deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia y extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Artículos

10, 102, 269, 270 y 271 del CPACA., configurándose así el precedente judicial en Colombia, de la misma manera debe respetarse y aplicarse los preceptos constitucionales que nos lleven a establecer el silencio administrativo positivo como regla general y el silencio administrativo negativo como regla excepcional, con el fin de causarle el menor daño a los administrados.

Sentencia C-539/2011 declara exequible Artículo 114 Ley 1395/2010 Derogado Art. 309 CPACA por desconocer los Artículos 2, 4, 13, 83, 209, 230 y 241 de la C.N.

Son presupuestos del Estado Social y Constitucional de derecho los Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 83, 121, 122, 123, 209 y 230 de la C.N.

El desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos Artículos 6 y 90 C.N.

De forma Legal, tenemos:

Ley 57/1887

Ley 153/1887 Artículos 4, 8, 17, 18,

Ley 169/1896

Ley 270/96 Artículo 48

Ley 1395/2010 Artículo 114

Ley 1437/2011 (CPACA) Extensión de la Jurisprudencia Artículos 10, 102, 269, 270, 271.

De igual manera le corresponden los Decretos que hablan del precedente lo siguientes:

Decreto 2067/91 Art. 21

Decreto 2591/91 Art. 36

La Sentencias que trabajan el precedente son en su orden:

C-543/92, C-113/93, C-131/93, T-079/93, C-104/93, T-123/95, C-083/96, C-037/96, C-447/97, C-400/98, SU-047/99, T-973/99, SU-049/99, C-037/00, C-1433/00, C-836/01, C-1064/2001, SU-1300/01, C-252/01, C-039/03, T-698/04, T-292/06, C-427/06, C-370/06, C-209/07, T-705/07, T-980/07, T-1078/07, C-539/11, C631/11.

3. Principios y Derechos Constitucionales relacionados con el Silencio Administrativo Negativo.

Los Principios Constitucionales son en su orden:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política, 1991 Artículo 1).

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Constitución Política, 1991 artículo 2).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Constitución Política; 1991 artículo 4).

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. (Constitución Política; 1991 artículo 6).

Frente a los derechos Constitucionales el artículo 13 plantea que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución Política; 1991 artículo 13).

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, 1991 artículo 29).

En el artículo 83 la Constitución Nacional establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

De igual manera el artículo 90 infiere que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

La Constitución en su artículo 121 establece que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

El artículo 122 de la Carta Magna alude que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el

Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Texto anterior:

Modificado por el Acto Legislativo N° 1 de 2004, así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Texto original:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Constitución Política, 1991 artículo 123).

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; 1991 artículo 209)

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Constitución Política; 1991 artículo 230)²¹

El artículo 241 de la Corte Constitucional le confía a la corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
- Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

²¹ Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-892 de 2011

- Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
- Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
- Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano

podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

- Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

4. Artículos de la Ley 1437 de 2011 en relación al Precedente Judicial

Se analizará el articulado que hace referencia al precedente judicial:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

NOTA: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que

interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

- Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
- Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
- Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso

en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
- Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
- Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

NOTA 1: Los incisos 1° y 7° fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

NOTA 2: La expresión "sentencia de unificación" y el numeral 3° del inciso 5° fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-588 de 2012.

Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

Inciso modificado por el art. 616, Ley 1564 de 2012. Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

NOTA: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-588 de 2012.

Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

5. Ley 1395 de 2010

Artículo 114. Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, Expresión subrayada fue declarada Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-539 de 2011. para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes

jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, Expresión subrayada declarada Exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-539 de 2011, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-539 de 2011.

6. Aplicación del Precedente Judicial y Silencio Administrativo Positivo en Colombia.

En la actualidad el precedente judicial en Colombia se aplica, toda vez que se hizo un análisis concienzudo de la normatividad anterior y existente, previo el respeto de la Constitución, la Ley y los tratados Internacionales enmarcados en el respeto por la dignidad humana, la legalidad y la supremacía de la Constitución Nacional. Lo anterior está demostrado en el análisis hecho anteriormente que hace alusión al precedente judicial en relación el Silencio Administrativo en Colombia.

Por el respeto a la Constitución, la ley y los tratados Internacionales se está dando aplicación en Colombia al precedente judicial, toda vez que se ha modificado el sistema tradicional de fuentes del derecho, y la transformación que lo anterior supone en todo lo referente en materia de administración judicial, pasando los jueces de ser en la actualidad solo meros ejecutores de textos normativos, a ser unos verdaderos integradores de los vacíos del ordenamiento jurídico. Se busca respetar esos derechos y principios constitucionales como la igualdad, el debido proceso, la legalidad, entre otros.

En el caso del Silencio Administrativo Positivo, atendiendo a los preceptos Constitucionales en especial al derecho de petición, en la cual la administración

debe cumplir en los términos establecidos en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley y que su actitud silente crea una consecuencia jurídica de la inactividad de la administración que en términos generales perjudica al administrado toda vez, que el Silencio Administrativo por regla general se tiene establecido injusta e inconstitucionalmente como negativo y solo en casos excepcionales es tomado como positivo.

Así como se analizó todos y cada uno de las circunstancias que llevaron a la aplicación del precedente judicial en Colombia por el bien y el respeto por la dignidad humana, además del análisis que se hizo para la puesta en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y la derogación del decreto 01 de 1984, se debió considerar que con la configuración del Silencio Administrativo Negativo como regla general como estaba previsto en el decreto 01 de 1984 se siguen vulnerando derechos y principios Constitucionales de los administrados.

Se debe respetar los tratados Internacionales suscritos por Colombia, la Constitución Colombiana y las Leyes y por lo tanto entrar a modificar la ley 1437 de 2011, en donde se establezca el Silencio Administrativo Positivo como regla general y el Silencio Administrativo Negativo como regla excepcional, sería esta una forma de respetar en especial la Constitución Colombiana y con ello a los ciudadanos y administrados como en este caso que casi siempre somos los más perjudicados, yendo en contravía de la verdadera esencia del Estado Social de Derecho, que busca en todo momento el bienestar y la protección de todos y cada uno de los derechos de los asociados.

Queda demostrado que el legislador y los participantes en la comisión redactora de la Ley 1437 de 2011, poco les intereso darle un tratamiento ajustado al momento coyuntural que vive Colombia respecto a su nueva Constitución, en relación a la configuración del Silencio Administrativo. Pues una vez más se configura el aforismo que dice “La Ley en Colombia es para los de ruana”.

SECCIÓN CUARTA. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El silencio administrativo negativo respecto a su naturaleza jurídica y sus efectos está catalogada como la regla general en el desarrollo legal, dicho silencio es aquel que transcurrido el plazo que dispone la administración para pronunciarse y previo el mismo no ha notificado decisión alguna, dado lo anterior la Ley le da efectos desestimatorio a la petición o al recurso; esta manifestación estaba preceptuada en el anterior CCA en sus artículos 40 y 60, también planteado de la misma manera en el nuevo CPACA en sus artículos 83 y 84.

Respecto al silencio administrativo negativo, el Consejo de Estado hace alusión en la providencia proferida del 15 de mayo de 1989, que para invocar dicho silencio se solicita:

- a) Verificar que han transcurrido tres (3) meses para que se entienda negada la petición;
- b) Copia de la petición presentada ante la administración;
- c) Interponer los recursos para poder recurrir ante la jurisdicción;
- d) Probar con la copia que se hizo una petición y se interpusieron los recursos para agotar la vía gubernativa, y que transcurrieron dos (2) meses sin resolverlos, conforme establece el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, así lo enseña el Consejo de Estado, en las siguientes providencias:

1. Sentencias proferidas por el Consejo de Estado

1.1 En un primer momento el Consejo de Estado, mediante auto de 15 de mayo de 1989 establece que:

"SE DEBE PROBAR QUE SE HIZO LA PETICIÓN Y SE INTERPUSIERON LOS RECURSOS

"Referencia: Expediente 3753. Actor: ...Apelación Interlocutorios.

"Bogotá, D.E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

"La señora... interpone mediante apoderado, recurso de apelación contra el Auto de 2 de agosto de 1988, por el cual el Tribunal Administrativo de Caldas inadmitió la demanda por ella presentada.

"Dicha demanda fue inadmitida debido al no agotamiento de la vía gubernativa en legal forma, dado que el silencio administrativo invocado se refiere al contemplado en el artículo 7° de la Ley 24 de 1947 y el Código Contencioso Administrativo regula esta materia exigiendo que cuando se configura el silencio administrativo frente a la petición inicial por haber transcurrido un lapso de tres (3) meses sin que se notifique la respuesta de la administración para acudir a la jurisdicción en necesario interponer los recursos procedentes contra el acto presunto.

"Para decidir,

"SE CONSIDERA:

"Ciertamente son acertadas las consideraciones que hace el Tribunal acerca del silencio administrativo que se configura frente a la petición inicial, y a la necesidad de recurrir el acto presunto para poder acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"Sin embargo, en el presente caso no obra la copia de la petición presentada ante la administración.

"Cuando se invoca el silencio administrativo no es necesario probar que la entidad administrativa no ha respondido. Pero si debe probarse con la copia respectiva,

que se hizo petición y se interpusieron los recursos, para así poder calcular, de acuerdo a la fecha de recibo plasmada en dicha copia, si ha transcurrido el lapso de tiempo que la ley ha previsto para que se entiendan negados la petición y los recursos, y qué fue lo pedido ante la administración.

"En ausencia de ese documento, ni siquiera cabe aquí la posibilidad de hablar de silencio administrativo.

"Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

"RESUELVE:

"Confirmarse el Auto de 2 de agosto de 1988, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Caldas inadmitió la demanda presentada por la señora..., por no agotamiento de la vía gubernativa".

Se procede a citar la ratio decidiendo de las jurisprudencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que han hecho alusión al tema del Silencio Administrativo Negativo como regla general, dichas sentencias son:

1.2 En un segundo momento en sentencia: 15 de julio de 1992, Consejo de Estado

...(…)... A través de las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, consagra mecanismos para garantizar su ejercicio, y, concretamente frente a la situación que narra el accionante está previsto el fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (C. C. A., art. 40), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en

que puede incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición.

1.3 En un tercer momento el Consejo de Estado en sentencia del 18 de abril de 1995, dispone que:

...(…)... Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo (subrogado por el artículo 22 del decr. 2304 de 1989) para ocurrir en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra un acto particular que ponga fin a un proceso administrativo y se solicite en consecuencia el restablecimiento del derecho del demandante, debe agotarse previamente la vía gubernativa, mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo negativo.

Configurado el silencio administrativo negativo, empieza a correr el término de caducidad de cuatro (4) meses señalado para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (subrogado por el decr. 2304 de 1989, art. 23), el cual en el caso de autos, precluyó el 31 de julio de 1994. Y como la demanda fue presentada el 26 de agosto de ese mismo año, quiere ello decir que lo fue por fuera del término de caducidad establecido para la acción (fls. 7 a 11).

1.4 Después en sentencia del 16 de mayo de 1995, el Consejo de Estado plantea que:

...(…)... Es sabido que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se ha agotado la vía gubernativa, en los términos del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, mediante acto expreso que ponga término a la actuación administrativa o mediante acto presunto por silencio negativo. Por manera que no

puede olvidarse el supuesto de la existencia del acto emanado de la administración, como condición sine qua non para acceder a esta instancia.

Tratándose del silencio negativo, según voces del original artículo 40 del decreto 01 de 1984, vigente por haberse declarado por la Corte Suprema de Justicia la inexecutable del artículo 1º del decreto 2304 de 1989 que lo había modificado, ha de entenderse que este tiene ocurrencia frente a la petición inicial que se formula a la administración y que agota la vía gubernativa (art. 135, inc. 2º), transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de la petición sin que la administración la hubiere resuelto.

1.5 Aún más la sentencia 20 de febrero de 1996, del Consejo de Estado alude que:

...(…)... De conformidad con el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, si transcurrido un plazo de tres meses, contado a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa, dándose origen al silencio administrativo negativo y a un acto ficto o presunto, nacido del silencio lo que no eximirá de responsabilidad a la autoridad ni la excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o presunto.

Como bien se analiza en la providencia de la sección segunda, traída a colación por el apelante, después de la reforma introducida por el decreto 2304 de 1989 al artículo 135 del Código Contencioso Administrativo el interesado puede demandar directamente el acto ficto nacido de la petición inicial o interponer contra este los recursos por la vía gubernativa y proceder a instaurar la acción contra los actos resolutorios de dichos recursos o contra los simplemente presuntos si persiste el silencio de la administración. Situación diferente es que el interesado no esté

sometido a término alguno para la interposición de los recursos administrativos contra el acto ficto, de conformidad con el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, sin estar obligado a esperar el pronunciamiento de la administración, pero si elige la vía jurisdiccional estará sometido al término de caducidad y la administración pierde competencia para pronunciarse.

En autos está demostrado que contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio administrativo negativo, sin que ello dé para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.

1.6 La sentencia proferida el 5 de marzo de 1998, por el Consejo de Estado

...(...)... Frente al artículo 23 de la Constitución Política, que se contrae el primer cargo de la demanda, es preciso observar que la demora por parte de la entidad demandada para resolver la petición inicial, así como para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en la vía gubernativa, si bien es cierto que constituye un desconocimiento de la garantía que en favor del administrado está instituida para obtener una pronta y oportuna respuesta a sus solicitudes, no lo es menos que es la misma ley la que le ha atribuido la consecuencia jurídica al desconocimiento de dicho derecho, consecuencia ésta que no constituye una causal de nulidad de los actos administrativos, sino que se traduce en una presunción de respuesta negativa (silencio administrativo negativo) de la petición o de los recursos, que habilita al administrado para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a fin de controvertir su legalidad, amén de que dicho retardo es causal de mala conducta, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 7º del C.C.A.

1.7 Sentencia de AC-6213 de 21 de agosto de 1998, Consejo de Estado establece:

...(…)... Así las cosas, es evidente que acogiéndose al silencio administrativo negativo la administración no está cumpliendo con las obligaciones que le corresponden, en especial la de resolver sobre los recursos interpuestos en la vía gubernativa, incumpliendo de paso con la eficiencia administrativa que debe gobernar todas sus actuaciones y el respeto al recurrente.

Ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional el de sostener que en los eventos en que se presenta el silencio administrativo negativo se vulnera el derecho de petición plasmado en el artículo 23 de la Carta Política, pues la administración tiene la obligación de resolver oportunamente la petición del recurrente.

En efecto, sobre este punto en sentencia T-134 de 27 de marzo de 1995 la Corte Constitucional con ponencia del doctor José Gregorio Hernández Galindo, dijo: “De la sentencia revisada podría desprenderse que, acogiéndose al silencio administrativo negativo, la administración —al resolver “implícitamente”— estaría cumpliendo con las obligaciones que le corresponden.

Craso error que la Corte Constitucional no puede permitir que pase inadvertido, en cuanto que por la vía de semejante argumentación no solo se desconoce de manera flagrante el derecho fundamental plasmado en el artículo 23 de la Carta sino que se desvertebra el sistema instituido por el Constituyente al hacer puramente teóricos los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad que, según las normas fundamentales, deben presidir el ejercicio de la función administrativa”.

En otro aparte de la misma sentencia sostuvo:

“ ... Si así son las cosas, la Corte Constitucional aprovecha este caso para hacer notar la equivocación en que incurre el juez cuando concluye que, por haber operado el silencio administrativo, “no existe derecho constitucional alguno violado”. Tal apreciación, como ya lo dijo esta Corte en caso similar (Cfr. sent. T-577 del 14 de diciembre de 1994) es contraevidente, porque desconoce una realidad incontrastable, y representa ejemplo adecuado acerca de lo que no debe hacer, en el desarrollo de su actividad, el juez de tutela: cohonestar la negligencia administrativa y respaldar las violaciones de los derechos fundamentales...”.

De conformidad con lo anterior, en el caso que ocupa la atención de la Sala el recurrente tiene un derecho protegido por el artículo 23 de la Carta Política, para que la administración resuelva oportunamente su pedimento en razón a que los recursos por la vía gubernativa no han sido establecidos como oportunidades puramente formales destinadas simplemente a agotar una etapa para acudir a la jurisdicción.

1.8 En el auto de fecha 8 de octubre de 1998, el Consejo de Estado dice:

...(...)... La Sala no comparte la apreciación del Tribunal, en cuanto que la comunicación del Corpes - Costa Atlántica, sea un acto administrativo, ya que como se pone de presente en su última parte, simplemente se comunica que es un asunto que debe ser debatido y decidido por el Consejo Regional de Planificación de la Costa Atlántica, como máximo organismo rector. Así mismo se expresa que se buscará la manera de resolver concertadamente y en forma satisfactoria la solicitud de Ecocarbón, como es apenas obvio, ya que se trata de un conflicto entre dos entidades de carácter público. Esa comunicación no constituye pues un acto definitivo como lo califica el inciso final del art. 50 del C.C.A., sería más exacto llamarlo resolutivo -toda vez que no puso fin a una actuación administrativa, en tanto no decidió directa o indirectamente el fondo del asunto-. Acertó pues la entidad demandante cuando consideró que sobre su

petición no había recaído decisión expresa y por lo tanto, pasados tres (3) meses desde la presentación de las mismas se había configurado el silencio administrativo negativo, fenómeno que le abría la posibilidad de acudir en demanda ante el juez. Si la solicitud de Ecocarbón fue presentada el 26 de mayo de 1997, el plazo de los cuatro (4) meses que establecía el art. 136 del C.C.A. para acudir en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho vencía el 28 de diciembre del mismo año. Como este día era de vacancia judicial, el término para interponer la demanda se extendía hasta el primer día hábil siguiente, esto es el 13 de enero de 1998 cuando se iniciaron las labores judiciales de este año, fecha en la cual fue presentada la demanda. Se advierte que el art. 44 de la Ley 446 de 1998, modificó el artículo 136 del C.C.A., en cuanto señala que la acción sobre los mal llamados actos presuntos que resuelvan un recurso puede interponerse en cualquier tiempo. A pesar de que la norma parece referirse sólo al silencio administrativo negativo que surge de la interposición de los recursos en la vía gubernativa, lo lógico es entender que la misma regla resulta aplicable a dicho silencio frente a las peticiones ya que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, máxime que como se dijo antes, el art. 135 del C.C.A. señala que el silencio negativo en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa. Lo cual significa que el art. 40 ibídem en cuanto señala que el interesado una vez configurado el silencio administrativo negativo frente a una petición puede hacer uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto, ha quedado insubsistente. Adicionalmente la Sala encuentra que la entidad demandante en este proceso Ecocarbón Ltda. es una sociedad entre entidades públicas, la cual se somete al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. En este orden de ideas, y por ser Ecocarbón una entidad pública la caducidad para acudir en demanda ante el juez era de dos (2) años, tal como lo preveía el inciso 2o. del art. 136 del C.C.A. Se advierte que esta disposición fue modificada por el art. 44 de la Ley 446 de 1998, el cual en el numeral 7 establece que "cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente al

de su expedición. Esto significa que en eventos como el que examina la Sala, por tratarse de la acción en contra de un acto que no fue expedido por Ecocarbón, de haberse interpuesto la demanda en vigencia de la Ley 446 de 1998, el plazo de caducidad sería el general establecido para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, cuatro (4) meses.

1.9 En Sentencia del 20 de mayo de 1999, el Consejo de Estado plantea;

...(...)... Conforme al artículo 22 del decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó al artículo 135 del decreto-ley 01 de 1984, es un presupuesto de procedibilidad para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo definitivo y de carácter particular, el previo agotamiento de la vía gubernativa por acto expreso o presunto por silencio negativo; y que el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa, dando a entender con esto último que los dos silencios negativos previstos en los artículos 40 y 60 del C.C.A. (frente a la petición y a los recursos) pueden producir dicho agotamiento. Al estatuir este artículo, que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de junio de 1990, que tanto el silencio negativo frente a los recursos, como en relación con la primera petición, agotan la vía gubernativa, ello implica que por la ocurrencia de uno u otro fenómeno la autoridad administrativa pierde competencia, por el factor temporal, para pronunciarse sobre la petición y sobre los recursos, quedando así habilitado el administrado para instaurar la citada acción de nulidad resarcitoria.

Tan cierto es ello que el artículo 23 del decreto-ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 136 del decreto-ley 01 de 1984, vigente cuando se expidieron los actos administrativos acusados y se presentó la demanda, prevé que el término de caducidad para incoar dicha acción será de cuatro meses contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

El texto de los artículos 22 y 23 del decreto 2304 de 1989 resulta así incompatible con los incisos 2º del artículo 40 y 3º del artículo 60 del C.C.A., que autorizan a la Administración para pronunciarse sobre la petición inicial o los recursos, mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que el agotamiento de la vía gubernativa que consagra el artículo 22 implica, como ya se dijo, que por ministerio de la ley la autoridad no puede pronunciarse sobre la petición o los recursos, es decir, que pierde competencia por el aspecto temporal, por atribuírsele una consecuencia jurídica a su silencio; y por mandato del artículo 23, al día siguiente de la ocurrencia del silencio negativo debe computarse el plazo perentorio e improrrogable para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enunciada.

Por tal incompatibilidad debe estimarse insubsistente o derogado tácitamente el inciso 3º del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, por el artículo 22 del decreto-ley 2304 de 1989, según la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 3º de la ley 153 de 1.887, el cual prevé que una disposición legal se estima insubsistente por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores.

Dicha incompatibilidad surgió dado que al declararse inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de junio de 1990, los artículos 1º y 7º del decreto-ley 2304 de 1989, que habían subrogado los artículos 40 y 60 del decreto-ley 1 de 1984, ello trajo como consecuencia que recobraran vigencia estos últimos, pues las normas compatibles con los artículos 22 y 23 del decreto-ley 2304 de 1989 (subrogatorios de los artículos 135 y 136 del decreto-ley 01 de 1984) eran los precitados artículos 1º y 7º .

Dichos artículos 1º y 7º establecían que ocurridos, en su orden, los silencios negativos frente a la petición y frente a los recursos, la autoridad administrativa perdía competencia para pronunciarse en relación con la petición y los recursos, lo

cual hacía posible, por ministerio de la ley en ambos casos, el agotamiento de la vía gubernativa previsto en el artículo 22, y que al día siguiente de ocurrido el silencio negativo empezara a correr el término de caducidad consagrado en el artículo 23.

1.10 En sentencia del 26 de abril de 2002, el Consejo de Estado, plantea:

...(…)... La configuración del silencio administrativo negativo tiene por objeto darle al peticionario la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del contencioso administrativo para demandar el acto presunto. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad y menos aún que la propia administración se ampare en su silencio no solo para no dar en definitiva respuesta sino para considerar que el acto está en firme y proceder a ejecutarlo, porque sería una burla a los derechos de petición y debido proceso consagrados en los artículos 23 y 29 de la Constitución Política.

En el sublite, el municipio de Montelíbano expidió el 7 de mayo de 1997 liquidación oficial del Impuesto de industria y Comercio y Avisos y Tableros por los años gravables 1991 a 1997- (fls 60 a 65). Acto contra el cual ISA interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación. (FI 66 a 71).

Sin resolver expresamente los recursos la Tesorería de Montelíbano libró el 13 de marzo de 1998 mandamiento de pago (fl.35) en el cual el funcionario afirma que la vía gubernativa se encuentra agotada. ISA formula contra esa providencia las excepciones de Inexistencia Título con mérito ejecutivo, Inconstitucionalidad por quebranto del debido proceso y en forma subsidiaria la de pago.

La primera excepción la sustenta en la falta de firmeza del título ejecutivo por no haberse resuelto los recursos interpuestos. La tesorería responde el 7 de mayo de 1999 sobre las excepciones en el sentido de rechazarlas porque según el artículo

831 del Estatuto Tributario la inexistencia de título con mérito ejecutivo y la de inconstitucionalidad no se encuentran “enlistadas” dentro del ordenamiento tributario colombiano. Argumenta además que como se cumplieron los sesenta días desde la interposición de los recursos, operó del silencio administrativo y por ello es aplicable el artículo 60 del C.C.A. (fls. 44 y 45)

Como puede advertirse, la Administración obtuvo provecho de su propia omisión y utilizó el silencio administrativo para eludir dar la respuesta a los recursos interpuestos y considerar en firme la liquidación oficial para ejecutar a la demandante, con lo cual se vulneraron los artículos 68 del C.C.A. y 828 del Estatuto Tributario que exigen que los actos administrativos estén ejecutoriados para exigir su cobro por jurisdicción coactiva. En estas condiciones no hay título ejecutoriado y por consiguiente la excepción propuesta debió prosperar, como en efecto lo declaró el Tribunal y por ello es procedente la declaratoria de nulidad de la providencia de 7 de mayo de 1999 y de su confirmatoria. De otro lado precisa la Sala que rechazar la excepción porque el recurrente utilizó la expresión “Inexistencia de Título” y no “falta del Título “ como establece el numeral 7º artículo 831 del E.T., es una argucia del tesorero inaceptable jurídicamente, porque los dos términos son sinónimos.

1.11 En Sentencia del 19 de septiembre, el Consejo de Estado analiza y extracta que:

...(…)... En el sub examine se pide la declaratoria de configuración del silencio administrativo negativo frente a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al demandante por medio de la Resolución N° 7716 de 1992, presentada el 20 de noviembre de 1998 y la información del correspondiente acto administrativo negativo.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 135 del C.C.A., el silencio negativo en relación con la primera petición agota la vía gubernativa; por consiguiente, la ocurrencia de este fenómeno jurídico habilita al administrado para demandar la nulidad del mismo.

De acuerdo con las referidas precisiones jurisprudenciales y lo dispuesto en las normas precedentemente mencionadas, el señor DELGADO CAÑIZARES podía demandar válidamente el acto administrativo presunto mediante el cual Cajanal negó la reliquidación de su pensión solicitada el 20 de noviembre de 1998, ya que no era necesario que impugnara la resolución por la cual se le reconoció tal prestación, por cuanto aquél acto –el presunto- hace referencia a la cuantía de dicha prestación, cuyo acto de reconocimiento, de conformidad con el Artículo 136 del C.C.A., puede demandarse en cualquier tiempo, sin que fuera necesario interponer contra él los recursos por la vía gubernativa, pues se reitera, el silencio negativo frente a la primera petición, por mandato del Artículo 135 ejusdem, tiene la virtualidad de agotar dicha vía.

1.12 En Sentencia del 31 de julio de 2003

...(…)... Observa la Sala que en el presente asunto, por inexistencia del acto administrativo expreso que liquida el auxilio de cesantías, se trata de un acto administrativo ficto o presunto originado en el silencio administrativo.

El Código Contencioso Administrativo regula la ocurrencia y las consecuencias del acto ficto contenido en un silencio administrativo de la siguiente manera:

“Código Contencioso Administrativo. Silencio administrativo. Artículo 40. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa...”

Debe entonces entenderse del silencio administrativo que operó frente a la petición de liquidación elevada por el actor, que la administración negó tal liquidación y no puede aceptarse dicha negativa como el acto que contiene la liquidación en firme de las cesantías y necesaria para que se cause el derecho a la indemnización moratoria.

Observa la Sala que el retardo o la mora en la liquidación del auxilio de cesantías no es la situación prevista en las normas como fuente del derecho deprecado, pues ellas se refieren al retraso o mora en el pago del auxilio con un claro tenor literal que por ello no se puede desatender so pretexto de consultar su espíritu.

Considera entonces la Sala que ante la inexistencia de acto expreso o ficto que contenga la liquidación en firme de la cesantías del demandante, debe entenderse que ella ocurre (liquidación en firme) con la sentencia judicial que decreta el monto del auxilio y, para efectos de la sanción moratoria, debe aceptarse que ésta última se causa a partir de la ejecutoria de la sentencia de instancia que contiene la liquidación efectuada por esta jurisdicción.

1.13 Sentencia: 2 de diciembre de 2004

...(…)... En efecto cuando se presenta la solicitud de saneamiento de impugnaciones cursaba en la vía gubernativa el recurso de reconsideración que se había interpuesto contra la liquidación oficial de revisión, solicitud que de ser aprobada implicaba el desistimiento irrevocable y por consiguiente la terminación y archivo del proceso, de conformidad con lo dispuesto en los parágrafos 1º y 2º del artículo 245 de la Ley 223 de 1995. La petición debía resolverse dentro de los treinta días siguientes como lo ordenaba el artículo 17 del Decreto 0196 de 1996. Sin embargo la Administración, hace caso omiso de la solicitud del beneficio y el consiguiente desistimiento de la impugnación y decide el recurso de

reconsideración en el sentido de confirmar la liquidación de revisión, más de 2 meses después de dicha petición.

El no pronunciamiento de la Administración dentro de la debida oportunidad, sobre la solicitud de acogerse al beneficio, daba derecho al contribuyente de conformidad con el artículo 40 del C.C.A. para considerar que había operado el silencio administrativo y por consiguiente su petición había sido negada, mediante un acto ficto, el cual a su vez podía ser objeto de la acción contenciosa administrativa, si el afectado opta por no esperar la decisión expresa de la Administración quien no puede ampararse en el silencio administrativo para exonerarse de su obligación de responder, salvo que el acto presunto se hubiese demandado.

En esta cadena de equivocaciones, el demandante no impugna en este proceso la respuesta presunta negativa derivada del silencio administrativo a la solicitud de saneamiento de impugnaciones y por consiguiente no perdió la Administración la competencia para decidir sobre su petición, por cuanto la demora no la exonera del deber de decidir, como efectivamente sucedió cuando el día anterior a la contestación de la demanda, la DIAN resuelve expresamente en forma negativa sobre la solicitud del saneamiento.

1.14 Sentencia 4189-05 de 30 de abril del 2009, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo

Contenido: reajuste pensional en moneda extranjera. No se puede negar, porque se estaría discriminando a los funcionarios del servicio exterior colombiano

Temas específicos: pago en moneda extranjera, reajuste de la mesada pensional
sala: contencioso administrativo sección: segunda.

1.15 Por su parte Sentencia 4189-056 de abril 30 de 2009, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección segunda. Rad. 25000-23-25-000-1999-06959-01(4189-05)

Consejero ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón

Actor: Celina Braulia Mejía de Bengoechea

Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal Bogotá, D.C., treinta de abril de dos mil nueve. Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1.16 Sentencia 2003-01277 del 23 febrero de 2011

Contenido: remuneración de los diputados incidencia del cambio de categoría del departamento.

Temas específicos: servidor público, régimen salarial del servidor público, departamento, salario

1.17 Sentencia: 29 de septiembre de 2011, El Consejo de Estado frente al

...(…)... Silencio Administrativo Negativo.- analiza:

En sede administrativa, frente a las decisiones en la vía gubernativa se puede configurar el silencio administrativo negativo, así lo prevé el artículo 40 del C.C.A., cuando establece que transcurrido un plazo de “tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa”. (se subraya).

A su turno el artículo 60 del mismo Estatuto prevé que, frente a los recursos de reposición y apelación, transcurrido dos (2) meses contados a partir de la interposición, sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, “se entenderá que la decisión es negativa”.

La finalidad del silencio administrativo negativo en sede administrativa, es asegurar la celeridad y eficacia de las actuaciones administrativas, sancionando a la Administración por su inactividad, al vulnerar el derecho de petición de la accionante, quien tiene derecho a insistir en su reconocimiento cuantas veces estime necesarias, pues, se trata de una prestación de carácter imprescriptible frente a sus mesadas futuras, cuando se trata de prestaciones periódicas.

Si bien es cierto, que en tratándose de prestaciones periódicas, en sede administrativa, el peticionario puede insistir cuantas veces considere necesarias el reconocimiento del derecho, y que en sede judicial, puede demandar en cualquier tiempo porque no opera el fenómeno jurídico de la caducidad – artículo 136 numeral 2 -; no lo es menos, que una vez admitida la demanda y transcurridas las etapas procesales correspondientes hasta llegar a la sentencia, no puede demandar posteriormente los mismos actos con las mismas pretensiones, es decir, no le es dable que se demanden más de una vez los actos que ya fueron objeto de control de legalidad ante esta Jurisdicción, cuando ya se ha dictado sentencia, como en el presente caso.

**1.18 Sentencia 2007-00073 de 08 de octubre de 2013, el Consejo de Estado:
El contenido hace referencia a:**

Medidas de protección, prevención y cuidado para personas en condición de discapacidad. Las edificaciones públicas deben construirse en caso de que sean nuevas o reformarse si son anteriores a la ley, respetando las exigencias de la nueva norma, para que las personas que padezcan una discapacidad accedan y circulen fácilmente en ellas. la administración pública debe cumplir con los deberes de protección, prevención y cuidado que tienen sobre las personas que padecen discapacidad, no sólo respetando en sus espacios físicos las normas que protegen a estas personas, sino que a través de la expedición del plan de ordenamiento territorial (pot), otorgamiento de licencias de construcción, licencias

de funcionamiento, etc.-, exigirán la implementación de todas las normas que protegen a estos sujetos con garantía y derechos especiales, y harán el seguimiento reglamentario a tales actividades, para garantizar que en cada municipio, en el corto plazo, se incorporan estas personas a la vida ordinaria, sin más trabas de las que su salud impone.

Temas específicos: acción popular, administración pública, espacio público, sentencia de unificación jurisprudencial, protección a persona con discapacidad

Sala: plena de lo contencioso administrativo ponente: Gil Botero, Enrique (Revista tutela, 2014, p. 125).

De otro lado la Corte Constitucional a podido establecer que mediante la:

1.19 Sentencia 2003-02301 de 07 de marzo de 2013, el Consejo de Estado analiza en el contenido el silencio administrativo negativo. La base para la declaración de la configuración del silencio administrativo negativo es la fecha de presentación de la petición, es a partir de la radicación ante la entidad competente, que inicia el término para el surgimiento del silencio.

Temas específicos: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, policía nacional, silencio administrativo negativo sala: Contencioso Administrativo

Sección: segunda

Ponente: Vargas Rincón, Alfonso

2. SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

2.1 Sentencia T-242 de 23 de junio de 1993, Corte Constitucional

Contenido: Silencio Administrativo Negativo, no impide la tutela del derecho de petición temas específicos: tutela, principios constitucionales

Sala: Quinta de Revisión

Ponente: Hernández Galindo, José Gregorio. (Revista jurisprudencia y doctrina, 1993 p. 932)

2.2 Sentencia: C-339 de 1° de agosto de 1996, la Corte Constitucional

...(...)... El artículo 60 del decreto 1 de 1984: Esta disposición se refiere de manera clara al fenómeno del silencio administrativo negativo, es decir al hecho de que después de transcurrido un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa, lo cual es perfectamente válido frente a la Constitución; en efecto, la ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso primero, no exime a la autoridad de responsabilidad frente a la ley y a los derechos de los asociados, ni le impide resolver sobre el asunto en trámite mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, y garantiza un nivel mínimo de certeza y seguridad al administrado al definir la procedencia de los recursos y de las acciones judiciales a partir de su supuesta producción.

En efecto, el artículo 60 acusado regula la situación de inactividad de la administración cuando debiendo tomar una decisión sobre un derecho particular no lo hace, cualquiera sea la causa de su indecisión; la no respuesta de las autoridades produce el efecto jurídico preciso que se indica en la ley, el cual en virtud de los artículos 40 y 60 del Código, consiste en suponer la existencia de un acto administrativo que puede ser recurrido en vía gubernativa o atacado judicialmente.

Se califica al silencio administrativo de acto presunto, es decir, de una decisión supuesta por la misma ley y que tiene los efectos de una declaración adoptada por medio de una conducta positiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo

51 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que contra los actos administrativos presuntos, es decir, los que se suponen como realizados con ocasión del silencio administrativo, pueden proponerse los recursos por la vía gubernativa en cualquier tiempo; con esta hipótesis legal se garantiza el desarrollo de los derechos constitucionales del debido proceso y petición y no se produce vulneración alguna a la Carta Política.

Ahora bien, considera la Corte que el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, supone como real, es decir definitivo y cierto, lo que es materialmente inexistente; así, para los efectos legales del debido proceso se presume que existe un acto administrativo frente a la petición o a la actuación particular del interesado, bien tenga este contenido negativo o positivo, acto que en sí mismo no es materialmente producido; para poder garantizar los derechos constitucionales de los administrados, hace suponer la existencia de una decisión y el sentido de esta, para que se puedan ejercer las acciones legales en su contra.

Se puede cuestionar la validez de los actos presuntos o ficticios respectivos, en razón a que la norma demandada consagra una ficción legal de que transcurridos dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre los mismos, se entiende que la misma es negativa.

Conforme a lo anterior, también se dispone que el acto ficto es igualmente controlable mediante los recursos y mediante las acciones contra de los actos administrativos; además, los artículos 40 y 51, por su parte, disponen que el silencio respecto de las peticiones formuladas por los ciudadanos es objeto de recursos por la vía gubernativa, pudiéndose recurrir en su contra con la reposición, la apelación y la queja.

En forma similar a lo anterior, los artículos 135 y 136 del mismo estatuto reconocen la procedencia de las acciones judiciales contra los actos presuntos como cualquier acto administrativo, y establecen el término de caducidad de las mismas.

De lo anterior se desprende que las acciones contencioso administrativas también podrán interponerse contra aquellos actos, pues no se considera el acto ficto como la pérdida de la capacidad de decidir del Estado, sino como un verdadero acto que solo cumple sus efectos al momento en que el particular lo esgrime contra la administración, bien sea ejerciendo los recursos en vía gubernativa, o proponiendo las acciones judiciales pertinentes que prevé el régimen contencioso administrativo.

En síntesis, no encuentra la Corporación que el artículo 60 demandado sea inconstitucional, ya que con el silencio administrativo negativo se pone fin a las situaciones de indecisión por parte de la administración, permitiendo al afectado con las conductas omisivas de las autoridades, acudir a la vía judicial contencioso administrativa para efectos, entre otros, de poder garantizar la integridad del ordenamiento y los derechos de los interesados.

En igual sentido, como quedó visto anteriormente, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el silencio administrativo negativo no es respuesta adecuada para el derecho de Petición y en consecuencia, no se excusa a la Administración de resolver las peticiones presentadas con fundamento en dicho derecho constitucional, ni se la exime de responsabilidad frente a los ciudadanos para garantizar que la actividad de la Administración Pública se desarrolle con los postulados de eficiencia, eficacia, publicidad, economía y celeridad consagradas en el artículo 209 de la Carta.

Finalmente, la Corte encuentra que los artículos 49, 60 y 72 del decreto 1 de 1984, no desconocen el derecho de petición, en virtud de lo expuesto en la jurisprudencia de la Corporación sobre este derecho.

2.3 La sentencia C-304 de 05 de mayo de 1999, la Corte Constitucional se pronuncia y dice:

...(…)... 2. El silencio administrativo se consagra en defensa de los derechos del peticionario y de ninguna manera como excusa para que la autoridad incumpla su deber de responder las peticiones.

Tampoco excluye la sanción disciplinaria que merece la autoridad infractora, ni la acción de tutela para proteger el núcleo esencial del derecho de petición. El demandante considera que la figura del silencio administrativo, consagrada en los artículos 40 y 41 del decreto 1 de 1984, viola el derecho fundamental de petición (C. P., art. 23).

Su argumento principal estriba en que, mediante el silencio, se permite a la Administración abstenerse de resolver, ampliar y variar los términos y someter al peticionario a que espere durante tres meses para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se trata de silencio negativo, todo lo cual, según estima, repercute en la violación de la esencia misma del aludido precepto constitucional.

La Corte, aunque reafirma el carácter fundamental del derecho de petición, estima equivocada la tesis del actor, ya que ella parte de una confusión entre varios elementos que es preciso distinguir con claridad.

Del artículo 23 de la Carta Política surge el derecho de toda persona a dirigirse a las autoridades, en interés individual o general, y a obtener pronta resolución, siempre que lo haga en términos respetuosos.

La doctrina constitucional ha reiterado que no se trata tan solo de que la persona pueda entregar o formular físicamente su petición sino de asegurar que se le dé curso y que, oportunamente, se le resuelva de fondo.

Son pertinentes en esa materia varios pronunciamientos de esta Corporación:

“El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta, es un derecho público subjetivo de la persona para acudir ante las autoridades, o las organizaciones privadas que establezca la ley, con miras a obtener pronta resolución a una solicitud o queja. A diferencia de los términos y procedimientos jurisdiccionales, el derecho de petición es una vía expedita de acceso directo a las autoridades. Aunque su objeto no incluye el derecho a obtener una resolución determinada, sí exige que exista un pronunciamiento oportuno”²².

“En lo pertinente, el artículo 23 de la actual Constitución consagra el derecho de petición en los mismos términos que venían de la anterior, bajo la cual fue concebida en la forma más amplia, pues de él se derivan facultades y poderes tan amplios como los de pedir en contención ante la administración de justicia, por un extremo, hasta los de, mediante su ejercicio, cumplir una función de control de la función pública, de manera que su importancia es manifiesta. Es de notar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente; por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la

²² Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión, sentencia T-426 del 24 de junio de 1992, magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz

Administración, especialmente con vista en la promoción de las acciones judiciales respectivas, pero en forma ninguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia”²³.

“Según la propia norma constitucional el derecho de petición involucra no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone además, un resultado de esta, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución. Sin este último elemento el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo”²⁴.

“Se trata de uno de los derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas (Const. Pol., art. 2º)”²⁵.

“El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, no radica simplemente en que se tramiten las solicitudes respetuosas presentadas por las personas ante las autoridades en interés particular o colectivo sino que, por expresa exigencia de la norma superior, implica que el solicitante obtenga pronta resolución.

²³ Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, sentencia T-481 del 10 de agosto de 1992, magistrado ponente: doctor Jaime Sanín Greiffenstein.

²⁴ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, sentencia T-567 del 23 de octubre de 1992, magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, sentencia T-12 del 25 de mayo de 1992, magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Lo relativo a la prontitud ya ha sido desarrollado por el legislador (C. C. A., art. 6º y 25 de la ley 57 de 1985, entre otras normas) y tratado en numerosas sentencias de esta Corte.

El concepto de resolución merece consideraciones adicionales a propósito del caso que nos ocupa.

Resolver, de acuerdo con las pertinentes acepciones que trae el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa “tomar determinación fija y decisiva”, “desatar una dificultad o dar solución a una duda”, “hallar la solución de un problema”, “decidirse a decir o hacer una cosa”.

Desde el punto de vista jurídico, entre otros significados que no vienen al caso, “resolver” representa adoptar una decisión o dilucidar un litigio o controversia, en ambos casos con efectos vinculantes. Lo segundo corresponde, en principio, a las autoridades judiciales y lo primero, normalmente, a quien cumple función administrativa.

En lo relativo al derecho de petición, la autoridad ante la cual se ejerce está obligada a resolver, pues, por contrapartida, el peticionario tiene la garantía constitucional de “obtener pronta resolución”.

Considera la Corte que el derecho de petición no tendría sentido si se entendiera que la autoridad ante quien se presenta una solicitud respetuosa cumple su obligación notificando o comunicando una respuesta apenas formal en la que no se resuelva sobre el asunto planteado. El derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión material, real y verdadero, no apenas aparente. Por tanto, se viola cuando, a pesar de la oportunidad de la respuesta, en esta se alude a temas diferentes de los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar.

Obviamente, el expuesto sentido de la resolución tiene cabida tan solo cuando la autoridad a la cual se ha dirigido la persona peticionaria goza de competencia para resolver sobre el asunto materia de petición y si, además, en los casos en que el objeto de la petición tiene previamente señalado un procedimiento, es decir, aquellos en que el trámite ha sido reglado, han sido cumplidos los requisitos exigidos por la ley”²⁶.

“Para esta Sala, las respuestas evasivas o las simplemente formales, aun producidas en tiempo, no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad, mediante ellas, la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución.

En efecto, la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida”²⁷.

“...la Corte ha sido enfática al resaltar que no basta un mero pronunciamiento sobre el objeto de la petición sino que la contestación de la administración debe contener la respuesta al problema planteado por el ciudadano, lo que resulta esencial en el desarrollo de la actividad administrativa y en el cumplimiento de sus fines consagrados en el artículo 2º de la Constitución”²⁸.

²⁶ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, sentencia T-575 del 14 de diciembre de 1994, magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, sentencia T-206 del 26 de abril de 1997, magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, sentencia T-395 del 3 de agosto de 1998, magistrado ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero.

De lo anterior resulta la definición acerca del alcance del derecho consignado en el artículo 23 de la Constitución, que no puede confundirse con el contenido de los derechos que la persona pretenda hacer valer mediante él en las distintas esferas de sus relaciones con el Estado, pues, a diferencia de aquellos —que serían afectados por el sentido de la resolución— el de petición se satisface cuando ante la solicitud concreta se obtiene respuesta pronta y de fondo por la autoridad competente, lo cual significa que el mandato constitucional ha sido aplicado y respetado, sin que por ello deba entenderse que el sentido de la respuesta administrativa, en relación con otros derechos invocados y en lo que hace a lo pedido, deba forzosamente ser favorable a quien ha elevado la petición.

Como lo dijo la Corte en la sentencia T-07 del 13 de mayo de 1992, “...no se entiende conculcado el derecho de petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. Ella, siempre y cuando se produzca dentro de los términos que la ley señala, representa en sí misma, independientemente de su sentido, la satisfacción del derecho de petición. Cuando al absolver la petición se resuelve negar lo pedido, no se está desconociendo el derecho de petición ...”.

Es precisamente en relación con esos otros derechos no incorporados al de petición que el interés del peticionario podría ser lesionado, y de manera grave, si el legislador no hubiese concebido la figura del silencio administrativo.

Aunque el derecho de petición como tal haya sido satisfecho, la decisión negativa expresa de la Administración puede comportar el desconocimiento de normas aplicables al contenido de lo que el solicitante pedía, o referentes al derecho que invocaba, lo que, ya con independencia del artículo 23 de la Constitución, debe conducir, en los términos que la ley indique, a la interposición de los recursos que contra la decisión administrativa quepan y, en su caso, a la definición judicial del problema por la vía de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si, a la inversa, el derecho de petición en su núcleo esencial ha sido violado, pues la autoridad ante la cual se ejerció no ha respondido dentro de los términos que la ley consagra, o lo ha hecho de modo aparente, sin decidir de fondo en torno a las pretensiones del solicitante —en uno o en otro sentido—, los otros derechos de este pueden también estar siendo vulnerados como consecuencia de la indefinición. Y, entonces, la ausencia de normas legales claras, orientadas a determinar el camino que debe seguir el peticionario ante la falta de respuesta y en relación con sus otros derechos, que constituían objeto de la petición, o respecto de sus pretensiones específicas, ocasionaría, aparte de la vulneración del derecho constitucional fundamental, la prolongación indefinida e injusta de la incertidumbre que sobre sus derechos y posibilidades afecta al interesado, propiciada por una falencia que en tal hipótesis sería atribuible al sistema jurídico. En otras palabras, sin perjuicio de lo que deba seguirse en lo que al derecho constitucional fundamental alude, el legislador tenía que ofrecer a las personas los mecanismos idóneos para que, pese al incumplimiento del deber de las autoridades, pudieran encontrar respuesta positiva o negativa en torno a lo pedido. Y, por supuesto, bien podía la ley, sin violentar la Constitución, señalar efectos jurídicamente valiosos al silencio administrativo, en relación con el contenido de lo que el peticionario pretendió al formular la petición. Por eso, la consecuencia positiva o negativa del silencio depende de la libre evaluación del legislador, dentro del ámbito de sus atribuciones constitucionales. Que haya acudido a instituir la figura del “acto presunto”, negativo en unos casos para dar lugar a los recursos y acciones pertinentes, y positivo en otros, para fundar directamente la certeza del peticionario acerca de aquello que reclamaba, no se opone a la Carta Política, en cuanto ni anula ni disminuye el núcleo esencial del derecho de petición.

Lo que consagran las normas acusadas es, entonces, el efecto que produce la falta de una respuesta por parte de la Administración, negativo para el peticionario por regla general, al tenor del artículo 40, o positivo, según el 41, para los casos

expresamente previstos en disposiciones legales, y de ninguna manera la tolerancia legislativa frente a las omisiones que implican desconocimiento del derecho fundamental de petición, ni la autorización a la administración para abstenerse de responder oportunamente, y menos todavía la exoneración de su responsabilidad por el incumplimiento del deber que se le impone, ni el cercenamiento del derecho que a toda persona otorga el artículo 86 de la Constitución para defender la esencia del derecho fundamental mediante la acción de tutela.

Estas disposiciones, lejos de perjudicar al peticionario, buscan hacer efectivo su derecho a obtener pronta contestación respecto de sus solicitudes, procurando que, mediante una definición hecha por la propia ley —a falta de la respuesta administrativa—, sepa con certeza si sus pretensiones han sido concedidas o negadas, para que pueda obrar de conformidad en defensa de los intereses particulares o generales que lo animan.

Resulta así previsto por el legislador, en guarda de los derechos de los peticionarios, un límite en el tiempo, el cual les permite, si el silencio es negativo, acudir a los tribunales en su defensa, o, si fuere positivo, la seguridad de que el “acto presunto” acoge favorablemente lo solicitado.

No obstante, el funcionario a quien se dirigió la solicitud, o la autoridad encargada de resolver, no quedan relevados de su obligación de dar la respuesta que la Carta Política garantiza. Y, además, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, su silencio abre las puertas a una eventual acción de tutela con miras a la efectividad del derecho fundamental de petición.

La Corte insiste en las distinciones que sobre estos aspectos ha introducido, entre otras, en la sentencia T-242 del 23 de junio de 1993:

“...la obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo.

”De acuerdo con lo atrás expuesto, no se debe confundir el derecho de petición — cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución— con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata sino otros derechos, para cuya defensa existen las vías judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo y, por tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable (Const. Pol., art. 86).

”Así las cosas, no es admisible la tesis según la cual el silencio administrativo negativo constituye un medio de defensa judicial por cuya presencia se haga improcedente la acción de tutela. ” Como se ha subrayado, se trata de un mecanismo para que la persona pueda accionar judicialmente. De no ser por la

presunción establecida en la ley, ella tendría que esperar a que se produjera el acto expreso por el cual se negara o atendiera su petición para que la respectiva acción tuviera objeto. La figura en comento remueve este obstáculo y facilita la demanda, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración — que precisamente no se ha producido en razón de la omisión mediante la cual se quebranta el derecho del peticionario—, sino contra el acto que la ley presume. Se impide así que el interesado quede expósito —en lo que atañe al contenido de la decisión que busca obtener de la autoridad—, y que deba aguardar indefinidamente la expedición de un acto susceptible de impugnación.

La posibilidad así lograda de ejercer una acción judicial no significa que el derecho fundamental de petición haya dejado de ser vulnerado, ni que pierda relevancia jurídica tal vulneración, ni tampoco que se haga inútil o innecesaria la tutela como garantía constitucional respecto de aquel, sino precisamente lo contrario: el sistema jurídico, ante la negligencia administrativa que dio lugar a la violación del derecho de petición, ha tenido que presumir la respuesta para fines procesales referentes a la materia de lo pedido.

En este orden de ideas, el silencio administrativo es un presupuesto para someter a la jurisdicción la contienda sobre dicha materia —que es el asunto litigioso objeto de la acción contenciosa— pero no un medio de defensa judicial del derecho de petición en los términos del artículo 86 de la Carta”.

También debe repetirse, sobre las responsabilidades de la Administración, la doctrina de esta Corte:

“El derecho de petición no implica una prerrogativa en cuya virtud la administración se vea precisada a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea

negativa. La resolución, producida y comunicada dentro de los términos que la ley señala, representa la satisfacción del derecho de petición, de tal manera que si la autoridad ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al petionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho pues la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta, en perjuicio del administrado, el mandato constitucional.

Ahora bien, la omisión en que incurre la autoridad al no responder las peticiones con la necesaria prontitud es de por sí una violación del derecho y acarrea la consiguiente responsabilidad disciplinaria. Aunque ello genera, por otra parte, la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo —que se concreta en un acto ficto o presunto demandable ante la jurisdicción— no por eso queda relevada la administración del deber que se le impone de resolver la solicitud, pues sería inaudito que precisamente la comprobación de su negligencia le sirviera de pretexto para continuar violando el derecho.

Así lo dispone el artículo 40, inciso 2º, del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor la ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, haciendo la salvedad del caso en que el interesado hubiere hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto ficto²⁹.

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la igualdad, invocado por el demandante, por conceder la ley al silencio administrativo en unos casos efecto negativo y en otros positivo, dígase apenas que, en cuanto no consagre disposiciones irrazonables o contrarias a los principios y mandatos superiores, está dentro de las facultades del legislador la de establecer soluciones diferentes respecto de situaciones diversas, reconociendo que no todas las peticiones

²⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, sent. T-242 del 23 de junio de 1993.

obedecen a las mismas necesidades o motivaciones y que las circunstancias en medio de las cuales operan las entidades públicas no son idénticas. Y con ello no se quebranta la regla de la igualdad, puesto que se parte precisamente de trámites, actuaciones y procesos no homogéneos entre sí, y también de pretensiones divergentes, que no es posible tratar de la misma forma.

Ahora bien, como las disposiciones demandadas no son las que señalan los casos del silencio administrativo positivo, no es esta la oportunidad para definir, frente a cada uno de ellos, su constitucionalidad o inconstitucionalidad, y, en consecuencia, la Corte se limita a declarar que la remisión a la propia ley para que ella singularice los eventos en que tiene lugar el silencio positivo no se opone a la Constitución Política.

2.4 Sentencia T-630 de 08 de agosto de 2002, Corte Constitucional

El Silencio Administrativo Negativo no es una forma de responder.

Temas específicos: Requisitos del silencio administrativo, silencio administrativo negativo, respuesta del derecho de petición sala: sexta de revisión

Ponente: Monroy Cabra, Marco Gerardo (Revista tutela, 2002, p. 2423)

2.5 Sentencia T-929 de 10 de octubre de 2003, Corte Constitucional

El silencio administrativo negativo. Vulnera el derecho de petición.

Temas específicos: Proceso Contencioso Administrativo, silencio administrativo negativo, trámite del silencio administrativo positivo, atención del derecho de petición, tutela, principios constitucionales, vulneración del derecho de petición

Sala: Novena de Revisión

Ponente: Vargas Hernández, Clara Inés (Revista Tutela, 2004, p. 320).

2.6 Sentencia T-259 de 17 de marzo de 2004, Corte Constitucional

El derecho de petición. La ocurrencia del silencio administrativo negativo es una muestra incontrovertible de la ineficiencia e inactividad de la administración y no satisface el derecho de petición.

Temas específicos: derecho de petición, gestión administrativa, silencio administrativo negativo, atención del derecho de petición, reconocimiento de la pensión, solicitud de pensión

Sala: novena de revisión

Ponente: Vargas Hernández, Clara Inés. Revista jurisprudencia

Revista jurisprudencia y doctrina n°: exclusivo para datalegis

2.7 Sentencia: T-027 de 25 de enero de 2007, Corte Constitucional

...(...)... 6. Precisamente por lo anterior, esta Corporación viene sosteniendo que la configuración del silencio administrativo negativo consagrado en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cuando transcurridos 2 meses contados a partir de la interposición de los recursos de apelación y reposición no se ha notificado decisión expresa, debe entenderse que la petición fue negada, no satisface el ejercicio del derecho de petición. En efecto, los argumentos principales en que se apoya la jurisprudencia son los siguientes:

a. La naturaleza del silencio administrativo negativo y de la respuesta en ejercicio del derecho de petición es distinta, pues el primero tiene un carácter procesal, en tanto que constituye una autorización legal para acudir a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos ciudadanos contra las decisiones administrativas y, el segundo, tiene un carácter sustancial, como quiera que puede ejercerse, de un lado, como un mecanismo de participación y control ciudadano y, de otro, para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales plasmados en las actuaciones y omisiones de la administración (sentencias T-769 de 2002, T-306 de 2003 y T-581 de 2003, entre otras).

b. El silencio administrativo negativo no satisface el derecho de petición puesto que, por el contrario, constituye la prueba “palmaria e incontrovertible” de violación de dicha garantía fundamental. De hecho, si la finalidad del derecho de petición (en todos sus componentes: las solicitudes de reconocimiento, aclaración y modificación de derechos, las que contienen recursos contra las decisiones administrativas y las solicitudes que pretenden conseguir información de actuaciones administrativas públicas, entre otros), es obtener una respuesta de fondo por parte de la administración, es lógico concluir que la omisión de respuesta con consecuencias jurídicas (el silencio administrativo) “no sustituye la respuesta material que la autoridad está llamada a proferir” (entre muchas otras, esta tesis se encuentra en las sentencias T-294 de 1997, T-242 de 1993, T-259 de 2004, T-134 de 2006).

c. Mientras el paso del tiempo tiene efectos procesales constitutivos en el caso del silencio administrativo negativo, frente al ejercicio del derecho de petición no sucede lo mismo, pues en este último caso, a medida que pasa el tiempo la omisión de respuesta agrava la afectación del derecho fundamental. Por consiguiente, tal y como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional, “si la administración no decide los recursos interpuestos en la vía gubernativa... y la persona no recurre ante la jurisdicción, la administración sigue obligada a resolver” (sentencias T-316 de 2006, T-692 de 2004, entre otras)

Así las cosas, es claro que cuando la administración no resuelve los recursos de la vía gubernativa presentados oportunamente quebranta el derecho fundamental de petición, en tanto y cuanto que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no satisface dicha garantía fundamental.

2.8 Sentencia: T – 479 de 17 de julio de 2009, la Corte Constitucional dice:

...(…)... 7. El silencio administrativo negativo permite el agotamiento opcional de la vía gubernativa.

7.1 La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales. Sin embargo, también ha considerado la Corporación que esta previsión que obra en beneficio de la Administración Pública no puede convertirse, en un instrumento para que ésta eluda sus responsabilidades, ni constituirse en factor de indefensión de un administrado que, ante la falta de respuesta de la misma, se vería imposibilitado para acudir ante la jurisdicción. Por ello, como factor de equilibrio entre la prerrogativa de la Administración y el derecho de acceso a la administración de justicia del administrado, la ley ha previsto la figura del llamado silencio administrativo negativo, por virtud de la cual, transcurrido cierto tiempo sin que la Administración responda, se entiende que la solicitud se ha denegado y a partir de ese momento el administrado queda habilitado para acudir ante los tribunales.

7.2 No obstante, si bien el silencio administrativo negativo constituye una garantía para el administrado, al permitirle dar por agotada la vía gubernativa y acudir directamente a la administración de justicia, esa figura no puede asimilarse a la respuesta a la que la Administración está obligada conforme a lo dispuesto en el artículo 23 Superior.

A este respecto, en la Sentencia T-769 de 2002, la Corte sostuvo que "... la respuesta oportuna, eficaz y de fondo que demanda el derecho de petición no se resuelve con la figura del silencio administrativo, pues esta última tiene un fin de

carácter procesal, es decir surge la posibilidad de acudir al control judicial de la administración, pero no cumple con su fin sustancial, cual es obtener una decisión de la administración sobre la solicitud de aclaración, modificación o revocación del acto administrativo recurrido”.

Así las cosas, en los eventos de silencio administrativo negativo, el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas, como sería la de que a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo se contabilice el término de prescripción o de caducidad de la respectiva acción.”

Al respecto ha sostenido la Corporación: “(...) los términos extintivos no pueden correr en contra de quien, legítimamente, se encuentra a la espera de la respuesta a una reclamación que ha presentado a la Administración. Y ello no sólo porque es lo que resulta acorde con la naturaleza de los términos de prescripción y de caducidad de las acciones como sanción a la inactividad del interesado, sino también porque el derecho de petición se vería comprometido si el silencio de la Administración, de alguna manera, la exonerase de su deber de dar respuesta a las peticiones que se le formulen, porque el transcurso del tiempo forzaría al administrado a acudir a la jurisdicción para evitar la prescripción de la acción, lo cual, a su vez, implicaría que, una vez admitida la demanda, la Administración perdería competencia para pronunciarse sobre la respectiva reclamación.

De hecho, en estricto sentido, el agotamiento automático de la vía gubernativa implicaría que la Administración pierde competencia para pronunciarse sobre aquello que, por ministerio de la ley, se tiene como decidido de manera definitiva en sede administrativa. En tanto que, en las hipótesis en las cuales el silencio administrativo negativo da lugar a un agotamiento opcional de la vía gubernativa, la ocurrencia del silencio administrativo, tal como de manera expresa se señala en

el Código Contencioso Administrativo, no le impide a la Administración resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo a impugnar el acto presunto, cuando el agotamiento de la vía gubernativa por virtud del silencio administrativo negativo es automático, la Administración pierde competencia para pronunciarse y los términos de caducidad o de prescripción de las acciones empiezan a correr a partir del momento en el que se configura el silencio. Tal regulación de los alcances del silencio administrativo, más aún cuando se aplica también a la reclamación inicial presentada por el administrado, resulta contraria al derecho constitucional de petición, porque al privar de competencia a la Administración, impide que se produzca una respuesta efectiva a la solicitud del administrado; es violatoria, también, del debido proceso, porque como consecuencia del agotamiento automático de la vía gubernativa, el administrado queda imposibilitado para recurrir el acto ficto y, por consiguiente, no puede controvertir ante la entidad pública la decisión negativa a su reclamación, y es, finalmente, contraria al principio de publicidad de la actuación administrativa, porque permite que la Administración mantenga en reserva las razones de su determinación.”

En consecuencia, para la jurisprudencia constitucional, cuando el administrado se encuentra frente a la figura del silencio administrativo negativo, la vía gubernativa no se agota de manera automática, y puede elegir entre dos opciones: (i) acudir a la jurisdicción directamente o, (ii) esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción le genere consecuencias adversas, como contabilizar el término de caducidad de la respectiva acción contenciosa a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo.

2.9 Sentencia: C – 875 del 22 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional

...(…)... El legislador en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, introdujo en el texto acusado una nueva hipótesis en la que la ausencia de

respuesta de la administración frente a un requerimiento específico del administrado, en este caso, la interposición de un recurso, se entiende resuelto a su favor.

La regla general en nuestro ordenamiento ha sido que agotados los plazos que tiene la administración para dar respuesta a un requerimiento de carácter general o individual sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento. Esta figura ha sido denominada silencio administrativo negativo y consiste en una ficción para que vencidos los plazos de ley sin una respuesta por parte de la administración, se genere un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el administrado puede recurrir ante la misma administración o la jurisdicción.

Excepcionalmente, el legislador puede determinar que la ausencia de respuesta se entienda resuelta a favor de quien la presentó, figura que se conoce con el nombre de silencio administrativo positivo. En este evento, la omisión de respuesta genera a favor del interesado su resolución en forma afirmativa, la que se debe protocolizar en la forma en que lo determina el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, actualmente vigente, para hacer válida su pretensión. En términos constitucionales se puede definir la figura del silencio administrativo como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda: i) hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración, en el caso del silencio administrativo positivo, en la medida en que el mutismo de aquella concreta en su cabeza un derecho.

Sobre las opciones que tiene el ciudadano cuando opera el silencio administrativo negativo ha dicho esta Corporación en forma reiterada: "..., el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas, como sería la de que a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo se contabilice el término de prescripción o de caducidad de la respectiva acción"

De esta manera, si bien se podría considerar que en el marco del Estado Social de Derecho la administración está en la obligación de dar respuesta oportuna, clara, concreta y de fondo a las solicitudes presentadas por los ciudadanos, en donde la consagración de una ficción sobre la negativa o aceptación de las peticiones pueden ser percibida como contraria a los postulados de la función pública y el respeto por los derechos fundamentales, si se tienen en cuenta que uno de los fines del Estado es garantizar los derechos consagrados en la Constitución y facilitar la participación de todos en las decisiones que lo afectan, artículo 2 constitucional; la Sala no duda en afirmar que esas presunciones resultan un instrumento adecuado para garantizar, entre otros, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, vulnerados por la omisión de la administración al no responder oportunamente los requerimientos elevados por los ciudadanos.

Ficción que en los términos de nuestro ordenamiento no exime a la administración de absolver la solicitud, porque el derecho de petición sólo se satisface cuando el Estado profiriere respuestas claras, precisas y de fondo. Sobre el tema se ha indicado:

"El silencio administrativo negativo no es equiparable a una respuesta, se trata de una ficción, para fines procesales y establecida en beneficio del administrado, pero que no cumple con los presupuestos de una respuesta que de satisfacción a la petición elevada a la Administración"

La administración sólo pierde la posibilidad de contestar cuando el administrado hace uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o acude a la autoridad judicial y se profiere el auto admisorio que admite la demanda en contra de aquel.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que "... cuando el administrado se encuentra frente a la figura del silencio administrativo negativo, la vía gubernativa no se agota de manera automática, y puede elegir entre dos opciones: (i) acudir a la jurisdicción directamente o, (ii) esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción le genere consecuencias adversas, como contabilizar el término de caducidad de la respectiva acción contenciosa a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo"

Se puede afirmar, por tanto, que ante la ausencia de un pronunciamiento de fondo frente a las peticiones de carácter general o particular, en los términos del artículo 23 constitucional, el Estado debe crear mecanismos que le permitan al ciudadano satisfacer sus derechos, ante su violación por parte de la administración, bien i) recurriendo ante la jurisdicción la negativa ficta o, ii) entender que la administración resolvió favorablemente sus pretensiones. Por esta vía, se garantiza, entre otros, el derecho que tiene toda persona de acudir a la administración de justicia para controvertir las decisiones de las autoridades públicas, derecho fundamental expresamente consagrado en el artículo 229 de la Constitución y que resulta obstruido por la falta de una respuesta estatal susceptible de ser recurrida en la vía gubernativa o ante la jurisdicción.

Es importante advertir y precisar, en razón de la materia objeto de acusación, que los recursos en los procedimientos administrativos deben observar las reglas para la satisfacción del derecho de petición. Así, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los recursos contra los actos de la administración son expresiones de ese derecho fundamental, razón por la que el Estado está obligado a resolverlos

en los términos establecidos en la ley y, en el evento en que ello no suceda, entender que frente a ellos opera la figura del silencio administrativo negativo, cuando el legislador no disponga otra cosa, para que el administrado pueda dirigirse ante la jurisdicción o ver satisfecha su pretensión.

Por tanto, la Sala insiste en señalar que la figura del silencio administrativo en el marco del Estado Social de Derecho permite materializar algunos derechos fundamentales como el de petición y debido proceso cuando se configura el silencio positivo, o el de acceso a la administración de justicia y los principios de celeridad y eficacia, en el caso del silencio negativo, ante una vulneración de derechos fundamentales por la administración, en donde es competencia del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, señalar los eventos o casos frente a los cuales opera uno y otro.

2.10 Sentencia SU-254 de 25 de abril de 2013, Corte Constitucional

Contenido: unificación de los criterios jurídicos de procedencia de la acción de tutela para la reparación integral e indemnización administrativa a víctimas del desplazamiento forzado. se analizan controversias de tipo procesal como sustancial, asociados a la procedencia de la acción de tutela, su prosperidad en los casos en concreto y el régimen legal aplicable, con el fin de lograr la protección efectiva del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado, atendiendo el nuevo marco legal y reglamentario en la materia.

Temas específicos: Derecho Internacional Humanitario, población desplazada, derechos de la víctima, desplazamiento forzoso, atención a la población desplazada, derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, reparación integral a la víctima

Sala: plena

Ponente: Vargas Silva, Luis Ernesto

El silencio administrativo se consagra en defensa de los derechos del peticionario y de ninguna manera como excusa para que la autoridad incumpla su deber de responder las peticiones.

El derecho de petición involucra no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone además, un resultado de esta, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución.

El Silencio administrativo no puede ser un mecanismo para que el ciudadano indefinidamente espere una respuesta del ente estatal, porque acarrea la vulneración de principios y derechos fundamentales.

CAPITULO II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

A continuación se analizará en tres (3) momentos la posición jurisprudencial del Silencio Positivo.

SECCIÓN PRIMERA: PRIMERAS SENTENCIAS

1. Sentencia de febrero de 1996, Consejo de Estado

...(…)... La controversia se contrae a determinar si respecto del recurso de reconsideración interpuesto por la contribuyente contra la liquidación oficial de revisión que por el año gravable de 1988 le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, se configuró el silencio administrativo positivo que declaró el tribunal en la providencia apelada, o si por el contrario, como lo sostiene la entidad demandada, la Administración profirió oportunamente los actos impugnados.

Para el efecto se transcriben las normas que regulan la materia, así:

“Estatuto tributario” Artículo 722. — Requisitos de los recursos de reconsideración y reposición. El recurso de reconsideración o reposición deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
- b) Que se interponga dentro de la oportunidad legal.
- c) Que se interponga directamente por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, o se acredite la personería si quien lo interpone actúa como apoderado o representante.

Cuando se trate de agente oficioso, la persona por quien obra, ratificará la actuación del agente dentro del término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación del auto de admisión del recurso; si no hubiere ratificación se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se revocará el auto admisorio. Para estos efectos, únicamente los abogados podrán actuar como agentes oficiosos.

d) Que se acredite el pago de la respectiva liquidación privada, cuando el recurso se interponga contra una liquidación de revisión o de corrección aritmética...”. “Artículo 726.—Inadmisión del recurso. En el caso de no cumplirse los requisitos previstos en el artículo 722, deberá dictarse auto de inadmisión dentro del mes siguiente a la interposición del recurso. Dicho auto se notificará personalmente o por edicto si pasados diez días el interesado no se presentare a notificarse personalmente, y contra el mismo procederá únicamente el recurso de reposición ante el mismo funcionario, el cual podrá interponerse dentro de los diez días siguientes y deberá resolverse dentro de los cinco días siguientes a su interposición.

”Si transcurridos los quince días hábiles siguientes a la interposición del recurso no se ha proferido auto de inadmisión, se entenderá admitido el recurso y se procederá al fallo de fondo”.

“Artículo 728.—Recurso contra el auto inadmisorio. Contra el auto que no admite el recurso, podrá interponerse únicamente recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

”La omisión de los requisitos de que tratan los literales a) y c) del artículo 722, podrán sanearse dentro del término de interposición. La omisión del requisito señalado en el literal d) del mismo artículo, se entenderá saneada, si dentro de los

veinte (20) días siguientes a la notificación del auto inadmisorio, se acredita el pago o acuerdo de pago. La interposición extemporánea no es saneable.

”El recurso de reposición deberá resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su interposición, salvo el caso en el cual la omisión que originó la inadmisión, sea el acreditar el pago de la liquidación privada. La providencia respectiva se notificará personalmente o por edicto.

”Si la providencia confirma el auto que no admite el recurso, la vía gubernativa se agotará en el momento de su notificación”.

“Artículo 732.—Término para resolver los recursos. La Administración de Impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma”.

“Artículo 734.—Silencio administrativo. Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará”.

De las disposiciones transcritas, se infiere que, con relación al silencio administrativo positivo la ley tributaria condiciona la decisión favorable al cumplimiento de dos hechos:

- 1) Que el recurso se interponga en debida forma, esto es con el lleno de los requisitos consagrados por el artículo 722 del Estatuto Tributario, para que proceda el fallo de fondo.
- 2) Que transcurra el término de un (1) año sin que la decisión de la administración se haya manifestado produciendo efectos legales.

El primer requisito se cumple cuando el contribuyente por sí mismo, o mediante apoderado, recurre por escrito y cumple con las exigencias de oportunidad, expresión de los motivos de inconformidad y pago previo de la liquidación privada.

2. Sentencia de octubre de 1997, Consejo de Estado

...(…)... La sentencia del a quo está edificada sobre la base de haber operado en el caso sub examine el silencio administrativo positivo.

Sobre el particular, cabe señalar lo siguiente. Sea lo primero advertir que el acuerdo 14 de 1989, que consagra en su artículo 40 la figura del silencio administrativo positivo en las reclamaciones concernientes a los servicios públicos domiciliarios, fue expedido con base en las facultades otorgadas en el artículo 13 del decreto-ley 3133 de 1968, decreto-ley este que determinó la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá.

El artículo 42 del C. C. A., prevé: “Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo.—La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

”La escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerlo así.

”Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico”.

Del texto de la disposición transcrita se infiere que la ley ha señalado el medio idóneo para probar la ocurrencia del silencio administrativo positivo: el acto de protocolización. Se trata pues de un requisito que la doctrina ha denominado ad solemnitaten, sin el cual, a pesar de existir el hecho, no se puede tener como probado, si no se cumple con el supuesto fáctico que la norma contiene.

De tal manera que erró el a quo al considerar que tal requisito podía obviarse y dar así por probado un hecho, cuando la ley previamente había señalado el medio probatorio conducente para la prueba del mismo, el cual no se cumplió en el caso de autos.

3. Sentencia: febrero de 1998, Consejo de Estado

...(…) Lo que se pretende mediante esta acción es que se reconozcan los efectos del silencio administrativo positivo derivado de la omisión de responder en término una solicitud relacionada con la prestación de un servicio público domiciliario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 158 de la ley 142 de 1994, 123 del decreto 2150 de 1995 y 9 del 2223 de 1996.

Para decidir el caso planteado la sala abordará, en su orden, los siguientes temas: 1) el marco jurídico, es decir las premisas en que se funda la decisión; 2) el caso concreto, aclarando previamente lo concerniente a la legitimación en la causa por activa; 3) la improcedencia de la tutela en relación con el silencio administrativo positivo, y 4) las razones por las cuales no se vulnera el derecho al debido proceso con el cambio de acción.

1. El marco jurídico: El silencio administrativo frente a las reclamaciones de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios
 - a. El silencio administrativo.

Este fenómeno jurídico puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”.

El silencio administrativo puede ser negativo o positivo. El primero se produce cuando transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de una petición, no se notifica decisión que la resuelva (C. C. A., art. 40); el segundo opera solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales (C. C. A., art. 41). Entre ambos tipos de silencio pueden destacarse las siguientes diferencias:

— Producido el silencio positivo surge un acto administrativo presunto, en tanto que el silencio negativo no da origen a un acto y solo está concebido como un mecanismo con efectos procesales que permite continuar con el agotamiento de la vía gubernativa.

Hablar de un acto negativo presunto, tal como lo hace el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, en el caso del silencio administrativo con efectos negativos es un error de técnica jurídica pues por definición un acto es una manifestación de voluntad que produce una modificación en el ordenamiento y con el silencio negativo no se genera ningún cambio, por el contrario, se mantiene una situación preexistente. —Como el silencio positivo produce un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos, una vez producido la administración no puede dictar un acto posterior contrario y solo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (C. C. A., arts. 69

y 73). En el silencio negativo, por el contrario, la administración tiene el deber de decidir sobre la petición inicial, mientras el interesado no haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (C. C. A., art. 60).

Ahora bien: tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo.

A esa conclusión se llega a partir de la simple lectura del artículo 40 Código Contencioso Administrativo que dice: “Transcurridos un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa” (subraya fuera del texto), lo cual se aplica también al silencio positivo tal como lo ha reconocido esta corporación en numerosas providencias.

Debe tenerse en cuenta que si una vez configurado el silencio administrativo positivo la administración expide un acto extemporáneo, contrario al acto presunto y el titular del derecho interpone recursos contra él, no por ello el acto derivado del silencio administrativo positivo pierde su eficacia, pues no es por su voluntad que el acto cobra existencia sino que él surge por virtud de la ley y en consecuencia, tales actuaciones posteriores serán inocuas.

Por último debe precisarse que una vez se produzca el acto administrativo por haber operado el silencio positivo, la administración solo debe proceder a reconocerle sus efectos sin que le corresponda declarar su existencia. El artículo 42 del Código Contencioso Administrativo solo establece la forma de acreditar su operancia.

b) El silencio administrativo en relación con la prestación de servicios públicos domiciliarios El artículo 158 de la ley 142 de 1994 fija un término de 15 días para que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios respondan los recursos, quejas y peticiones de los usuarios y otorgaba efectos de silencio administrativo positivo, en forma expresa, solo a la omisión de resolver el recurso. Este es el texto de la norma:

“Artículo 158. Del término para responder el recurso. La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él”.

Los conceptos de petición, queja y recurso son diferentes: el artículo 154 de la ley 142 de 994 define los recursos; el decreto 1842 de 1991, “por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios”, en su artículo 45 define la queja, en tanto que a la petición se le da un significado más amplio, equivalente al uso ordinario de la expresión. Veamos:

“Artículo 154. De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato...”

...“Artículo 45. De la queja. La queja es el medio por el cual el usuario o suscriptor pone de manifiesto su inconformidad con la actuación de determinado o determinados funcionarios, o su inconformidad con la forma y condiciones en que se ha prestado el servicio...”.

El artículo 123 del decreto-ley 2150 de 1995, amplía los efectos del silencio administrativo positivo a las peticiones y quejas en estos términos:

“Artículo 123. Ámbito de aplicación de la figura del silencio administrativo positivo, contenida en el artículo 158 de la ley 142 de 1994. De conformidad con lo establecido en el artículo 158 de la ley 142 de 1994, toda entidad o persona vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos, prestadora de los servicios públicos domiciliarios de que trata la citada ley, tiene la obligación de resolver las peticiones, quejas y recursos que presenten los suscriptores o usuarios en desarrollo de la ejecución del contrato de servicios públicos, dentro de un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación.

”Pasado ese término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora o que se requirió la práctica de pruebas se entenderá que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. Dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del término de los quince (15) días hábiles, la entidad prestadora del servicio público reconocerá al suscriptor o usuario los efectos del silencio administrativo positivo. Si no lo hiciera, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la imposición de las sanciones a que haya lugar conforme a la ley, sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoria del acto administrativo presunto.

”Parágrafo. Para los efectos del presente capítulo, se entenderá que la expresión genérica de «Petición», comprende las peticiones en interés particular, así como las quejas y los recursos que presente un suscriptor o usuario”.

Esto significa que por mandato del artículo 123 del decreto-ley 2150 de 1995, ante la omisión de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de responder dentro del lapso de 15 días tanto los recursos como las quejas y las

peticiones presentadas por los usuarios opera el silencio positivo y por tanto, se producen actos administrativos presuntos generadores de derechos para sus titulares.

4. Sentencia de febrero de 1998, Consejo de Estado

...(…)... 1. El silencio administrativo positivo en materia de petróleos

El Código Contencioso Administrativo —decreto-ley 1 de 1984— es norma rectora para el trámite de las peticiones que se presenten por los particulares ante la administración, para la expedición de los actos administrativos en general y su notificación y regula igualmente el silencio administrativo.

Presentada una petición ante la administración, esta cuenta con los términos que para el efecto establezcan normas especiales y en subsidio el Código Contencioso Administrativo, vencidos los cuales y ante el silencio de la administración, la ley crea la ficción generalmente de tener por negada la petición y en los casos especiales que consagren a favor del peticionario el silencio administrativo positivo, se tendrá como aprobada o aceptada la petición, en concordancia con los artículos 40 y 41 del código en comento.

En efecto, el silencio administrativo negativo se concibe como aquel en virtud del cual si transcurrido el plazo de que dispone la administración para pronunciarse no ha notificado decisión alguna, la ley le da efecto desestimatorio a la petición o al recurso; la referencia específica está dada en los artículos 40 y 60 ibídem.

La finalidad del silencio administrativo positivo en cambio, tiene efectos estimatorios, es decir, se consideran resueltas favorablemente al administrado sus peticiones, si transcurrido el tiempo hubo silencio sobre las mismas. Lo consagra de la siguiente manera el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo:

“Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

”Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

”El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”.

En lo que concierne al trámite ante el Ministerio de Minas y Energía por los concesionarios de contratos de exploración y explotación de petróleo de propiedad de la nación, particularmente para la cesión o traspaso de sus derechos, consagró el decreto 1056 de 1953 —Código de Petróleos— en su artículo 142:

“Ningún traspaso de concesión otorgado por el gobierno para exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional surtirá efecto alguno para la nación, sino mediante la aceptación del gobierno, quien podrá negarla, siempre que el nuevo adquirente no reúna las condiciones legales para ser admitido como proponente en negociación directa, por ejemplo, si no acredita tener capacidad financiera suficiente, o si se trata de compañías que no hayan cumplido los requisitos del artículo 10. Puede obtener traspaso válidamente toda persona natural o jurídica que reúna las condiciones expresadas en este artículo.

”De todo traspaso se dará cuenta al gobierno por medio de un memorial al que se acompañará copia debidamente autenticada de la escritura correspondiente, en la cual constará de manera explícita que el negocio solo tendrá validez si el gobierno lo acepta. El memorial será firmado por las dos partes contratantes y presentado personalmente al Ministerio o ante la primera autoridad política del lugar, si el negocio no se celebra en la capital de la República.

"(...) "Si dentro de un período de noventa (90) días, a partir del recibo de las diligencias en el Ministerio, no se ha dictado auto en que se niegue la aceptación del traspaso, se presume que queda admitido por el gobierno.

"Los interesados pueden solicitar del Ministerio las certificaciones que tengan a bien sobre fecha del recibo de las diligencias, días corridos, sin que se dicte providencia, etc." (negritas de la sala).

La norma transcrita es uno de los casos en que expresamente se ha dispuesto la ocurrencia del silencio administrativo positivo ante el no pronunciamiento en tiempo del Ministerio de Minas. Pero dicha norma no es autónoma en su aplicación y procedimiento, toda vez que el trámite de la respectiva solicitud de cesión, además de los requisitos y término propios que establece la disposición, está sujeta igualmente a las prescripciones generales del Código Contencioso Administrativo, toda vez que ella en sí misma no contempla un procedimiento especial.

Señala la norma que "si dentro de un período de noventa (90) días, a partir del recibo de las diligencias en el Ministerio no se ha dictado auto en que se niegue la aceptación del traspaso, se presume que queda admitido...". Es fundamental para una correcta determinación del plazo en que debió expedirse el acto, esclarecer el momento en que aquel empezó a correr, la forma de computar los días, esto es, si son hábiles o calendario y los eventos en que se pueden interrumpir.

5. Sentencia: ACU-695 abril de 1999, Consejo de Estado

...(...)... La acción de cumplimiento establecida en el artículo 87 de la Constitución Política, es un mecanismo establecido para lograr que las autoridades cumplan las leyes que las rigen y den cumplimiento a los actos administrativos que le son

obligatorios. En caso de prosperar la acción, la providencia judicial ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Ahora bien, el silencio administrativo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”.

El silencio administrativo puede ser negativo, y se produce, si transcurridos tres meses, contados a partir de la presentación de una petición, no se notifica la decisión que la resuelve; y positivo, el cual opera solo en los casos previstos expresamente en disposiciones especiales (artículos 40 y 41 Código Contencioso Administrativo). Cabe señalar cómo es igual no dictar el acto, como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad, porque si el interesado desconoce su existencia le es inoponible, no surte efectos y, por ende, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el Juez administrativo, en caso del silencio negativo.

La Sala precisa que una vez producido el acto administrativo por haber operado el silencio positivo, la administración solo puede proceder al reconocimiento de sus efectos, sin que le corresponda declarar su existencia. Con todo, tal acto presunto podrá ser revocado en los eventos contemplados en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 158 de la ley 142 de 1994, dispone:

“Del término para responder el recurso. La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se

demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él”.

Seguramente que una interpretación exegética de la anterior disposición llevaría a concluir que solo puede producirse el silencio administrativo positivo, cuando se trate de los recursos interpuestos, mas no en relación con las quejas y peticiones. Sin embargo, encuentra la Sala que el legislador clarificó dicha norma, mediante el artículo 123 del decreto-ley 2150 de 1995, que dispuso:

“Artículo 123. Ámbito de aplicación de la figura del Silencio Administrativo Positivo, contenida en el artículo 158 de la ley 142 de 1994. De conformidad con lo establecido en el artículo 158 de la ley 142 de 1994, toda entidad o persona vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos, prestadora de los servicios públicos domiciliarios de que trata la citada ley, tiene la obligación de resolver las peticiones, quejas y recursos que presenten los suscriptores o usuarios en desarrollo de la ejecución del contrato de servicios públicos, dentro de un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación.

”Pasado ese término, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora o que se requirió la práctica de pruebas se entenderá que la petición, queja o recurso ha sido resuelto en forma favorable. Dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del término de los quince (15) días hábiles, la entidad prestadora del servicio público reconocerá al suscriptor o usuario los efectos del silencio administrativo positivo. Si no lo hiciera, el peticionario podrá solicitar de la Superintendencia de Servicios Públicos a que haya lugar conforme a la ley, sin perjuicio de que ella adopte las decisiones que resulten pertinentes para hacer efectiva la ejecutoria del acto administrativo presunto.

“Parágrafo.—Para los efectos del presente capítulo, se entenderá que la expresión genérica de ‘Petición’, comprende las peticiones en interés particular, así como las quejas y los recursos que presente un suscriptor o usuario”.

Así las cosas, de acuerdo con la disposición transcrita, la omisión de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de responder dentro de los 15 días siguientes a quejas, recursos o peticiones presentadas por los usuarios, sí genera el silencio administrativo de carácter positivo, de donde, infiere la Sala que la acción incoada resulta procedente, por cuanto se configuraron los presupuestos del silencio administrativo positivo exigidos por la ley, si se tiene en cuenta que está demostrado que la empresa Metroagua S. A. E. S. P. no resolvió dentro del término que le señala la ley (15 días), la petición presentada por el señor Fernando Arrieta Charry, quien en obediencia de las disposiciones legales protocolizó el correspondiente acto administrativo, según se vió, el cual es obligatorio para Metroagua S. A. E. S. P., entidad que por tanto debe proceder a cumplirlo.

6. Sentencia de noviembre de 1999, Consejo de Estado

...(…)... El fondo de la cuestión, en la presente instancia, se reduce a determinar si el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo fue infringido con la expedición del acto administrativo enjuiciado, por la presunta ocurrencia del silencio administrativo positivo que alega la parte actora.

Sobre el particular, se hacen las siguientes precisiones:

El artículo 41 en cita dice:

“Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

”Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

”El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”.

2. En la demanda, el concepto de violación se expuso así:

“De conformidad con el principio de que solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva, se basa la razón para aducir que nos encontramos ante una flagrante violación de la norma prevista en el Código Contencioso Administrativo, artículo 41”.

A renglón seguido explica: “En efecto, tal y como lo venimos diciendo, la Administración no tuvo en cuenta las propias disposiciones que en esta materia había creado, sino que por el contrario, en una actitud autoritaria comenzó a sancionar instituciones educativas sin más razones que las del costo de la educación sin pensar en la calidad de la misma”.

3ª No obstante la ostensible imprecisión y pobreza conceptual y técnico jurídica del cargo, la Sala, interpretando el contexto de la demanda, infiere que el libelista hace consistir la pretendida violación del artículo 41 en que la administración desconoció el silencio administrativo positivo que ha venido aduciendo en el proceso.

Al respecto, se tiene que por este hecho no es posible que surja violación del precitado artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, por la sencilla razón de que aparte de ser norma general, este no es el precepto que establece y regula el silencio administrativo positivo que aduce el libelista, el cual, como el mismo

artículo lo estipula, requiere norma especial que lo prevea, y que para el caso es el literal “E” del capítulo I del reglamento general para autorizar reajuste de tarifas de matrículas y otras, adoptado mediante la resolución número 8480 de 18 de noviembre de 1994, emanada del Ministerio de Educación, el cual no aparece invocado como violado.

De aquí se desprende que es esta la razón por la cual el cargo debió ser desestimado por el a quo.

Pero, en gracia de discusión, y asumiendo por vía de la interpretación de la demanda, que el literal “E” antes anotado aparece mencionado en esta y se encontraba incorporado dentro de uno de los ordenamientos que se invocan en los cargos, sucede que este tampoco ha sido violado por la expedición del acto administrativo principal objeto de la demanda.

Al efecto se tiene que, ciertamente en su parte final, el literal E del reglamento adoptado por la resolución 8480 de 1994, preveía la ocurrencia del silencio administrativo positivo que reclama el actor, al vencimiento del término de 30 días siguientes a la remisión de la solicitud de incremento del valor de las matrículas y pensiones.

En el caso, dicha solicitud inicialmente fue presentada el 8 de noviembre de 1994, bajo el régimen anterior a la resolución antes dicha, el decreto 2542 de 1991 y la resolución ministerial 8625 de 29 de junio de 1984; pero una vez entró a regir la resolución 8480 anotada, en atención a ella la institución actora volvió a presentarla el 20 de diciembre ídem.

De suerte que al punto del silencio administrativo positivo establecido en esta última, se entiende que los 30 días, que se suponen han de ser hábiles,

empezaron a correr a partir de este 20 de diciembre de 1994 y se vencían el primero (1º) de febrero del año siguiente.

Sin embargo, aconteció que la resolución 8480 de 1994, en especial el literal “E”, fue modificada mediante la resolución 130 del 26 de enero de 1995, en el sentido de sustituir el silencio administrativo positivo por el silencio administrativo negativo, al cabo de sesenta (60) días de presentada la solicitud respectiva, según se puede leer en el inciso final de su artículo 2º (fls. 76 a 78 anexo 3).

La primera de las resoluciones demandadas, contiene en sus considerandos expresa referencia a esta modificación, en los siguientes términos: “La Secretaría de Educación deberá objetar o ratificar la decisión del Consejo Directivo del establecimiento educativo privado dentro de los sesenta días siguientes a su remisión entendiéndose que hubo objeción si transcurrido este término no se produjo determinación al respecto” (fl. 25, cuaderno principal). Sin embargo, en la demanda y durante el trámite del proceso se omitió hacer alusión a este aspecto, de trascendencia para los fines de la acción intentada.

La modificación invocada en el acto acusado se introdujo, entonces, cuando aún no se había vencido el término de los 30 días hábiles para que se configurara el silencio administrativo positivo inicialmente previsto, el cual, como se dijo, iba desde el 20 de diciembre de 1994 hasta el 1º de febrero de 1995.

En tales circunstancias, es claro que dicho silencio no alcanzó a configurarse, de una parte por cuanto el régimen bajo el cual se inició primeramente la actuación administrativa no lo contemplaba y, en segundo lugar, porque el establecido mediante el reglamento adoptado por la resolución 8480 de 1994, y a la cual quiso posteriormente acogerse la institución demandante, desapareció por efectos de la modificación indicada, hecha antes de que, para el caso, hubiera operado el fenómeno invocado.

En consecuencia, el hecho en que se sustenta el cargo —el desconocimiento de la ocurrencia del silencio administrativo positivo—, no existió, es decir, se trataría de un cargo sin asidero fáctico.

Como corolario de lo analizado, se confirmará la sentencia recurrida.

7. Sentencia: junio de 2000, Consejo de Estado

...(…)... III. En cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento en relación con los llamados actos fictos o presuntos, se precisa:

El silencio administrativo es un fenómeno jurídico que puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”.

Producido el silencio positivo surge un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos. Una vez producido el acto, la administración no puede dictar uno posterior contrario y solo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto se produjo por la utilización de medios ilegales (C. C. A., arts. 69 y 73).

Una vez se produzca el acto administrativo por haber operado el silencio positivo, la administración solo debe proceder a reconocerle sus efectos sin que le corresponda declarar su existencia. El artículo 42 del Código Contencioso Administrativo solo establece la forma de acreditar su operancia.

Por lo tanto, como los actos presuntos son verdaderos actos administrativos, su cumplimiento puede obtenerse, salvo la existencia de otro medio de defensa judicial (ley 393 de 1997, art. 9ª), a través del ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 de la Constitución, pues en dicha norma no se distingue el mecanismo mediante el cual surge el acto para determinar la procedencia de la acción.

SECCIÓN SEGUNDA. SEGUNDO MOMENTO

En un segundo momento el Consejo de Estado emite las siguientes sentencias:

1. Sentencia de marzo de 2001, Consejo de Estado

...(…)... 2. El Silencio Administrativo Positivo .- Aducen los demandantes que en su favor operó el silencio administrativo positivo, respecto de una solicitud de modificación a las especificaciones técnicas del proyecto de urbanización “La Mirage 2”, la cual no habría sido atendida por la Alcaldía de Arbeláez.

Observa la Sala que a folio 84 del expediente obra el oficio No 113 de 23 de marzo de 1.997, mediante el cual el Alcalde Municipal de Arbeláez, se dirige al señor Tadeusz Staniszewski, para manifestarle:

“En respuesta a su comunicación de fecha 27 de febrero de 1.997, me permito reiterarle que el Proyecto Urbanístico denominado “La Mirage 22” fue debidamente aprobado mediante Resolución 003 de diciembre 26 de 1.992; por tanto para efectos de realizar modificaciones al Proyecto inicialmente aprobado, es necesario primero efectuar los cambios y ajustes correspondientes en los diseños presentados ante la Oficina de Planeación Municipal”

Bajo esta perspectiva, es claro que la Alcaldía Municipal no guardó silencio, sino que requirió al peticionario para la realización de un trámite previo; es decir, la

solicitud no estaba completa, por lo cual no puede alegarse válidamente la configuración del silencio administrativo positivo, pues la administración sí se pronunció.

Pero, además, en los términos del artículo 41 del C.C.A., la figura del silencio administrativo positivo es de naturaleza exceptiva, por lo cual es evidente que sólo en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. En este sentido, el numeral 2º del artículo 2º del Decreto Ley 78 de 1.987, al asignar a los municipios la función de “Otorgar los permisos correspondientes para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2º de la Ley 66 de 1.968, (urbanización y construcción de programas de vivienda), consagró:

“El Distrito Especial de Bogotá o los municipios, según el caso, otorgarán el permiso correspondiente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la documentación completa presentada, por parte del interesado. Si en este plazo la autoridad competente no ha negado la aprobación ni suspendido el término por observaciones al proyecto, éste se considerará aprobado para los fines consiguientes”.

Es claro que la hipótesis normativa no se verificó en el asunto, no sólo porque la administración se pronunció haciendo observaciones, sino, especialmente, porque la solicitud respecto de la cual se alega la producción del silencio, tenía por objeto solicitar autorización para introducir modificaciones a las especificaciones técnicas de un proyecto aprobado por la administración, situación diferente a la prevista en la norma.

2. Auto de diciembre de 2001, Consejo de Estado

...(…)... De conformidad con lo establecido en el C.C.A. (art. 41) el silencio administrativo positivo se conforma solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales.

En el estatuto contractual se indica que “se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo”, en las solicitudes que se presenten en el curso de ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término legal de tres meses (num. 16 art. 25 ley 80 de 1993).

En consecuencia, como supuestos de hecho del silencio positivo contractual se tienen los siguientes, que:

- ✓ el contratista presente una solicitud ajustada a derecho;
- ✓ la solicitud se presente en el curso de la ejecución del contrato y,
- ✓ la entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación.

Sobre lo anterior esta Corporación se ha pronunciado, en diversas oportunidades; así: “la Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio.”

“el silencio contemplado en la ley 80 (num. 16 del art. 25) habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar. En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Se destaca de la ley, que el silencio u omisión de la Administración Contratante respecto de ciertas peticiones del contratista por fuera del término de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga dentro “en el curso de la ejecución del contrato”.

En este caso el ejecutante afirma la existencia del silencio positivo respecto de peticiones no respondidas que se formularon después del término de ejecución del contrato. Al respecto se aprecia, probatoriamente, que la obra se entregó el día 3 de septiembre de 1998 y las peticiones se presentaron los días 14 siguiente y 29 de diciembre de ese año (fols. 29, 38 y 38 vto. C. 2)

De otra parte, la Sala ha precisado que las pretensiones, deben contener implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; que este derecho debe ser anterior a la petición y que requiere sólo la formalidad o declaración del contratante público, porque el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes.

Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista, requieren de declaraciones del contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo.

Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición.

Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego con la respuesta administrativa se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo.

Cuando la ley para efecto de la dinámica de la operación contractual sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la Administración, en responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entenderse desde luego que lo peticionado por aquel deben ser asuntos a definir con relación a su actividad contractual, del contratista - no del contratante -, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo. Lo anterior implica, que las peticiones del contratista al contratante distintas a ese fin objetivo descrito, no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deban entenderse aceptadas presuntamente.

Por lo tanto cuando la petición, como en este caso, refiriera al pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que se cree tener derecho, y aunque las peticiones se hubieran presentado dentro del término de ejecución del contrato, la omisión de respuesta no constituiría silencio administrativo positivo. Considerar lo contrario significaría:

- ✓ que las situaciones conferidas, presuntamente, sin título justo, operarían contra derecho;
- ✓ que la irregularidad del funcionario moroso en responder concedería, en algunos eventos, titularidad para hacer o ejecutar sin sustento jurídico. El

contratista se colocaría contra el interés público; primaría una situación subjetiva irregular sobre aquel.

En este sentido si bien el contratista tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición – no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presunta.

De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc.

Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del “deber de resolver las peticiones” a cargo de la Administración, porque no es fuente de obligaciones la omisión al deber de resolver las peticiones.

Ahora bien, como ya se dijo, la omisión de responder de la administración no constituye título ejecutivo; ello tiene su causa en la ley. El Código de Procedimiento Civil dispone, claramente, que sólo es título ejecutivo la obligación clara, expresa y exigible que se contiene en un documento, cuando el título es simple, o en varios documentos, cuando es complejo (art. 488).

La no respuesta Administrativa no crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible y no puede hacerlo, porque como ya se precisó, el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario.

La mera escritura de protocolización del alegado “silencio” - apariencia formal - no configura la real existencia de éste. Esta Corporación sobre el punto ha dicho:

“La Sala no comparte el criterio de las sociedades demandantes, toda vez, que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado que el simple silencio de la administración frente a una petición elevada por el contratista en el término de ejecución del contrato, no es constitutivo de título ejecutivo que permita librar mandamiento de pago en contra de una entidad pública.”

En este caso los documentos de protocolización del aseverado silencio administrativo positivo, por el ejecutante, no integran título ejecutivo complejo: la escritura, documento público, no emana del deudor, ni tampoco es una sentencia de condena, proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, ni es otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, ni es providencia de la jurisdicción contencioso administrativa ni emanada de autoridad de policía, que apruebe liquidación de costas o señale honorarios de auxiliares de la justicia, como lo exige el C.P.C. (art. 488). Tampoco se advierte que en la escritura pública conste una obligación expresa; clara ni exigible.

3. Sentencia de enero de 2003, Consejo de Estado

...(…)... Silencio administrativo positivo.

En aplicación de los principios de celeridad y eficiencia que rigen las actuaciones administrativas, y entre ellas por supuesto la actuación tributaria, el legislador ha dispuesto que la decisión sobre los recursos que interpongan en vía gubernativa los contribuyentes en relación con las liquidaciones oficiales, resoluciones sancionatorias y demás actos controvertibles ante la propia administración, debe proferirse dentro de un término perentorio de un (1) año (E.T. artículo 732), so pena de entenderse fallados a favor del contribuyente. El artículo 734 del mismo estatuto prevé:

ART. 734. Silencio administrativo. Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará.

De la norma transcrita se puede evidenciar que para efectos tributarios, se ha previsto como sanción para la actuación extemporánea o dilatoria de la administración en relación con los recursos interpuestos ante ella, la figura del silencio administrativo con efectos positivos. Es decir que si en el término de un (1) año no se ha tomado decisión alguna, las peticiones presentadas con ocasión del recurso se entienden resueltas favorablemente al contribuyente. El término de un año debe contarse a partir de la fecha de interposición del recurso en debida forma (Estatuto Tributario artículo 732) y se suspenderá en los casos señalados en el artículo 733 ib. ésto es, mientras dure la inspección tributaria, si ésta se practica a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante y hasta por tres (3) meses, cuando se practica de oficio.

La previsión de la parte final del citado artículo 734, hace relación a la posibilidad de que la declaratoria del silencio administrativo positivo, sea realizada por la misma Administración, actuando de oficio, o a petición del contribuyente interesado, actuación esta última que deberá llevarse a cabo una vez transcurrido el término de un año desde la interposición del recurso con los requisitos contemplados en el artículo 722 del Estatuto Tributario, para que en caso de ser declarado por la Administración termine el proceso de discusión gubernativa, evitándole al contribuyente la carga de tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en busca de dicha declaratoria.

Sin embargo, cuando el contribuyente a favor de quien se ha instituido la figura del silencio administrativo positivo, en razón de situaciones no atribuibles a voluntad, no solicita directamente ante la administración su declaratoria, una vez

transcurrido el año comentado, nada obsta para que lo haga al interponer la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así lo ha expresado la Sala, al decir “ ...si bien de conformidad con el artículo 734 del Estatuto Tributario el silencio administrativo positivo debe ser declarado de oficio o a solicitud de parte por la administración, estima la Sala, que si la administración no lo hace de oficio y tampoco lo solicita el contribuyente ante la administración, ello no impide que tal pretensión pueda materializarse ante la jurisdicción, mucho menos, cuando no obstante haberse vencido el término legal, la administración notifica la decisión como ocurrió en el presente caso.

En tal evento, es evidente que el contribuyente queda habilitado para solicitar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el juez administrativo concrete la ficción de favorabilidad que consagra la norma tributaria..”.

La posibilidad de invocar en la demanda la pretensión de reconocer en sede judicial el silencio administrativo positivo, es simplemente la garantía procesal que se le otorga al contribuyente para preservar que la figura del acto ficto a favor del mismo no sea inocua, en los casos en que por controversias surgidas a raíz de la decisión del recurso gubernativo, no sea posible solicitarla ante el ente fiscal.

En lo atinente a la notificación de la Resolución N° 001 de abril 4 de 2000 que decidió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial de revisión, la cual se efectuó mediante dicto al no ser posible la notificación personal, se tiene que tal como consta en el expediente (fl. 80 c.p.) ésta fue notificada por Edicto fijado el día 19 de abril del 2000 a las 8 a.m. y desfijado a las 6 p.m. del mismo día, al no hacerse presente el contribuyente a notificarse personalmente dentro de los diez (10) días siguientes al envío por correo de la citación fechada el día 4 de abril de 2000.

Es incontrovertible que la fijación del edicto por el término de un día, resulta violatoria de las normas legales a las que debió someterse, ya que ante el vacío normativo del Estatuto Tributario en cuanto al término durante el cual debe permanecer fijado el edicto para notificar el acto que decide el recurso gubernativo, se debe dar aplicación a las normas generales que regulan el procedimiento administrativo (art. 45 C.C.A.), en aplicación del inciso 2° del artículo 1° del C.C.A. que señala “...Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles..”.

En tales condiciones, para regular el vacío normativo existente en el Estatuto Tributario en cuanto al término de fijación del edicto, resulta pertinente la aplicación del artículo 45 del C.C.A. que señala:

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

El argumento presentado por la parte demandada en el sentido de haber sido notificado el contribuyente por conducta concluyente al interponer oportunamente la acción de nulidad y restablecimiento, no permite convalidar la irregular notificación de la resolución que decidió el recurso gubernativo, y por el contrario, confirma la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por las siguientes razones:

El inciso final del artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en virtud de la remisión del artículo 267 del C.C.A. refiriéndose a la notificación por edicto prevé que “..La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto..” lo que significa que en el caso bajo análisis, al haberse

fijado el edicto el día 19 de abril de 2000, los diez (10) días de su fijación se hubieran extendido hasta una fecha posterior, esto es al día 23 de abril del mismo año. Por consiguiente, si se aceptara la notificación por conducta concluyente ocurrió al momento de la presentación de la demanda, éste es el 17 de agosto de 2000, es evidente que la decisión gubernativa fue extemporánea, ya que el recurso de reconsideración fue presentado el 23 de abril de 1999, por lo que el término para decidir y notificar el recurso, vencía el 23 de abril de 2000, configurándose el silencio administrativo positivo de que trata el artículo 734 del Estatuto Tributario, y como consecuencia de ello, las pretensiones planteadas en el citado recurso, se entienden decididas a favor del contribuyente. En tales condiciones, la petición de revocar la Liquidación de Revisión 0001 del 25 de febrero de 1999 en relación con el período gravable de 1995 debe prosperar incluyendo la respectiva sanción por inexactitud por ser accesoria.

En razón de haber prosperado la pretensión encaminada a la declaratoria del silencio administrativo positivo, procede la anulación de los actos demandados, situación que releva a la Sala de analizar los demás cargos planteados en la demanda. Se confirma entonces la sentencia proferida en primera instancia.

4. Sentencia de octubre de 2003, Consejo de Estado

...(...)... 1°.- El artículo 41 del C.C.A. establece la figura del silencio administrativo positivo invocado como sustento de la presente acción, en los siguientes términos: "Artículo 41.- Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisiones positivas. Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74".

Como lo afirma el solicitante, en este caso están dados los presupuestos establecidos en la ley para que se configure el silencio administrativo positivo señalado en el artículo 104 de la Ley 142 de 1994, pues la solicitud de revisión del estrato por parte de los residentes de El Rodadero no fue resuelta dentro de los dos (2) meses allí establecidos; la respuesta dada por la Dirección de Planeación Distrital, mediante Oficio 0810 del 19 de junio de 2002, por la cual se informa la no procedencia de la petición de cambio de estrato, se produjo cuando ese plazo había vencido y además carece de efectos legales por cuanto no ha sido notificado en la forma prevista en los artículos 44 y siguientes del C.C.A. Por consiguiente, por razón del aludido fenómeno del silencio administrativo positivo, se entiende que quienes elevaron la petición administrativa de cambio de estrato son beneficiarios de una decisión administrativa favorable que se halla en firme.

2°.- Para que el silencio administrativo produzca los efectos legales de la decisión favorable, de manera que obligue su reconocimiento por parte de autoridades y particulares, es necesario que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 42 del C.C.A., que establece textualmente:

"Artículo 42.- Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establezcan el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5°, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

La escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico."

Conforme a la norma trascrita, es necesario que en este caso los peticionarios, que se beneficiaron con el silencio administrativo positivo de la administración distrital, acudan a protocolizar su petición junto con la declaración jurada de no haberles sido notificada una decisión dentro del término legal.

SECCIÓN TERCERA. LAS ÚLTIMAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES

1. Sentencia de mayo de 2007, Consejo de Estado

...(...)... Es evidente, entonces, que los anteriores preceptos otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de imponer la sanción de multa, entre otras, a las empresas de telefonía móvil celular, cuando éstas incumplan con sus obligaciones, como fue en este caso la de responder en forma oportuna las reclamaciones, quejas o peticiones de sus suscriptores y usuarios, función administrativa que es parte de la facultad de regulación, control y vigilancia que compete al Estado respecto de los servicios públicos, según el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución Política.

Ahora bien, las empresas de telefonía móvil celular tienen la obligación de responder las quejas y reclamos de los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, como expresamente lo dispone el artículo 20 del Decreto 990 de 1998, razón por la cual el hecho de no haber demostrado COMCEL S.A., ni en la vía gubernativa ni en esta etapa judicial, que respondió dentro de dicho término las solicitudes de sus usuarios, habilitó a la Superintendencia de Industria y Comercio para imponerle la sanción de multa cuestionada, pues tal y como lo dejó dicho en la Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, “Para el caso de la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concepto de idoneidad y calidad comprende la debida y oportuna atención de las peticiones, quejas y reclamos” (el resaltado no es del texto).

No obstante lo anterior, debe precisarse que una cosa es que el incumplimiento de los operadores de telefonía móvil de su obligación de responder dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de las respectivas reclamaciones por parte de los usuarios o suscriptores genere una sanción de multa como la cuestionada, y otra muy distinta que tal omisión traiga como consecuencia que se entienda que frente a dichas reclamaciones operó el silencio administrativo positivo, pues para ello es necesario que exista norma expresa al respecto, como lo establece el artículo 41 del C.C.A.: "Solamente en los casos expresamente previstos en las disposiciones especiales, el silencio de la Administración equivale a decisión positiva".

En armonía con el anterior precepto, el artículo 40 del C.C.A. prevé: "Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto", de donde se desprende que la regla general es que ante el silencio de la Administración la decisión se entiende negativa.

En consecuencia, debe la Sala determinar si existe norma expresa que consagre el silencio administrativo positivo para el evento en que los operadores de telefonía móvil celular no respondan oportunamente las peticiones de sus usuarios o suscriptores.

Pues bien, el inciso 2 del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, antes transcrito, expresamente dispuso que "Igualmente, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y

consumidores. Para el efecto, la Superintendencia, contará, en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios...”.

Como quiera que las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994, la Sala concluye que las empresas de telefonía móvil celular sí tienen la obligación de responder las quejas y reclamos presentados por los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días siguientes, so pena de que opere el silencio administrativo positivo, pues en la medida en que el Decreto 1130 de 1999 se remitió a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios para efectos de la función otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio de proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores de los servicios no domiciliarios de comunicaciones, su artículo 158, que hace parte del Capítulo VII denominado “DEFENSA DE LOS USUARIOS EN SEDE DE LA EMPRESA”, constituye la norma especial expresa que exige el artículo 41 del C.C.A. para que se entienda configurado el silencio administrativo positivo, artículo 158 que establece “La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él” (el resaltado no es del texto).

Al haber quedado sin sustento el argumento de la actora de que a las empresas de telefonía móvil celular se les aplica la regla general establecida en el artículo 40 del C.C.A., esto es, que su silencio se entiende negativo, debe la Sala pronunciarse sobre las demás censuras endilgadas a los actos acusados.

2. Sentencia de mayo de 2010, Consejo de Estado

El silencio administrativo positivo:

Según los dictados del artículo 23 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución.

En armonía con el anterior precepto constitucional, el C.C.A., regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que éste se puede presentar en interés general o particular, para solicitar y obtener acceso a la información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades y para formular consultas escritas o verbales a la Administración en relación con las materias que tienen a su cargo.

Para toda manifestación del derecho de petición, la ley prevé un procedimiento con el fin de que la Administración resuelva el objeto de la petición, así como, en especial, dispone un término para que el solicitante o administrado obtenga una respuesta.

La Corte Constitucional, en relación con los aspectos básicos que rigen el derecho de petición, ha sostenido que se trata de un derecho fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, además de que con el ejercicio de este derecho se garantizan otros como el de información, participación política y libertad de expresión.

De igual forma, esta Corporación ha manifestado que el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, toda vez que, “de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido”.

Respecto de la oportunidad para obtener respuesta, como se advirtió, el C.C.A., y demás disposiciones que regulan los procedimientos administrativos, prevén los plazos con que cuenta la Administración para proferir una decisión, los cuales son de obligatorio cumplimiento, so pena de las sanciones a que haya lugar en relación con funcionarios que hubieren incurrido en la demora correspondiente.

Ahora bien, la ley otorga ciertos efectos al silencio por parte de la Administración en relación con la resolución de las peticiones que se le hubieren elevado, situación que se conoce y se ha denominado como el silencio administrativo.

En este sentido, el silencio administrativo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”.

Así pues, según la anterior definición y tal cual como está consagrado en la legislación, el silencio administrativo puede ser negativo, el cual, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Administración, se debe entender que la decisión ha sido negativa.

Se ha entendido que el silencio administrativo negativo puede ser sustancial o inicial, si la ausencia de pronunciamiento se produce en relación con las peticiones o solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición, es decir respecto de las cuales se inicia una actuación administrativa. Por su parte cuando el silencio de la Administración se refiere a los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa, sea frente a actos administrativos expresos o presuntos, se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo.

En cuanto a los requisitos para su configuración, según los artículos 40 y 60 del C.C.A., una vez transcurra el término 3 meses contado a partir de la presentación de una solicitud sin que se notifique decisión alguna por parte de la Administración –silencio administrativo sustancial o inicial– o, en caso de la resolución de los recursos propios de la vía gubernativa, luego de 2 meses contados a partir de su interposición sin que se hubiere notificado decisión expresa sobre ellos –silencio administrativo procesal o adjetivo–, será el peticionario, interesado o el particular el que a su voluntad, determine su ocurrencia.

En este sentido, como lo ha dicho la jurisprudencia, si bien el silencio administrativo negativo opera por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de declaración judicial que lo reconozca, lo declare o lo constituya en los términos antes descritos, ello no significa que se configure de manera automática por la sola expiración del plazo consagrado en la ley para su configuración, comoquiera que en cuanto se trata de una garantía a favor del peticionario, quedará a voluntad de éste, determinar su efectiva ocurrencia a partir de la conducta que decida emprender puesto que, en relación con el silencio administrativo sustancial o inicial, el peticionario podrá a su arbitrio: “i) continuar esperando a que la Administración resuelva o decida su solicitud, tiempo durante el cual la autoridad administrativa continuará con el deber constitucional y legal de pronunciarse sobre la petición, independiente de que ya hubiere expirado el plazo legalmente establecido para atender la misma; ii) interponer, en cualquier momento, recursos en vía gubernativa contra el acto administrativo ficto o presunto; ó iii) acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, puesto que se entiende agotada la vía gubernativa.”

Tratándose del silencio administrativo procesal o adjetivo, el recurrente “podrá, a su elección: i) continuar esperando a que la Administración resuelva los recursos interpuestos, caso en el cual, por no estar en firme, el acto impugnado carecerá de

su carácter ejecutivo y ejecutorio, o ii) acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para impugnar las respectivas decisiones, toda vez que, al operar el silencio administrativo negativo consagrado en su beneficio, respecto de los recursos interpuestos, se entiende agotada la vía gubernativa”.

Por otra parte, el silencio de la Administración puede tener efectos estimatorios, es decir, únicamente en los casos en los cuales las disposiciones especiales así lo indiquen, luego de transcurrido el plazo para expedir una decisión, sin que se hubiere notificado decisión alguna, ese silencio de la autoridad equivale a una decisión positiva, esto es como si la Administración hubiere accedido a la petición del administrado, es lo que se conoce como silencio administrativo positivo.

Según la doctrina, la finalidad o fundamento del silencio administrativo positivo, consiste en evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que a toda persona le asiste el derecho de que las solicitudes sean resueltas en forma oportuna. Asimismo se ha dicho que la finalidad intrínseca de esta figura dice relación con dar agilidad administrativa a determinados sectores y que, “[S]in embargo, la realidad demuestra que, por falta de medios, desidia o por las razones que fueren, no existe tal agilidad. En tales casos, el ordenamiento jurídico establece la técnica del silencio positivo, que tiene un doble efecto inmediato:

a) Por un lado, incentiva a la administración para que resuelva de manera expresa si no quiere ver como el administrado, por el mero transcurso del plazo (reuniendo los demás requisitos precisos), pasa a estar legitimado para actuar en el sentido pedido.

Esta afirmación, no obstante, debe ser hoy adecuadamente matizada, habida cuenta de que los límites intrínsecos impuestos al silencio positivo, en particular la imposibilidad de adquirir por tal vía más de lo que hubiera podido otorgarse de manera expresa, tienen el efecto de que la administración competente se verá

segura de que en ningún caso el peticionario estará legitimado, a través del silencio administrativo positivo, para actuar de manera disconforme con el ordenamiento jurídico, lo que con seguridad le hará perder de alguna manera interés de resolver de forma expresa. Ello tendrá el perjuicio añadido de que el interesado se verá en la tesitura de decidir unilateralmente, y sin ayuda de la administración, si actúa o no, y, en definitiva, si ha nacido el acto presunto por silencio positivo.

b) Por otra parte, no obstante las inseguridades expuestas, permite que el interesado actúe, al menos cuando sea claro que la petición no contradice el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo solicitado, por lo que tendrá la garantía de que, al tratarse de un acto (presunto) declarativo de derechos, no podrá ser retirado del mundo jurídico sino a través de los cauces legalmente establecidos.

El silencio positivo es concebido con carácter excepcional, frente a la regla general del silencio negativo, y como tal es de interpretación restrictiva.”

Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido:

“La institución del silencio administrativo encuentra su explicación en el hecho de que la relación jurídica que surge entre el particular y la administración no es de equivalencia, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas privadas. Surge así el silencio administrativo como salvaguarda de los derechos de los particulares frente a la abstención injustificada de los funcionarios de la administración, obligados a producir un acto o manifestación expresa de voluntad dentro de un plazo fijado por la ley.”

La jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado acerca de los aspectos relevantes ha de tener en consideración en relación con la configuración y los

efectos del silencio administrativo positivo, para lo cual, a manera de síntesis, se pueden destacar los siguientes:

- El silencio positivo está concebido por el legislador para que produzca efectos de manera automática. De ahí que no pueda dejarse al arbitrio de la administración la posibilidad de suspender el plazo previsto para el mismo con la simple excusa de pedir datos, informes o documentación que no sea estrictamente necesaria.
- El término para la configuración del silencio administrativo positivo comienza a contarse a partir del día en el cual se inició la actuación.
- La Administración sólo puede proceder al reconocimiento de los efectos del silencio administrativo positivo cuando éste ha operado, sin que le corresponda declarar su existencia. Con todo, el acto presunto podrá revocarse en los eventos previstos en el artículo 73 del C.C.A.
- La ocurrencia del silencio administrativo positivo despoja a la Administración de la competencia para decidir, razón por la cual, el pronunciamiento expreso de la Autoridad después de vencido el término se asemeja a un acto “inexistente por carencia de competencia”. Lo anterior toda vez que la existencia y eficacia de esta figura devienen de la ley, por ello las actuaciones posteriores que contradigan el silencio administrativo serán ino cuos.
- La existencia y los efectos del silencio administrativo no dependen de su formalización. “[L]a protocolización de la copia de la solicitud presentada a la administración a que hace referencia nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42 del CCA, se ha entendido como un mero trámite encaminado a darle forma a la resolución tácita para que quien pretenda hacer valer sus consecuencias pueda acreditarlo, tarea que la ley le ha confiado al notario en

lugar del juez; por tal razón no hay término de caducidad para pedir dicha verificación. En el silencio positivo esa declaración ya está hecha y sólo resta describirla y aplicar sus consecuencias, con mayor razón en nuestra legislación donde no existe la denuncia de la mora”.

- El reconocimiento del silencio administrativo positivo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico, por tanto, no es posible reconocer actos presuntos que contradigan la ley o la Constitución.
- Tratándose del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, para su configuración, además del mero transcurso del tiempo sin que la Administración se pronuncie, se requiere de los siguientes presupuestos: i) La solicitud debe presentarse durante la ejecución del contrato; ii) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando; iii) No puede utilizarse esta figura para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) La petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; v) Lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante.

2. La facultad que le asiste a la Administración para revocar los actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo.

En el sistema normativo actualmente vigente, la revocatoria directa procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, pues, de una parte, las normas que consagran y regulan la institución no hacen

distinción alguna y, de otra, la Ley 809 de 2.003, cuyo artículo 1° modificó el artículo 71 del C.C.A., hizo referencia expresa al tema en los siguientes términos:

“(…) las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos (…) deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.”

En relación con la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter general, al igual que ocurre con los particulares, el Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, establece, en forma precisa las causales que imponen a la Administración dicha revocatoria, de oficio –como prerrogativa extraordinaria-, o a solicitud de parte -como posibilidad extraordinaria, diferente a la vía gubernativa e incompatible con ella-. Tales causales son las siguientes:

- Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera, de bulto, es decir, cualitativamente similar a la que da lugar a la suspensión provisional de los actos administrativos, por parte de esta Jurisdicción.
- Que haya inconformidad con el interés público o social, esto es que el acto administrativo en cuestión no consulte, o mejor, contraríe esos intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto “legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél”, vinculándose a la noción del “mérito” del acto administrativo.
- Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

Respecto de la revocación de los actos de carácter particular y concreto, en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos -especialmente de los favorables, estrechamente relacionado con la presunción de legalidad, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los derechos adquiridos, de antaño se ha establecido en el ordenamiento positivo colombiano, la regla general, según la cual:

“Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

Sin embargo, la misma ley ha previsto excepciones, desde luego de interpretación restrictiva, respecto de la regla general mencionada, los cuales corresponden a eventos en los que resulta jurídicamente procedente la revocatoria directa de actos particulares -especial pero no exclusivamente favorables-, sin que medie el consentimiento previo, expreso y escrito del titular.

Si bien, frente a algunos eventos el tema de la revocatoria directa de los actos de contenido particular y concreto no ha sido un asunto pacífico en la Jurisprudencia, lo cierto es que para la Sala, en el presente asunto, no resulta necesario abordar la citada controversia, dado que, respecto de la revocatoria del acto ficto producto del silencio administrativo positivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de su revocatoria en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el acto resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que se configure alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A.

b) Cuando el acto hubiese sido el resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que fuere evidente que ese acto hubiese “ocurrido” por medios ilegales.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación:

“Conviene precisar que como el silencio positivo produce un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos, una vez producido la administración no puede dictar un acto posterior contrario y sólo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (arts. 69 y 73 C.C.A.). En el silencio negativo, por el contrario, la administración tiene el deber de decidir sobre la petición inicial, mientras el interesado no haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 60 C.C.A.)”

Así las cosas, la Administración podrá revocar el silencio administrativo positivo siempre que se hubiere configurado cualquiera de las causales del artículo 69 del C.C.A., o cuando fuere evidente que el acto presunto –proveniente a su vez del silencio administrativo positivo- hubiere ocurrido por medios ilegales.

Ahora bien, como lo advierte el artículo 74 del C.C.A., la Administración, para revocar el silencio administrativo positivo, deberá adelantar la actuación administrativa en la forma prevista en el artículo 28 –actuaciones administrativas iniciadas de oficio– y demás normas concordantes; además, en el respectivo acto administrativo de revocatoria del acto presunto se deberá ordenar la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 4244 y se ordenará el inicio de las acciones penales o disciplinarias correspondientes.

Por su parte, el inciso final del artículo 74 del C.C.A., de manera expresa habilita al beneficiario del silencio administrativo positivo que hubiere obrado de buena fe, para que solicite la reparación del daño causado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en caso de que el acto presunto se revoque; sobre el alcance de la citada disposición la Sala volverá más adelante.

3. Sentencia de julio de 2011, Consejo de Estado

La Sala procede a establecer si, de conformidad con las disposiciones relacionadas con el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones aduaneras, los actos fueron oportunamente proferidos o si, por el contrario, operó el silencio administrativo positivo.

Sobre el silencio administrativo positivo, el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 1198 de 2000, vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, disponía:

“ARTÍCULO 519. Los términos para decidir de fondo previstos en el presente capítulo, son perentorios y su incumplimiento dará lugar al silencio administrativo positivo. Cuando el procedimiento se haya adelantado para imponer una sanción, se entenderá fallado a favor del administrado. Cuando el procedimiento se haya adelantado para formular una liquidación oficial, dará lugar a la firmeza de la declaración. En los casos de mercancía aprehendida para definición de situación jurídica, dará lugar a la entrega de la misma al interesado, previa presentación y aceptación de la declaración de legalización, cancelando los tributos aduaneros a que hubiere lugar y sin el pago de sanción alguna por concepto de rescate.

No procederá la entrega de la mercancía respecto de la cual no sea procedente la legalización de que trata el artículo 228 del presente decreto, ni de aquellas

mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación.

Cuando no sea posible legalizar la mercancía, el procedimiento previsto en el presente Título continuará hasta la definición de la situación jurídica de la mercancía. Igualmente, transcurrido el plazo para resolver el recurso de reconsideración, sin que se haya notificado decisión expresa, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la autoridad competente de oficio o a petición de parte así lo declarará.

Habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo cuando desde la iniciación del respectivo proceso, hayan transcurrido más de doce (12) meses sin haber desarrollado el proceso y proferido la decisión de fondo.

Lo previsto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las investigaciones y sanciones disciplinarias a que haya lugar.

En la sentencia del 29 de octubre de 200945, esta Sección analizó la norma antes transcrita a fin de precisar la configuración del silencio administrativo positivo; dijo la Sala en esa oportunidad:

De la norma en cita se advierte que el silencio administrativo positivo se configura en dos casos:

El primero, cuando se incumplía el término para resolver el recurso de reconsideración, esto es cuando el acto definitivo se profería después de los tres meses siguientes a la presentación del recurso (inciso 4º del artículo 519).

El segundo, cuando desde la iniciación de la actuación administrativa transcurrieran 12 meses sin que se hubiera proferido decisión de fondo (inciso 5º del artículo 519).

Son esos los casos en que el legislador consagraba expresamente el silencio administrativo positivo. No así ocurre con los artículos 511 y 512 ibídem, que, en general, determinaban términos para el desarrollo del procedimiento, pero cuyo incumplimiento no configuraba el silencio administrativo positivo.

El primero de los citados artículos era del siguiente tenor: “ARTÍCULO 511. Dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero, se decretará mediante auto motivándola práctica de las pruebas solicitadas que sean conducentes, eficaces, pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, se denegarán las que no lo fueren y se ordenará de oficio la práctica de las que se considere pertinentes.

El auto que decreta las pruebas se deberá notificar por estado, conforme a lo establecido en el artículo 566 del presente Decreto. Contra el mismo procede el recurso de reposición el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y resolverse dentro de los tres (3) días siguientes a su interposición.

El término para la práctica de las pruebas será de treinta (30) días si es en el país, y de cincuenta (50) días si es en el exterior y correrá a partir de la ejecutoria del acto que las decretó.”

A su turno, el artículo 512 a la letra decía: Recibida la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero y practicadas las pruebas, o vencido el término de traslado, sin que se hubiere recibido respuesta al Requerimiento, o sin que se hubiere

solicitado pruebas, o se hubieren denegado las solicitadas; la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, el decomiso de la mercancía, la formulación de la Liquidación Oficial o, el archivo del expediente y la devolución de la mercancía aprehendida, si a ello hubiere lugar.

La notificación del acto que decide de fondo se deberá practicar de conformidad con los artículos 564 y 567 del presente Decreto.” Aun cuando el citado artículo 512 consagraba que una vez “practicadas las pruebas”, o vencido el término de traslado, sin que se hubiere recibido respuesta al requerimiento especial, o sin que se hubiere solicitado pruebas, o se hubieren denegado las pedidas, la Administración tenía 30 días para expedir el acto administrativo que “decida de fondo sobre la imposición de la sanción, el decomiso de la mercancía, la formulación de la Liquidación Oficial, o el archivo del expediente y la devolución de la mercancía aprehendida”, lo cierto es que ni el incumplimiento del término para decretar las pruebas ni el previsto para proferir la decisión después del periodo probatorio, daban lugar al silencio administrativo positivo.

En efecto, en cuanto a los términos para decidir de fondo se precisa que como el artículo 512 fijaba un término de 30 días para proferir la decisión y el 519 preveía que la actuación administrativa no podía exceder de 12 meses, contados desde la notificación del requerimiento especial, so pena de la “aplicación del silencio administrativo positivo”, el término de los 12 meses para efectos del silencio administrativo positivo no incluía los términos para decidir el recurso de reconsideración, toda vez que el intérprete debía privilegiar, por una parte, la norma que mantenía la competencia de la Administración para proferir la decisión de fondo y no aquella que reducía la oportunidad para proferirla y, por otro lado, debía tener en cuenta las normas que regularon de manera expresa el silencio administrativo positivo (incisos 4º y 5º del artículo 519). Esa era realmente la forma en que debían interpretarse las normas sobre el procedimiento aduanero.

La Sala precisa que la consagración del silencio administrativo positivo se entiende cuando el legislador expresamente así lo instituye de forma que no debe quedar ninguna duda en el sentido de que la consecuencia del vencimiento del plazo sea la pérdida de la competencia de la administración y el nacimiento de un acto ficto o presunto a favor del administrado. Ahora bien, en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A. como el C.P.C.

Así esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente.

En general, las normas de competencia temporal, esto es, por razón del tiempo, que es el tema que subyace en un plazo legal para producir una decisión, deben interpretarse a favor de la competencia misma. Así, sólo cuando está expresamente previsto otro efecto, el vencimiento del plazo no comporta siempre y necesariamente un caso de silencio administrativo positivo.

De la interpretación sistemática de los artículos 511, 512 y 519, según los textos vigentes para la época de los hechos, se concluye que, se reitera, los dos eventos de silencio administrativo positivo, que significa la presencia de un acto presunto y la consecuente pérdida de competencia de la administración para resolver la

cuestión, son el relacionado con el plazo para resolver el recurso de reconsideración y el plazo general de 12 meses que tenía la administración para proferir la decisión de fondo a partir del inicio de la actuación administrativa”.

Precisado que el silencio administrativo positivo sólo se configura cuando la Administración ha excedido el término de 12 meses que tenía para proferir la decisión de fondo a partir del inicio de la actuación administrativa, deben examinarse los hechos que atañen al proceso.

4. Sentencia de enero de 2012, Consejo de Estado

...(…)... La parte actora invoca en la demanda la nulidad de los actos administrativos objeto de la controversia, con fundamento en defectos en el trámite de notificación. En consecuencia, con esta pretensión solicita que se declare el silencio administrativo positivo.

El Tribunal accede a la pretensión formulada por la parte actora y declara que operó el silencio administrativo positivo.

Según el artículo 475 del Acuerdo 027 del 09 de diciembre de 2004, por medio del cual se adoptó el estatuto de rentas, procedimiento y el régimen sancionatorio tributario del Municipio de Tauramena, el silencio administrativo positivo opera a favor del contribuyente cuando transcurrido un año, los recursos de reconsideración y reposición no han sido resueltos.

En efecto señala el artículo 475 del acuerdo municipal:

“Artículo 475: SILENCIO ADMINISTRATIVO. Si transcurrido el término señalado para resolver el recurso, este no ha sido resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará.”

A su turno, el artículo 473 del mismo acuerdo establece:

Artículo 473. TÉRMINO PARA RESOLVER RECURSOS. La Administración tributaria municipal tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o de reposición, contados a partir de su interposición en debida forma.

Al tenor de las normas citadas, el reconocimiento del silencio administrativo positivo, está condicionado a que la administración no resuelva el recurso dentro del año siguiente a su interposición, de tal forma que una vez ocurrido el presupuesto legal, y por mérito de la ley, el recurso se entiende fallado a favor del contribuyente, circunstancia que además debe ser reconocida, bien se oficiosamente por la administración o a petición de parte.

Con base en lo anterior se puede decirse que el silencio en mención, significa que la respuesta al requerimiento hecho por el particular, es positiva, se concede lo pedido o se acepta lo solicitado. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, como sucede en las reclamaciones por servicios públicos domiciliarios donde el termino para responder es de quince (15) días hábiles o en materia de empleo público, cuando el funcionario no se le evalúa en el término señalado por la ley.

CAPITULO III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO COMO REGLA GENERAL

En este apartado se hará un análisis de los principios que vulneran el Silencio Administrativo Negativo, teniendo en cuenta la Constitución Política de Colombia (1991).

SECCIÓN PRIMERA: PRINCIPIOS VULNERADOS

1. Principio de la Dignidad Humana (Art. 1 Constitución Política de Colombia)

Al ser Colombia un Estado Social de Derecho debe primar esa forma de organización política, que tiene como objetivos especiales combatir las carencias económicas o sociales y en especial esas desventajas de diversos sectores, personas o grupo de la población, prestándoles protección y asistencia.

Si la dignidad humana hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, ya que puede mejorar su forma de vida mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su voluntad, no hay razones para que el silencio administrativo negativo sea la regla general y violatorio de derechos de los administrados.

Como Estado Social de Derecho las autoridades Estatales, particulares y el ordenamiento jurídico deben ser pensados desde el mismo, por ello se deben proteger derechos fundamentales como el derecho de petición que preceptúa el artículo 23 de nuestra Carta Magna.

Si desde el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), profiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en su artículo primero resalta esa igualdad en dignidad y derechos, no es justo que el gobierno colombiano, refiriéndonos en especial al ejecutivo de turno, no haya permitido modificar en la Ley 1437 de 2011, la figura del silencio administrativo negativo de regla general a regla excepcional, para proteger a los administrados o por lo menos con su omisión no seguir vulnerándoles sus derechos Constitucionales fundamentales en especial el derecho de petición.

Como ya se dijo, los miembros de la comisión redactora de la Ley 1437 de 2011, en especial los magistrado del Consejo de Estado, estuvieron de acuerdo que se cambiara dicha figura por considerar que no era adecuado el tratamiento con el cual estaba concebida en el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, pero el Gobierno se opuso a dicho cambio; se hace alusión a ello por cuanto lo han manifestado algunos magistrados del Consejo de Estado en conferencias en las cuales se han exteriorizado respecto de la nueva ley. En nuestra Constitución Política Colombiana el artículo 1o preceptúa lo siguiente:

"ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

2. De los Fines del Estado (Artículo 2o de la Constitución Política de Colombia)

Si el Estado está instituido para defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos no hay razones para que estos fines se vulneren, con preceptos como

el del artículo 83 del CPACA, que ordena el silencio administrativo negativo como regla general y no excepcional.

Para defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos y para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, se debe someter a referendo el artículo 83 del CPACA, para darle participación al pueblo en la toma de una decisión tan importante para la protección de sus derechos; es posible que con este mecanismo se hubiese cambiado la figura del silencio administrativo negativo de regla general a regla excepcional. Como está concebido el Silencio Administrativo Negativo, no garantiza la efectividad de principios, derechos y deberes Constitucionales. El artículo 2o preceptúa lo siguiente:

"ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

3. Soberanía popular (Artículo 3o Constitución Política de Colombia)

Teniendo en cuenta que la titularidad de la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, los elegidos para atender las funciones del Estado por supuesto deben cumplir sus instrucciones en la relación de los asuntos públicos y por lo tanto podrán revocar el mandato de los elegidos, lo anterior faculta al constituyente

primario a quienes deben tomar decisiones trascendentales o a quienes se oponen y revocarle el mandato.

En el caso que nos ocupa que es la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general se presume que es el ejecutivo que no permitió que la comisión de reforma del CCA y el nacimiento del nuevo CPACA, se cambiara la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla excepcional debido a que se pudiesen instaurar demandas millonarias en contra del Estado, además estamos en mora de debatir este tema en función de una democracia participativa, deliberativa, en donde se someta la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general a referendo. El artículo 3o consagra lo siguiente:

"ARTICULO 3o. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece."

4. Principio de la Supremacía de la Constitución y obligación política de obedecerla

Este principio consagra la "Supremacía Constitucional" según lo preceptuado en el artículo 4 de la Carta Política, siendo fundamento de validez de las demás normas (Leyes y actos administrativos), por tal motivo se debió analizar tanto el Decreto 01 de 1984 como la Ley 1437 de 2011, en sus artículos 40 y 83 respectivamente, y darle un tratamiento diferente al silencio administrativo negativo; en vez de ser regla general, debió ser regla excepcional, toda vez que la Constitución de 1991, establece un Estado Social de derecho, en el cual prevalecen la dignidad humana, el interés general, la sociedad y la participación democrática.

Si las consagración del Silencio Administrativo Negativo está establecida por preceptos legales, no parece procedente que sus efectos produzcan

consecuencias contrarias a la propia Constitución inicial o posteriormente, como es el caso que la administración se abstenga de resolver las peticiones de los administrados y se premia su desidia en el Silencio Administrativo Negativo.

Por lo anteriormente expuesto, el Silencio Administrativo Negativo debe cambiarse a regla excepcional por cuanto la Constitución Nacional Colombiana es fundamento de validez de las demás normas. El artículo 4o de la Constitución Política Colombiana preceptúa lo siguiente:

"ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

5. Responsabilidad Jurídica de los Particulares y los servidores públicos (Artículo 6o Constitución Política)

Si bien es cierto, el Silencio Administrativo Negativo se configura por la abstención de la Administración de responder las peticiones instauradas por los ciudadanos en el tiempo establecido por la ley, esa desidia, abstención esta en cabeza de un servidor público, por lo tanto dicha omisión debe ser castigada con los preceptos Constitucionales establecidos en los artículos 124 y 90 referente a la repetición. El artículo 6o de nuestra Carta Magna Preceptúa lo siguiente:

"ARTICULO 6o. 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."

6. Principios constitucionales vulnerados con el silencio administrativo negativo como regla general

En un Estado Social de derecho como el Colombiano, el cual fue adoptado desde la Constitución de 1991, se presume que no se debe violentar el derecho del administrado y el ciudadano, por la omisión y silencio de la administración quien con dicho silencio se presume viola los principios Constitucionales, tales como obtener pronta resolución como lo preceptúan los artículos 23 (derecho de petición), artículo 29 (Principio del debido proceso), artículo 209 (implica moralidad, eficacia, prontitud, celeridad), artículo 83 (principio de la buena fe).

7. Derechos Fundamentales vulnerados con el Silencio Administrativo Negativo como regla general

De los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Colombiana, algunos en especial tratados en el Capítulo I de dicho estatuto Superior, se abordaran en especial tres (3) de ellos, derecho de petición artículo 23, debido proceso artículo 29 y la acción de tutela artículo 86.

7.1 Derecho de Petición artículo 23 de la Constitución Política.

El Silencio administrativo positivo no es decisión, por cuanto es la ley la que le da y lo hace con el fin de evitar que los derechos de los ciudadanos y administrados no sean burlados, o prevenir injusticia por parte de la administración que omite decidir un derecho de petición que se le instaure, lo anteriormente expuesto lo ha reiterado la doctrina moderna del derecho administrativo, de igual manera es la misma ley la que da valor de silencio administrativo negativo a la actitud silente de la administración al no responder derechos de petición instaurados por el administrado, por ello con toda razón el doctor Gustavo Penagos, en su libro El Silencio Administrativo valor jurídico de sus efectos, segunda edición hace alusión

a que “La Corte Constitucional, con toda razón, considera que la vulneración del derecho a obtener copias es manifestación contraria al derecho fundamental de petición consagrado en la Constitución, y debe ser tutelado conforme la explica la Corte en la Sentencia T-464 del 16 de Julio de 1992.

7.2 Debido Proceso Artículo 29 de la Constitución Política.

Si bien la Constitución Política de Colombia preceptúa que el debido proceso es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, a efecto de asegurar durante dicho proceso una pronta y cumplida justicia queda demostrado, que con la omisión de la administración al no responder derechos de peticiones que se alleguen a la administración se presume vulnerado a al administrado el debido proceso. El debido proceso al configurar su omisión de respuesta a las peticiones como silencio administrativo negativo.

7.3 Acción de Tutela. Artículo 86 de la Constitución Política.

Es considerado un medio eficaz que se instaura cuando se vulnera derechos constitucionales fundamentales como en el caso del derecho de petición, que es la piedra angular de la aptitud silente de la administración que da paso a que la ley configure tal omisión de respuesta como silencio administrativo negativo y la tutela entra a proteger tal derecho como en el anterior caso alusivo a la sentencia T-464, de 1992 que se protege derecho fundamental de acceso a documentos públicos.

SECCIÓN SEGUNDA. DERECHO COMPARADO, RESPECTO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Es de anotar que la aplicación del silencio administrativo en su concepción francesa surgió como una necesidad jurídica del Estado de Derecho, la cual exigía que para que el ciudadano pudiese acudir a la jurisdicción contenciosa

administrativa en defensa de sus derechos, era requisito **sine qua non** el acto administrativo previo que había de ser objeto de dicha impugnación. Toda vez, que no existiere el acto administrativo expreso, objeto del proceso contencioso, el particular quedaba indefenso.

1. Silencio Administrativo en las Legislaciones Europeas como Francia y España y países de América Latina

En Francia se dio a conocer el silencio administrativo desde el primer texto legal que fue la Ley 17 de julio de 1900, el Doctor Juan Carlos Garzón Martínez en su libro La Crisis del Silencio Administrativo negativo en su primera edición de la editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 37 hace alusión a lo siguiente:

“La **desestimación implícita** en Francia no constituye en sí una garantía para exigir de la Administración una decisión expresa frente a las demandas iniciales de los particulares, sino un mecanismo para no impedir el acceso a los recursos contenciosos. Así, aun cuando se allane la vía para acudir a dichos recursos (sin pasar por alto las vicisitudes que pueden presentarse respecto al plazo que tiene el interesado para recurrir ante el juez), la impugnación se hará, en todo caso, con fundamento en una implícita desestimación, que habrá surgido por completo carente de motivación, convirtiéndose más en una prerrogativa de la Administración que en una garantía para el administrado.”, negrilla y subrayado incluido en el texto.

2. Silencio Administrativo en España

Lo más relevante y “ la diferencia de naturaleza entre el silencio negativo (que es una pura ficción en beneficio del administrado), y el silencio positivo (que provoca un auténtico acto administrativo) no les hace distintos a este respecto, ya que, en

ambos casos, el silencio se ha producido por una conducta ilegítima de la Administración que no puede redundar en su beneficio³⁰

Al respecto la doctora Alina plantea:

“En materia de inactividad Administrativa el principio de legalidad tiene una importancia fundamental por cuanto el cumplimiento de la obligación de resolver, contenido en el artículo 42 de la Ley 30/1992 «La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualesquiera que sea su forma de actuación», habría de respetar el estándar mínimo de actuación de las administraciones públicas. Este principio puede ilustrar dicho mandato como un punto de partida y no como un objetivo difícilmente alcanzable. También en materia de inactividad, la lectura del artículo 53 de la Ley 30/1992 «los actos administrativos que dicten las Administraciones públicas, bien de oficio o instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido» habría de ser interpretado como límite necesario a la introducción del silencio administrativo, especialmente, con efectos positivos, puesto que el principio de legalidad vendría a reclamar un cauce natural procedimentalista para la producción de los actos administrativos impidiendo situar en su posición a una ficción prevista por el ordenamiento en sustitución de la resolución expresa”³¹.

Es importante hacer alusión a lo que dice Luciano Parejo Alfonso, en relación al tema del silencio administrativo positivo y el tratamiento que le da la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, referente al Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

³⁰ Francisco González, Navarro. *El derecho Administrativo: ficción, trampa y caos*. España: Madrid, 2000; p. 131.

³¹ Alina del Carmen Nettel Barrera. *Obligación de resolver Silencio Administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad. Una perspectiva de comparación entre el derecho español y mexicano*. Barcelona: Atelier. 2012. p. 56

“En el caso del silencio administrativo positivo, el transcurso sin efecto del plazo para resolver y notificar da lugar a una ficción legal mediante la que se considera que se ha producido un acto estimatorio equiparable en consistencia y efectos a los actos expesos, sin que sea necesaria su acreditación (art. 43.3 LRJPAC). Se trata, por lo tanto, de un acto tácito que reúne las condiciones de un acto estimatorio, lo que explica que la resolución posterior a la producción tácita de dicho acto sólo pueda ser confirmatoria del mismo (art.43.4 a) LRJPAC). La razón es simple: al tener el acto tácito la consistencia y los efectos de un acto expreso declarativo de derechos, su revocación sólo es posible por motivos de legalidad mediante el procedimiento de revisión de oficio (Ss TS 18 de febrero de 1998). Esta equiparación a los actos expesos ex lege, sin necesidad de su acreditación, por lo que el acto tácito estimatorio se puede hacer valer, tanto ante la administración como ante cualquier persona física jurídica, pública o privada, desde el vencimiento del plazo máximo legal para resolver (art. 43.5 LRJPAC). Esto implica la desaparición (en los términos en que se encontraba regulada la versión original de la LRJPAC) de la llamada –certificación del acto presunto-, que condicionaba y obstaculizaba los efectos estimatorios del silencio administrativo al tener que obtenerla de una Administración que previamente ya ha sido remisa a resolver. La equiparación del acto tácito al expreso explica el apoderamiento a los interesados-solicitantes para hacerlo valer, se entiende que desde el momento mismo de su nacimiento a la vida jurídica en virtud de la presunción legal y simultánea adquisición de eficacia. La producción automática de los efectos del silencio explica también que la acreditación de la existencia del acto tácito pueda hacerse por cualquier medio de prueba admisible en el Derecho, incluida la certificación sobre el silencio producido que pueda solicitarse del órgano competente para resolver (solicitud que en caso de solicitarse, debe ser emitida en el plazo de quince días).

Esta apertura a cualquier medio de prueba permite sortear la entrega de dicha acreditación a la certificación administrativa de acto presunto, pero no contribuye a perfeccionar ni facilitar la efectividad del silencio, pues no soluciona el problema ontológico del silencio estimatorio ligado a la

incertidumbre del contenido del pronunciamiento presumido legalmente y, por tanto, el del acto o la actividad que legítimamente pueda realizar el o los beneficiarios a su amparo. En este sentido surge la duda sobre el alcance del silencio en los supuestos en los que no concurren los requisitos legales necesarios para una estimación expresa. La cuestión es, así, la de si es posible obtener por silencio positivo la declaración de derechos, ventajas o posiciones favorables contrarias al ordenamiento jurídico. La respuesta a la cuestión formulada es que la regulación legal no permite una interpretación del juego del silencio positivo en términos de estimación de lo pedido en la solicitud con el solo cumplimiento de los requisitos formales legales pertinentes. En dicha regulación debe entenderse implícita, pues, la restricción de la operatividad del silencio a los supuestos respetuosos de los límites sustantivos que se deriven de la normatividad reguladora del objeto de la solicitud correspondiente. Pues una técnica de garantía exclusivamente frente al incumplimiento formal de la obligación legal de resolución expresa y notificación de ésta en tiempo o puede justificar una discriminación en la situación de los destinatarios de la acción administrativa por la sola circunstancia de que sus pretensiones hayan sido estimadas por resolución expresa o presunta. Así se deduce de la calificación como supuesto de nulidad de pleno Derecho de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirirán facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1 f) LJPAC). Por lo tanto, los actos tácitos favorables que incurran en una ilegalidad sustancial (y no meramente formal) pueden ser objeto de revisión de oficio por Administración en cualquier momento (art. 102LRJPAC), por lo que a ella compete remediar la ilegalidad producida por su falta de decisión tempestiva, pudiendo suspender la ejecución del acto presunto para evitar que se produzcan perjuicios de imposible o de difícil reparación. (art. 104 LRJPAC). En todo caso, y además, la legislación administrativa sustantiva establece a veces el principio de interdicción de la obtención por silencio de lo que habría podido conseguirse mediante resolución expresa (así, por ejemplo, el artículo 242.6 TRLS92- vigente de acuerdo con la disposición derogatoria de la Ley de Suelo de 2.007- continua con la disposición, con el carácter de norma básica, que en

ningún caso puede entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanísticos), lo cual no es incompatible con lo dispuesto por la LRJPAC, ya que es interpretable como una excepción por norma de rango de Ley a la regla general del silencio positivo (SsTS de 20 de enero, Tol 40283 y 30 de enero Tol 44182 y Tol 44168 y 26 de octubre de 1998 Tol 42789, 29 de junio de 2002 Tol 204630).

En tanto el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar no exime a la administración de cumplir con su obligación legal de dictar resolución expresa (art. 43.4 y b) LPRJPAC). En tanto el silencio negativo produce únicamente el efecto legal de la ficticia existencia de un acto a los exclusivos fines del acceso al control judicial, previo agotamiento, en su caso, de la vía administrativa previa, es lógico que el surgimiento del acto presunto no enerve el cumplimiento de la subsistente obligación legal de resolver sin limitación alguna. En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto tácito sólo puede dictarse con carácter confirmatorio del mismo (art. 43.4 a) LRJPAC). De lo dicho resulta que el régimen de cumplimiento de la obligación legal de resolver que sigue pesando sobre la administración condiciona la validez de las resoluciones administrativas, ya que después del momento de la producción de los efectos propios del silencio (vencimiento del plazo máximo legal sin dictado ni notificación de resolución expresa), se limita la competencia del órgano correspondiente al dictado de resoluciones expresas confirmatorias del acto (resolución) presunto estimatorio. Hay aquí, en efecto, una especie de vinculación a la situación generada por efecto, una especie de vinculación a la situación generada por efecto de la propia actitud (pasiva) observada por la Administración. A este respecto se plantea el problema de la validez de las resoluciones no ajustadas al silencio estimatorio que se notifiquen fuera del plazo máximo para resolver el procedimiento”³².

³² Luciano Parejo Alfonso. *Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch 2007, p. 428

3. Silencio Administrativo en Argentina

Cassagne plantea frente al Silencio Administrativo que hay una ambigüedad y lo expresa en los siguientes términos:

“En el orden nacional, en la línea con lo sostenido por la doctrina, se admite que la conducta omisiva o ambigua de la Administración, cuando se requiera de ella un pronunciamiento concreto, sea interpretada como negativa, reglamentando la ley los distintos términos en que se configura el silencio dentro del procedimiento administrativo³³. En este sentido, la norma legal exige la intervención activa del administrado al obligarlo a requerir pronto despacho a la inactividad de la Administración como condición para que se opere el silencio, salvo que una norma especial prevea un plazo expreso dentro del cual la Administración deba emitir un procedimiento concreto³⁴”³⁵.

4. Silencio Administrativo en México

Es importante anotar lo que dice la Doctora Nettel Barrera:

“... la inactividad administrativa, tras la petición de un particular, implica la vulneración de un derecho fundamental pues la Constitución de 1917 señala que *a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve termino al peticionario*. Y es que en este punto radica uno de los elementos más importantes de análisis, la distinta dimensión en la que incursiona la obligación de resolver en ambos ordenamientos. Las consecuencias que se

³³ Art. 10, LNPA disponiendo que “sólo mediante disposición expresa podrá acordarse el silencio sentido positivo”

³⁴ El Art 10 in fine, de la LNPA prescribe lo siguiente: “Si las normas especiales no previeran un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otro treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay Silencio de la Administración”.

³⁵ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. 7ed. Buenos Aires: Perrot, 2002. p.268

derivan de estas circunstancias, por ejemplo, por lo que respecta a los medios de control jurisdiccional, justifican el análisis de un ordenamiento distinto y acudir al método del derecho comparado”³⁶

5. Silencio Administrativo Negativo en Venezuela, México y Argentina

“Venezuela, México y Argentina se consideran, para los efectos del presente estudio, como los casos más representativos en lo que concierne al tema del Silencio Administrativo Negativo en América Latina. En efecto, los ordenamientos jurídicos de dichos países presentan una línea común que permite obtener una visión sobre el fundamento que sostiene la existencia del Silencio Administrativo Negativo”³⁷

También hace alusión al Silencio Administrativo como regla general, explicando que “la ausencia de respuesta expresa frente a las peticiones de los interesados, da lugar a la figura del Silencio Administrativo que, por regla general en los países latinoamericanos, tiene un efecto negativo (ante el silencio, la petición se entiende desestimada), y puede ser de primer grado (ausencia de respuesta frente a la petición inicial que da lugar al procedimiento administrativo) o de segundo grado (ante recursos administrativos interpuestos contra la decisión que puso fin al procedimiento administrativo).

En **Venezuela**, tal regla se encuentra consagrada en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en **México**, se ocupan de tal materia el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, así como el artículo 37 del Código Fiscal; y, en **Argentina**, de los varios casos de Silencio Administrativo previstos en la legislación, se destaca el previsto en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

³⁶ Alina del Carmen Nettel Barrera. *Op. Cit.*, p. 28

³⁷ Juan Carlos Garzón Martínez. *La Crisis del Silencio Administrativo Negativo. Hacia una nueva razonabilidad legislativa y judicial*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley LTDA. 2008, p. 43

Ahora bien, la producción del Silencio Administrativo Negativo, generalmente es automática (una vez vencido el plazo máximo previsto en la ley para resolver las peticiones o recursos), a excepción de Argentina, en donde es necesario previamente elevar un requerimiento de pronto despacho y sólo si el silencio subsiste después de esta solicitud, se configurará la decisión negativa derivada del silencio”.

Como puede evidenciarse en el texto el silencio, administrativo no debe existir ya que la administración tienen la obligación de responder a los requerimientos de la ciudadanía porque la ley no lo exonera de esa responsabilidad.

SECCIÓN TERCERA. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Si bien la función administrativa está prevista para que sus autoridades administrativas en cabeza de sus funcionarios coordinen sus actuaciones para con ello se dé un adecuado cumplimiento a los fines del estado, y estos son “ Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y vigencia de un orden justo”, si bajo los anteriores postulados y lo ordenado en la artículo 209 de la Constitución Política de Colombia al hacer referencia a que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en principio de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, los mismos que son violados por la administración publica en cabeza de sus funcionarios que no responde el derecho de petición interpuesto por el ciudadano , el mismo que se ve abocado en razón de los perjuicios causados a endilgar y demandar responsabilidad al estado ante otras instancias, según lo

regulado en los artículos 90 y 124 de la Constitución Colombiana, lo que empañaría el postulado de la función administrativa.

1. La voluntad como requisito del Acto Administrativo y su ausencia en el Silencio Administrativo Negativo

En la actualidad hay una marcada diferencia entre el silencio administrativo y acto administrativo, por tal razón es un absurdo que se califique la abstención de la administración cuando en forma negligente y enmarcada en la omisión y sin justificación alguna no profiere decisión administrativa y se confunda o se califique como acto administrativo.

Para mayor claridad frente al tema es conveniente establecer la diferencia entre acto administrativo, silencio de la administración y silencio administrativo.

1.1 Acto Administrativo

Es toda declaración unilateral de voluntad emanada de la administración, de otro órgano Estatal o de particulares en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos.

En este orden de ideas, la voluntad de la administración está presente en el acto administrativo, además de que consta de cinco (5) requisitos que son obligatorios o **SINE QUA NON** como elementos del mismo, el no cumplimiento de estos requisitos hace demandable el acto administrativo. Los elementos del acto administrativo son:

Sujeto: Es quien expide el acto administrativo.

Objeto: Es lo que se pretende o la voluntad de la administración.

Causa o motivo: Son las razones de hecho o de derecho que motivan la expedición de un acto, estas razones deben ser totalmente claras.

Forma: Es el procedimiento y la manera en que se produce el acto administrativo; por acuerdo, ordenanza, resolución, decreto o circular.

Finalidad: En ella, se expresa el bien común y el interés general al proferir el acto administrativo.

Cuando la administración guarda silencio, no podemos decir que hay manifestación de voluntad ni en forma directa, ni indirecta.

1.2 Manifestación de voluntad de la administración en forma directa.

Hay manifestación directa de la voluntad cuando es producida por la administración, siendo intencionalmente o sin intención, el cual dan a conocer esa intención por medio de signos un determinado contenido para aquellos a quienes especialmente les interesa, el cual lo hacen por medio hablado, escrito, gestos, señales.

1.3 Manifestación de voluntad de la administración en forma indirecta.

Esta manifestación es indirecta, cuando se produce por medio de una conducta de la administración, que no tiene la función de hacer conocer especialmente a los interesados el contenido de la referencia, sin embargo por deducción necesaria se deduce que se toma una verdadera posición vinculante en torno a algunos intereses ajenos, como por ejemplo en los empleos de libre nombramiento y remoción, en relación a este tipo de nombramiento la designación de una nueva persona para que ocupe un respectivo cargo, deja por sentado y se entiende tácitamente la respectiva insubsistencia del anterior funcionario.

1.4 Silencio de la Administración

En la actualidad y con base en el derecho moderno, podemos diferenciar el "Silencio de la administración" del "Silencio administrativo".

Al hablar de silencio de la administración se le da una connotación de más amplitud en la expresión respecto al término. Hay que tener en cuenta que no toda desidia, inactividad o pasividad en la cual este incurra la administración da lugar al surgimiento y operatividad del silencio administrativo positivo o silencio administrativo Negativo, dado lo anterior es posible que esa inactividad de la administración sea justamente el proceder que indique tal existencia de un acto que se considere implícito.

1.5 Silencio administrativo en sentido amplio

En este sentido, comprende el Silencio de la administración como también el silencio de los particulares o administrados. Verbigracia, la desidia de los particulares, en el trámite procedimental consigue tener efectos de caducidad.

Es la Ley la que asigna determinados efectos, respecto a la inactividad de la administración o del administrado, el cual dicho puede ser positivo o negativo.

1.6 Valor del Silencio Administrativo

Este valor es otorgado por la Ley, siendo la misma que define o expresa cuando el Silencio Administrativo es positivo o negativo.

Es preocupante que siendo la Ley la que denote cuando el Silencio es negativo o positivo, permita que se vulnere el derecho Constitucional de petición al no dar respuesta, además que dicho incumplimiento entra en choque con lo preceptuado

en el artículo 4 de la Constitución Nacional respecto a su supremacía que al tenor reza:

"Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones Constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y la Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

1.7 Silencio Administrativo

Es la abstención de la administración de pronunciarse ante las peticiones de los administrados.

1.8 Silencio Administrativo en Sentido Estricto

Colombia es un Estado Social de Derecho en el que prevalece la dignidad humana, la misma que se salvaguarda cuando se protegen principios y derechos fundamentales Constitucionales como el caso del derecho de petición preceptuado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, bajo esa perspectiva dichas peticiones o solicitudes respetuosas que se le presentan a las autoridades por motivos de interés general o particular no pueden quedar sin respuesta, mucho menos permitir la denegación de Justicia.

Dado lo anterior, no se justifica la desidia de la administración de no resolver las peticiones presentadas por las personas en uso de sus derechos Constitucionales, los mismos que están consagrados en la Constitución Política Colombiana en sus artículos 2, 6, 23, 86, 87, 88, 89, 92, 94 y 124 que al tenor rezan lo siguiente:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

"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."

"Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

"Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

"Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido."

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

"Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la

protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas."

"Artículo 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas."

"Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

"Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

La administración no está facultada para resolver las peticiones en cualquier momento, sino dentro los límites que determinan un tiempo específico, conforme a la normatividad respectiva. Los plazos a cumplir son obligatorios tanto para la administración como para los interesados.

2. Responsabilidad de la Administración por no resolver

Al entrar en vigencia la Constitución Colombiana de 1991 se consagró un Estado Social de derecho en donde prima la dignidad humana, siendo la misma uno de los pilares fundamentales, la administración no debe violar la Constitución, ni la Ley perjudicando a los ciudadanos, según lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política que hace alusión a la responsabilidad patrimonial del Estado y acción de repetición que consagra lo siguiente:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Lo expuesto en el artículo 90 de la Constitución Política Colombiana, tiene concordancia con el artículo 6 de la misma norma al hacer alusión al principio de responsabilidad jurídica de los particulares y los servidores públicos, al artículo 88 Constitucional respecto a las acciones populares y de grupo, además de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-468/92, C-543/92, C-58/93, T-291/93, C-004/96, C-037/96, C-333/96, C-358/96, C-274/98, C-284/02, C-372/02, C-455/02 y C-043/04.

Respecto a lo anteriormente expuesto, la administración está en el deber de responder por tratarse en proferir respuesta, también por los perjuicios ocasionados al administrado, se incumple una obligación legal de resolver, el cual deteriora el buen servicio que está obligado a prestar la administración.

Por la no prestación del servicio se le endilga a la administración la responsabilidad directa y objetiva, la cual puede repetir contra el o los funcionarios o autoridad negligente, toda vez que la demora o inactividad sean causadas por el funcionario.

Respecto a esa responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas y su repetición a funcionarios incurso en conducta dolosa o gravemente culposa causadas por la acción o la omisión, es procedente la concordancia de los artículos Constitucionales que al tenor hacen alusión al tema, el cual son: 2, 6, 80, 83, 88, 91, 123 y 124. Se procede a transcribir el

precepto de los artículos 80, 83, 91 y 123, por cuanto los demás artículos, fueron transcritos en el capítulo anterior para hacer referencia a que la administración no está justificada para no resolver las peticiones presentada por los ciudadanos, dichos artículos rezan:

"Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución."

"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

"Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden."

"Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

Los funcionarios públicos por la omisión de resolver peticiones, recursos y todo lo que sea de su competencia se le endilgan responsabilidades, toda vez que están obligados a cumplir los deberes impuestos por la Constitución Política Colombiana, la ley o el reglamento, por tal razón el incumplimiento de expresados deberes les conduce a sanciones de tipo disciplinaria, penal, fiscal y administrativa; en ese orden de ideas se desarrollaran las sanciones antes en la cual está incurso el funcionario público por su omisión de resolver peticiones e incumplimiento de los preceptos Constitucionales, legales o reglamentarios, detallados así:

3. Responsabilidades Disciplinarias (Ley 734 de 2002 Código Disciplinario único).

Es de suma importancia saber quiénes son sujetos disciplinables, que al tenor de la Ley 734 de 2002 en su artículo 25 preceptúa lo siguiente:

“Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”.

Con respecto al artículo 53 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44, Ley 1474 de 2011, hace alusión a los sujetos disciplinables y a su participación, que al tenor preceptúa:

“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

3.1 Deberes de todo servidor Público

Respecto a los deberes de todo servidor público nos referiremos a los numerales que hacen alusión a dichos deberes, pero a la postre se presenta dicha omisión por resolver por parte de servidores públicos, los deberes están consagrados en el artículo 34 de la ley 734 de 2002 y sus numerales son:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y

municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho.

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta.

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

25. Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio.

32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el

efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

34. Recibir, tramitar y resolver las quejas y denuncias que presenten los ciudadanos en ejercicio de la vigilancia de la función administrativa del Estado.

35. Ofrecer garantías a los servidores públicos o a los particulares que denuncien acciones u omisiones antijurídicas de los superiores, subalternos o particulares que administren recursos públicos o ejerzan funciones públicas.

3.2 Prohibiciones del servidor público

En relación al tema que se ha venido tratando, el artículo 35 de la codificación citada, nos referiremos a los numerales que tiene que ver con la omisión de resolver y que detallan prohibiciones:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios.

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento.

11. Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o admitidas en diligencia de conciliación.

24. Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución.

35. Las demás prohibiciones consagradas en la ley.

3.3 Sanciones al servidor público

Estas sanciones están consagradas en el artículo 44 de la ley 734 de 2002 y son:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

4. Multa, para las faltas leves dolosas.

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Definición de las sanciones.

Estas están contenidas en el artículo 45 de la codificación antes citada y son:

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
 - c) La terminación del contrato de trabajo, y
 - d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.
2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.
3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.
4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva. Posteriormente de haber hecho alusión de los destinatarios de la ley disciplinaria, sus deberes, prohibiciones y sanciones respecto a la responsabilidad por la omisión de responder, es de vital importancia referirnos a las faltas disciplinarias en particular, empezando por:

3.4 Faltas gravísimas.

Respecto a las faltas gravísimas que preceptúa el artículo 44 de la ley 734 de 2002 nos referiremos especialmente a las que hagan alusión a los deberes por imposición Constitucional, legal o reglamentaria, según numerales del artículo en referencia:

4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.

35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.

38. Omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias de su cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales

49. Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta.

54. No resolver la consulta sobre la suspensión provisional en los términos de ley.

3.5 Faltas graves y leves.

Respecto a estas faltas por las razones antes expuestas, respecto a la omisión de deberes de los funcionarios públicos es de aplicación lo preceptuado en el artículo 50 de la ley 734 de 2002 que reza lo siguiente:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este Código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima”.

3.6 Responsabilidades penales (ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano).

Es importante saber, quienes son servidores públicos para el derecho penal y la responsabilidad de dichos funcionarios por la omisión de resolver y actuar frente a los deberes impuestos por la Constitución Política de Colombia, la ley o el reglamento, con base en lo anteriormente expuesto es importante empezar refiriéndonos a los servidores públicos según lo preceptuado el en artículo 20 de la mencionada codificación, que al tenor reza lo siguiente:

“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

En el ámbito penal hacemos referencia especial a la omisión del servidor público respecto al prevaricato por omisión, según precepto legal contenido 414 de la ley 599 de 2000 modificado por el artículo 33, Ley 1474 de 2011, que al tener establece lo siguiente:

“El servidor público que omita, retarde, rehusé o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

El artículo 33 de la ley de la ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 414 de la ley 599 de 2000 hace referencia a las circunstancias de agravación y dice:

“Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado”.

3.7 Responsabilidades Administrativas y fiscales (Ley 1437 de 2011)

Con respecto a estas responsabilidades administrativas y fiscales de la administración pública como del servidor público por incumplimiento en sus deberes al omitir resolver los deberes impuestos Por la Constitución Colombiana, la ley o reglamentos, podemos hacer alusión al incumplimiento de la inactividad de la administración al no dar respuesta al derecho de petición consagrado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, además del incumplimiento de los artículos 13, 14 y 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011), genera responsabilidad en la administración pública y el administrado en los términos del artículo 90 de la Constitución Colombiana, al cual ya nos hemos referido en este trabajo, además los anteriores incumplimiento por tales omisiones redundan en acción de repetición por parte de la administración pública al administrado, que en algunos casos se presume que omitió dar respuesta a un derecho de petición u otra actuación administrativa por cuanto pudo estar beneficiado con dicha omisión, sin importar la consagración del silencio administrativo, bien pudo ser positivo o negativo, el cual pueda desencadenar en una dicha acción de repetición según lo preceptuado en el artículo 142 de la la 1437 de 2011 que reza lo siguiente:

“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”.

Dado lo anterior, se presume no tener sentido ni asidero el hecho que la administración por intermedio de sus funcionarios públicos incumplan sus deberes impuestos en la Constitución, la ley y los reglamentos antes referidos y que ello traiga consigo la consagración del silencio administrativo negativo como regla general en perjuicio de los ciudadanos.

Cuando la administración no ejerce efectivamente sus funciones frente al ciudadano que le interpone un derecho de petición, al funcionario le es endilgable responsabilidad disciplinaria penales, civiles y fiscales por incumplimiento de sus deberes, también para la administración se responsabiliza patrimonialmente.

4. Efectos del Silencio Administrativo Negativo

Estos efectos en especial los del silencio Administrativo negativo el cual es equiparado por la Ley a decisiones que presuntamente garantizan los derechos de los administrados, es perjudicial para el mismo toda vez que el silencio negativo en función de sus efectos constituye la regla general, en este caso la Ley premia la omisión de la administración que no resuelve en determinado plazo la petición instaurada por el administrado y aún consciente de su inactividad le da efectos desestimatorio.

En el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 actual CPACA se hace alusión a decisión negativa, desconociendo que no puede haber notificación de decisión que resuelva la petición presentada por el administrado, toda vez que la desidia e inactividad de la administración al no contestar dicha petición, ese silencio no da derecho a tal interpretación, por tal motivo se está de acuerdo con lo proferido por la Corte Constitucional Colombiana en tan importante Sentencia T-630 del 8 de agosto del año 2002, actuando como Magistrado Ponente el Doctor MARCO GERARDO MONRROY CABRA, al hacer alusión que "el silencio administrativo negativo no es una forma de responder al derecho de petición (...), esta figura jurídica no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición. Por esta razón, la prueba fundamental e incontrovertible de que se ha violado el derecho es el silencio administrativo negativo".

El Consejo de Estado en la sentencia T-630/02 estudio los alcances de la regulación del silencio administrativo negativo e indico lo consiguiente.

"Cabe destacar también que el vencimiento del término legalmente establecido para la decisión de los recursos interpuestos en vía gubernativa, no exime a la autoridad administrativa de la obligación constitucional y legal de resolver dicho(s) recurso(s), mientras el particular no haya acudido ante la Jurisdicción Contencioso

Administrativa, se haya admitido la respectiva demanda y se haya notificado el auto admisorio a la Administración.

Es por ello que acerca de la modalidad de silencio administrativo negativo procesal o adjetivo, resultan igualmente predicables las anotaciones que se dejaron consignadas en relación con el silencio administrativo negativo sustancial o inicial, para efectos de señalar que el mismo opera por ministerio de la Ley pero no de manera automática sino a voluntad del recurrente, puesto que él siempre conservará la opción de continuar esperando a que la Administración resuelva, algún día, el o los recursos interpuestos en sede administrativa contra el acto administrativo previo, puesto que la autoridad administrativa continuará en el deber de desatar dicho(s) recurso(s) y, en caso de hacerlo, como ya se ha indicado, la expedición del acto administrativo expreso con el cual así lo haga excluirá, de plano, la configuración de cualquier acto administrativo ficto o presunto; así mismo, el recurrente también podrá una vez vencido el término aludido de dos (2) meses, ocurrir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar".

Con todo lo expuesto anteriormente acerca de la Ley 1437 se puede plantear el poco interés del legislador y de todos y cada una de las instituciones y personas que de una u otra forma participaron en la expedición del nuevo "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", al darle tratamiento al Silencio Administrativo Negativo como regla general vulnerando flagrantemente derechos y principios constitucionales y su repercusión perjudicial en los administrados, toda vez que los comentarios que a continuación hacen los expositores serán criticados, de acuerdo al no cambio de lo contemplado en el anterior Decreto Extraordinario 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo, en la cual se configuraba el Silencio Administrativo Negativo en su Artículo 40 como regla general y no como regla excepcional, en perjuicio de los

administrados y violatorio de Derechos y Principios Constitucionales, a los cuales están referidos en esta Tesis.

“Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Según el magistrado Zambrano: “La expedición del nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, se inscribe dentro del proceso de transformación inducido en el ordenamiento jurídico colombiano por la Constitución de 1991; evidencia que en realidad traduce la mutación de un buen número de categorías tradicionales de nuestro derecho administrativo, que ya se venía produciendo tanto a nivel legal como jurisprudencial antes de su expedición, pero que encontró en ella un elemento catalizador de innegable trascendencia, que obligaba a “repensar”, no solamente la jurisdicción, sino el conjunto de la acción del Estado y en particular de la administración.

En este sentido se busca que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos. Para el efecto se introducen principios y herramientas que permitan a la administración asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales dentro del respeto de los derechos de las personas, sin que éstas se vean obligadas necesariamente a acudir a la protección de los jueces, frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Ello porque la administración debe ser la primera protectora de esos derechos y debe tener la voluntad de actuar siempre tomándolos en cuenta, así como el deseo y la capacidad de corregir los errores en que incurra. Ello sin perjuicio del derecho que tendrán en todo caso los interesados de acudir al juez, si excepcionalmente la administración no obra conforme a esta finalidad.

La tarea de la Comisión de reforma en la que he tenido el honor y el privilegio de participar necesariamente debía tener en cuenta el nuevo contexto constitucional y dentro de él ese entendimiento particular del procedimiento administrativo.

Este texto intenta sintetizar algunos de los elementos más relevantes del marco constitucional que sirvió de base al trabajo de la Comisión, al tiempo que pretende identificar los principales objetivos señalados para la reforma de la parte primera del Código, que regula el procedimiento administrativo y su consagración en el articulado de la nueva ley, que entrará a regir el 2 de julio de 2012 (Zambrano, cetina William. Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado. Miembro de la comisión de reforma)”.

Con base en lo expuesto por el doctor Zambrano se explica lo siguiente: la Comisión de Reforma presento tres (3) tesis:

- Que el Silencio Administrativo debía quedar como estaba regulado en el decreto 01 de 1984
- El Silencio Administrativo Positivo se debía establecer como regla general, teniendo en cuenta que la falta de decisión, por la administración se tomara como una resolución favorable al particular.
- Se debía estructurar una pérdida de competencia, para que el Juez decidiera el fondo del asunto.

De las anteriores tesis, el comité opto por mantener lo regulado por el derogado Decreto 01 de 1984, en vez de optar por el Silencio Administrativo positivo como regla general y el Silencio Administrativo negativo como regla excepcional, los cuales están contemplados en el libro primero de la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 83 (Silencio Negativo) y 84 (Silencio Positivo), para evitar la injusticia y arbitrariedad, toda vez que el administrado le asiste el derecho constitucional fundamental, preceptuado en el artículo 23 ibídem, de responderle de fondo y en

los términos establecidos el Derecho de Petición y el derecho a la no violación del debido proceso y defensa.

“Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente la tutela judicial efectiva la doctora Correa aduce: “La determinación del objetivo de la modificación a la segunda parte del actual Código Contencioso Administrativo., conduce indefectiblemente a la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derecho con rango de constitucional fundamental conforme lo han reconocido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, entendido de una parte como el derecho de toda persona a acudir a la Administración de Justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en este ámbito.

La finalidad principal de la reforma, según quedó establecido en su exposición de motivos, fue lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos que la más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la claridad del buen derecho del reclamante o la reiteración de las tesis jurisprudenciales.

El reconocimiento de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un garante de los presupuestos del imperio de la ley: división de poderes, principio de legalidad y rol de la juridicidad de la actividad de la administración (Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 113, 121, 122 y 230 CP), todos los cuales informan al Estado Social de Derecho, justifica y es la razón de ser de la jurisdicción, la cual acusa un

carácter pretoriano en amplios campos de su jurisprudencia lo que supone que es un pilar básico en la aplicación del principio de legalidad, dado que privilegia su vigencia y orienta su aplicación en las decisiones judiciales (230 CP), en procura de la efectividad de los derechos y garantías de los asociados.³⁸

Se critica la finalidad principal de la reforma, establecido en la exposición de motivos, al hacer alusión que la misma fue lograr la Tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocido por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos, toda vez que la abstención de la administración al no dar respuesta a los Derechos de Petición instaurados por los administrados, redunde en perjudicarlos cuando se configura el Silencio Administrativo Negativo, propiciado por el incumplimiento del deber constitucional y legal que tiene la administración de responder de fondo y en forma motivada las peticiones instauradas por los administrados.

De igual manera frente al derecho de petición el doctor Arboleda Perdomo plantea: Según el artículo 4° del código, las actuaciones administrativas se pueden iniciar por el ejercicio del derecho de petición bien en interés general o particular. El capítulo primero del Título segundo del Código, regula la forma como se ha de ejercer este derecho por las personas, el artículo 13 define el derecho de petición en el segundo párrafo como toda actuación que inicie cualquier persona ante alguna autoridad para obtener pronta resolución, descripción de la que se resaltan estos elementos:

El primero, se encuentra en la expresión toda actuación con la que inicia la Frase, la cual significa que siempre que una persona se dirija una autoridad lo hace en ejercicio del derecho de petición, buscando con ello acabar la practica corriente de la administración según la cual si en el escrito del particular se incluía la expresión

³⁸ Ruth Stella Correa Palacio. Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Miembro de la Comisión de Reforma.

derecho de petición se tramitaba como tal y se cumplían los términos del código contencioso administrativo, pero si no usaba esta expresión, la comunicación correspondiente era respondida sin ningún procedimiento. La palabra actuación en este caso no debe ser entendida como actuación administrativa sino como cualquier tipo de acción que se adelanta ante una autoridad, de una manera que toda solicitud de prestación de un servicio a cargo de la administración se hace en ejercicio del derecho de petición y por lo mismo goza de las protecciones legales y judiciales de este derecho fundamental, debe entenderse que la definición legal cubre incluso lo que se podría llamar como una petición tácita, la cual se produce con el solo hecho de pedir un turno o hacer una fila en una oficina pública para ser atendidos, situación regulada por el artículo 7 del código, es claro entonces que los servidores que atienden al público no pueden rechazar las peticiones verbales que se le formulen so pretexto de no cumplir con los requisitos del artículo 16, tema al que volveremos a comentar esa norma.

El segundo es el titular del derecho de petición, que según la constitución política y la ley es cualquier persona, pues hace parte de los derechos fundamentales cuyos titulares son en principio las personas, sin considerar si son o no nacionales, si están domiciliadas en nuestro país, o si son solo las naturales o también la jurídicas.

El tercer elemento lo constituyen los obligados a recibir y tramitar las peticiones que son las autoridades, entendiéndose por tal las definidas en el artículo 2. Las autoridades son el sujeto pasivo de la norma y del derecho fundamental que se analiza.

El cuarto consiste en el contenido y objeto de la obligación el cual a su turno tiene tres elementos, el recibo de la petición, su trámite y la respuesta, temas que se irán analizando en el curso de los comentarios al código. Sobre este particular, es necesario aclarar que las autoridades cumplen con su obligación cuando dan

respuesta al peticionario, pero no necesariamente esa respuesta debe ser positiva, pues puede darse el caso que quien solicite algo no tenga derecho a lo pedido, y por lo mismo sea necesario negar la petición”³⁹

Se critica lo anteriormente expuesto, toda vez que siendo Colombia un Estado Social y Democrático de Derecho, se vulneren derechos fundamentales constitucionales, como es el caso del derecho de petición, con la cual la administración al abstenerse de dar respuesta teniendo el deber y la obligatoriedad de hacerlo no lo hace y se le premia con la figura del Silencio Administrativo Negativo, como bien está establecido en la sentencia C-304 de 1999 y otras sentencias más citadas en esta Tesis.

³⁹ Enrique José Arboleda Perdomo. Magistrado de la sala de Consulta y Servicio Civil Del Consejo de Estado, Miembro de la Comisión de Reforma”.

CONCLUSIONES

La figura del silencio administrativo en el marco del Estado Social de Derecho permite materializar algunos derechos fundamentales como el de petición y debido proceso cuando se configura el silencio positivo, o el de acceso a la administración de justicia y los principios de celeridad y eficacia, en el caso del silencio negativo, ante una vulneración de derechos fundamentales por la administración, en donde es competencia del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, señalar los eventos o casos frente a los cuales opera uno y otro. Se considera una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo.

La configuración del silencio administrativo negativo tiene por objeto darle al peticionario la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del contencioso administrativo para demandar el acto presunto. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad y menos aún que la propia administración se ampare en su silencio no solo para no dar en definitiva respuesta sino para considerar que el acto está en firme y proceder a ejecutarlo, porque sería una burla a los derechos de petición y debido proceso consagrados en los artículos 23 y 29 de la Constitución Política.

Cuando la administración no resuelve los recursos de la vía gubernativa o de los recursos presentados oportunamente quebranta el derecho fundamental de petición, en tanto y cuanto que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no satisface dicha garantía fundamental.

Si bien el silencio administrativo negativo constituye una garantía para el administrado, al permitirle dar por agotada la vía gubernativa y acudir directamente a la administración de justicia, esa figura no puede asimilarse a la respuesta a la que la Administración está obligada conforme a lo dispuesto en el artículo 23 Superior.

La finalidad del silencio administrativo negativo en sede administrativa, es asegurar la celeridad y eficacia de las actuaciones administrativas, sancionando a la Administración por su inactividad, al vulnerar el derecho de petición de la accionante.

El silencio administrativo negativo como estaba consagrado en el artículo 40 del derogado Decreto 01 de 1984 y en la actualidad en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 que empezó a regir el 02 de julio de 2012, debería estar más acorde con el Estado Social de Derecho el cual rige en la actualidad al Estado colombiano, dado que no se ven protegido el interés general ni la dignidad humana, por tal razón, al tomar la decisión que el silencio negativo sea la regla General y el silencio positivo sea la regla excepcional, se vulneran principios constitucionales, como el Estado Social de Derecho, los fines del Estado y la supremacía de la Constitución Política.

En Colombia no existe un fundamento realmente objetivo ni tampoco que esté enmarcado en lo razonable, por el cual se sustente la verdadera aceptación y que obedezca al ámbito Legal que confiere el respectivo silencio Administrativo negativo para que la Administración Pública adopte, como posición, guardar silencio en relación con las peticiones realizadas o incoada por parte de los ciudadanos o administrados y, en ese orden de ideas, le otorgue calidad de obligatoriedad al respectivo órgano jurisdiccional para decidir de fondo, teniendo en cuenta que quien había de decidir, en el respectivo momento, debió ser la administración y, en dicho caso, se exonere a la administración de su deber de

respuesta, causándole traumatismo a los ciudadanos. No es admisible que el silencio administrativo vulnere el principio constitucional fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de del Estatuto Superior, el mismo que debe regir en la respectiva actuación administrativa.

Con respecto al derecho comparado al cual se hace alusión a los países Latinoamericanos, queda demostrado que es conveniente que se configure el Silencio Administrativo Positivo como regla general, para evitar injusticia y vulneración de Principios y Derechos constitucionales a los administrados, toda vez, que en la actualidad en Colombia se vulnera de plano el Derecho de Petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Magna.

Los principios que vulnera el silencio administrativo son:

- Principio de la dignidad humana (Art. 1 Constitución Política de Colombia). Al ser Colombia un Estado Social de Derecho debe primar esa forma de organización política, que tiene como objetivos especiales combatir las carencias económicas o sociales y en especial esas desventajas de diversos sectores, personas o grupo de la población, prestándoles protección y asistencia.. **Si** la dignidad humana hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, ya que puede mejorar su forma de vida mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su voluntad, no hay razones para que el silencio administrativo negativo sea la regla general y violatorio de derechos de los administrados.

Como ya se dijo, los miembros de la comisión redactora de la Ley 1437 de 2011, en especial los magistrado del Consejo de Estado, estuvieron de acuerdo que se cambiara dicha figura por considerar que no era adecuado el tratamiento con el cual estaba concebida en el Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, pero el Gobierno se opuso a dicho cambio; se hace alusión a ello por cuanto

lo han manifestado algunos magistrados del Consejo de Estado en conferencias en las cuales se han exteriorizado respecto de la nueva ley. En nuestra Constitución Política Colombiana el artículo 2o preceptúa lo siguiente:

- De los fines del Estado (Artículo 2o de la Constitución Política de Colombia). Si el Estado está instituido para defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos no hay razones para que estos fines se vulneren, con preceptos como el del artículo 83 del CPACA, que ordena el silencio administrativo negativo como regla general y no excepcional.
- Soberanía popular (Artículo 3o Constitución Política de Colombia). Teniendo en cuenta que la titularidad de la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, los elegidos para atender las funciones del Estado por supuesto deben cumplir sus instrucciones en la relación de los asuntos públicos y por lo tanto podrán revocar el mandato de los elegidos, lo anterior faculta al constituyente primario a quienes deben tomar decisiones trascendentales o a quienes se oponen y revocarle el mandato.

En el caso que nos ocupa que es la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general se presume que es el ejecutivo que no permitió que la comisión de reforma del CCA y el nacimiento del nuevo CPACA, se cambiara la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla excepcional debido a que se pudiesen instaurar demandas millonarias en contra del Estado, además estamos en mora de debatir este tema en función de una democracia participativa, deliberativa, en donde se someta la consagración del Silencio Administrativo Negativo como regla general a referendo. El artículo 4o consagra lo siguiente:

- Principio de la supremacía de la Constitución y obligación política de obedecerla. Este principio consagra la “Supremacía Constitucional” según lo preceptuado en el artículo 4 de la Carta Política, siendo fundamento de validez

de las demás normas (Leyes y actos administrativos), por tal motivo se debió analizar tanto el Decreto 01 de 1984 como la Ley 1437 de 2011, en sus artículos 40 y 83 respectivamente, y darle un tratamiento diferente al silencio administrativo negativo; en vez de ser regla general, debió ser regla excepcional, toda vez que la Constitución de 1991, establece un Estado Social de derecho, en el cual prevalecen la dignidad humana, el interés general, la sociedad y la participación democrática.

Si las consagración del Silencio Administrativo Negativo está establecida por preceptos legales, no parece procedente que sus efectos produzcan consecuencias contrarias a la propia Constitución inicial o posteriormente, como es el caso que la administración se abstenga de resolver las peticiones de los administrados y se premia su desidia en el Silencio Administrativo Negativo.

Por lo anteriormente expuesto, el Silencio Administrativo Negativo debe cambiarse a regla excepcional por cuanto la Constitución Nacional Colombiana es fundamento de validez de las demás normas. El artículo 4o de la Constitución Política Colombiana preceptúa lo siguiente:

- Responsabilidad de la Administración de responder las peticiones instauradas por los ciudadanos en el tiempo establecido jurídica de los particulares y los servidores públicos (Artículo 6o Constitución Política). Si bien es cierto, el Silencio Administrativo Negativo se configura por la abstención por la ley, esa desidia, abstención esta en cabeza de un servidor público, por lo tanto dicha omisión debe ser castigada con los preceptos Constitucionales establecidos en los artículos 124 y 90 referente a la repetición.
- Los derechos Fundamentales vulnerados con el Silencio Administrativo Negativo como regla general son:

Derecho de Petición artículo 23 de la Constitución Política. El Silencio administrativo positivo no es decisión, por cuanto es la ley la que le da y lo hace con el fin de evitar que los derechos de los ciudadanos y administrados no sean burlados, o prevenir injusticia por parte de la administración que omita decidir un derecho de petición que se le instaure, lo anteriormente expuesto lo ha reiterado la doctrina moderna del derecho administrativo, de igual manera es la misma ley la que da valor de silencio administrativo negativo a la actitud silente de la administración al no responder derechos de petición instaurados por el administrado, por ello con toda razón el doctor Gustavo Penagos, en su libro El Silencio Administrativo valor jurídico de sus efectos, segunda edición a que “La Corte Constitucional, con toda razón, considera que la vulneración del derecho a obtener copias es manifestación contraria al derecho fundamental de petición consagrado en la Constitución, y debe ser tutelado conforme la explica la Corte en la Sentencia T-464 del 16 de Julio de 1992.

- Debido Proceso artículo 29 de la Constitución Política.

Si bien la Constitución Política de Colombia preceptúa que el debido proceso es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, a efecto de asegurar durante dicho proceso una pronta y cumplida justicia queda demostrado, que con la omisión de la administración al no responder derechos de peticiones que se alleguen a la administración se presume vulnerado a al administrado el debido proceso. El debido proceso al configurar su omisión de respuesta a las peticiones como silencio administrativo negativo.

- Acción de Tutela. Artículo 86 de la Constitución Política. Es considerado un medio eficaz que se instaura cuando se vulnera derechos constitucionales fundamentales como en el caso del derecho de petición, que es la piedra angular de la aptitud silente de la administración que da paso a que la ley configure tal omisión de respuesta como silencio administrativo negativo y la tutela entra a

proteger tal derecho como en el anterior caso alusivo a la sentencia T-464, de 1992 que se protege derecho fundamental de acceso a documentos públicos.

RECOMENDACIONES

Se debe cambiar el tenor literal de la Ley frente a lo que se considera el Silencio Administrativo Negativo como regla general, para que no sirva de excusa a la administración para responder a las peticiones y requerimiento del administrado y de igual manera no se constituya en situación de vulneración de principios y derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Cita de Sentencias:

República de Colombia. Consejo de Estado (1989), Auto de 15 de mayo de 1989.

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (2009). Sentencia 4189-056 de abril 30 de 2009.

República de Colombia. Consejo de Estado. (2011). Sentencia 2003-01277 de 23 de febrero de 2011.

República de Colombia. Consejo de Estado. (2013). Sentencia 2007-00073 de 08 de octubre de 2013.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Primera. (1992). Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

República de Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia T-242 de 23 de junio de 1993.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Séptima de revisión (1995) Sentencia T-417 de 1995. Colombia M.P. Alejandro Martínez. Colombia. Expediente Número 71801.

República de Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-304 de 05 de mayo de 1999.

República de Colombia. Corte Constitucional (2002). Sentencia T-630 de 08 de agosto de 2002.

República de Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-929 de 10 de octubre de 2003

República de Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-259 de 17 de marzo de 2004.

República de Colombia. Consejo de Estado. (2013). Sentencia 2003-02301 de 07 de marzo de 2013

República de Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia SU-254 de 25 de abril de 2013.

Cita de Libros:

Alina del Carmen Nettel Barrera. *Obligación de resolver Silencio Administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad. Una perspectiva de comparación entre el derecho español y mexicano.* Barcelona: Atelier. 2012. 368 p.

Carlos Uribe. *Preparación para el concurso de carrera Administrativa Administrativa fundación y talleres.* Medellín. Pacsis. Compuciencias, 2006.

Colección de Códigos Básicos. (2007). *Código de Procedimiento Civil.* Bogotá. Temis.

Diego Eduardo López Medina. *El Derecho de los Jueces.* (Segunda edición). Bogotá D.C. Legis, 2013.

Diego Moreno. *Curso de Derecho Administrativo.* Bogotá. Temis, 2007.

Enrique José Arboleda Perdomo. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437. Medellín: Legis. 2011. 428 p.

Fabio César Amorcho Martínez y Jorge Enrique Bolívar Ríos. *U. S. Bolívar*, Ed. *Revista Justicia*, 13, Junio de 2008. p. 47-56.

Fernando Gómez. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá. Leyer, 2006.

Francisco González Navarro. *El derecho Administrativo: ficción, trampa y caos*. España: Madrid, 2000; 166 p.

Gustavo Penagos. *El Silencio administrativo. Valor Jurídico de sus efectos*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones doctrinas y Ley Ltda. 219 p.

Hernán Valencia. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín, Colombia. Comlibros, 2007.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Jaime Sierra García. *Diccionario Jurídico ajustado a la legislación Colombiana*. 2ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1999. p.237

Javier Tamayo Jaramillo y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *El Precedente Judicial en Colombia, Papel y Valor Asignados a la Jurisprudencia*. Bogotá. Editorial Ibañez. 2013, 336 p.

José Luis Benavides. *Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2013. 627 p.

Juan Ángel Palacio Hincapié. *Derecho Procesal Administrativo* 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013. 978 p.

Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. 7 ed. Buenos Aires: Perrot, 2002. p. 268

Juan Carlos Garzón Martínez. *La Crisis del Silencio Administrativo Negativo. Hacia una nueva razonabilidad legislativa y judicial*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda. 2008, p. 43

Libardo Rodríguez Rodríguez. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. 18 ed. Bogotá: Temis S.A. 2013. 746 P.

Lina María Higuera Rivera. *Guía práctica de la administración pública. preparación para procesos de meritocracia y concursos*. Medellín: Librería Jurídica Díké. 2006. 292 p

Luciano Parejo Alfonso. *Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch 2007, p. 428

Manuel Fernando Quinche Ramírez. *El Precedente Judicial y Sus Reglas*. Bogotá: Legis: 2014. 123 P.

Ruth Stella Correa Palacio. Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Miembro de la Comisión de Reforma.

Vladimiro Naranjo M. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá. Temis, 2010.

Revistas

Revista jurisprudencia y doctrina No. 261 septiembre de 1993, p. 932

Revista jurisprudencia y doctrina No. 331 de julio de 1999, p. 1317.

Revista Tutela No. 50 de febrero de 2004, p. 320.

Revista jurisprudencia y doctrina No. 473 de mayo de 2011, p. 737

Revista Tutela No. 169 de enero de 2014, p. 125