

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

**JOHANA CAÑÓN PÁEZ**  
**OSCAR VERA CUBILLOS**  
**WESLLY SAAVEDRA PARRA**

**PROYECTO DE GRADO MONOGRAFÍA**

**Asesor Metodológico:**  
**MISAEEL TIRADO ACERO**  
**Sociólogo Jurídico**

**Asesor Temático:**  
**JOSE IGNACIO GONZÁLEZ**  
**Abogado, Magister en Derecho Público**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**  
**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**  
**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**  
**BOGOTÁ – 2014**



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

**JOHANA CAÑÓN PÁEZ  
OSCAR VERA CUBILLOS  
WESLLY SAAVEDRA PARRA**

**PROYECTO DE GRADO MONOGRAFÍA**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ – 2014**

## **Agradecimientos**

*Agradecemos el apoyo prestado por el cuerpo docente con la coordinación y dirección de la oficina de proyecto de investigación de la Facultad de Posgrados y Formación Continuada de la Universidad La Gran Colombia sede ciudad Bogotá, año 2014.*

*A nuestro núcleo familiar por el apoyo incondicional a este proyecto.*

***Dedicatoria***

*A nuestras familias siendo el motivo de nuestros esfuerzos.*

Bogotá D.C.

Señores

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

Facultad Postgrados y Formación Continuada

Bogotá D.C.

Asunto: Cesión de Derechos.

Respetados señores

Por medio de la presente nos permitimos ceder los derechos patrimoniales de autor, para consulta total o parcial de la Monografía de grado, la consulta o reproducción parcial o total o de la publicación electrónica del texto completo del trabajo, así como del registro en el catálogo OLIB de la Biblioteca de la Universidad La Gran Colombia.

Atentamente,

Martha Johana Cañón Páez

c.c. 1.076.647.671 de Ubaté

Weslly Johan Saavedra Parra

c.c 1.121.709.879 de Inírida

Oscar Mauricio Vera Cubillos

c.c. 80.151.140 de Bogotá

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

#### **CAPÍTULO I. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA**

- 1.1 ¿Qué es el silencio administrativo?.....7
- 1.2 Desarrollo del silencio administrativo en Colombia.....10
- 1.3 El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Principio de Eficacia.....14

#### **CAPÍTULO II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO FRENTE AL DERECHO DE PETICIÓN Y LA ACCIÓN DE TUTELA**

- 2.1 El Silencio Administrativo y el Derecho de Petición.....17
- 2.2 Del Silencio Administrativo Positivo y Negativo.....22
- 2.3 El Silencio Administrativo y la Acción de Tutela.....26
- 2.4 El Silencio Administrativo Positivo en un Estado Social de Derecho.....30
- 2.5 Requisitos de aplicación del Silencio Administrativo.....38

#### **CAPÍTULO III. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

- 3.1 De la Contratación Estatal, generalidades.....44
- 3.2 El silencio Administrativo Positivo en la Contratación Estatal.....47
- 3.3 Medios de acceso a lo contencioso administrativo respecto del silencio administrativo.....52

**CONCLUSIONES**.....58

**BIBLIOGRAFÍA**.....64

# SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

## INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado Social de derecho, dentro del cual se reconocen los derechos colectivos e individuales de cada uno de los sujetos que la componen, garantizando su efectivo cumplimiento, surgiendo una serie de mecanismos que permiten su reclamación.

Es por esta razón que se hace necesario conocer los derechos que se tiene como individuos y la forma como exigirlos, buscando optimizar la aplicación y efectividad de estos, permitiendo plantear el tema de investigación que se desarrolla a continuación.

Motivo por el cual se plantea la siguiente interrogante, a efectos de desarrollar y establecer un punto de partida respecto del tema el cual se va a desarrollar, ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la vulneración del derecho cuando existe silencio administrativo positivo en la Contratación Estatal Colombiana?, teniendo en cuenta que dicha investigación se encuentra inmersa dentro de la siguiente línea:

*“El derecho para la convivencia y la inclusión social”, enfocado a la dinámica que existe entre la relación del derecho y la sociedad, teniendo en cuenta los problemas centrales del derecho, partiendo de los principios constitucionales y su desarrollo en protección de Derechos. Se observa el papel fundamental del Derecho Público y su relación con la administración de justicia*

El Silencio Administrativo, admite observar la necesidad de los sujetos ante un requerimiento del cual no surge respuesta alguna por parte del Estado, determinar si existe la forma de reclamar el derecho que se vulnera cuando no hay respuesta, partiendo de algunos de los conceptos que se han desarrollado en una línea de tiempo, hasta llegar a la normatividad vigente.

Una vez se desarrollen los conceptos, se observará su relación frente a los contratos estatales y la forma como se despliega la normatividad para lograr su cumplimiento, en materia de la contratación estatal.

Así las cosas, es oportuno manifestar que el silencio administrativo nace tras una línea del tiempo, regido por el artículo 7 de la Ley 58 de 28 de diciembre de 1982, que confirió facultades extraordinarias a la comisión asesora que se creó por el artículo 12 de la misma ley, comisión que dio origen al Decreto 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), siendo derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, que contempla el silencio administrativo en los artículos 83 y siguientes.

Es por tal motivo que se contempla el silencio administrativo negativo y el positivo como caso excepcional, en el entendido que el primero nace o se configura ante la ausencia de respuesta por parte de la administración a una petición presentada por el administrado, en un término no mayor a los 3 meses después de su presentación; por otro lado, el silencio positivo a diferencia del primero, se configura en casos excepcionales contemplados por las diferentes normas o jurisprudencias, bien es el caso, en materia tributaria, de contratación estatal entre otros.

Sin embargo, no solo se hace necesaria la observación del silencio administrativo, bien sea positivo o negativo, toda vez que se busca una forma de ejemplificar y desarrollar el tema, motivo por el cual se toma como punto base de explicación el silencio administrativo en la Contratación Estatal, teniendo en cuenta que este es un tema que ha evolucionado vertiginosamente a los largo de los años y de la jurisprudencia, bien es el caso de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, el cual es modificada por la Ley 1150 de 2007, y reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.

Esta regulación ha llevado a la aparición de una serie de figuras jurídicas cuyo único objetivo es optimizar, estructurar y sancionar las conductas, actos y

obligaciones de quienes se ven sujetos a esta relación contractual, por tal razón nacen mecanismos de protección a los Derechos ante la acción u omisión del deber de las partes. Por lo anterior, se busca analizar, estructurar y verificar la idoneidad del silencio administrativo positivo frente al aparato judicial y la administración de justicia, haciendo una observación a los recursos para llegar a su reconocimiento y efectividad de los mismos, teniendo en cuenta los pros y los contras de este mecanismo de reclamación de un derecho.

En el entendido que la configuración del silencio administrativo positivo genera un acto presunto, tal y como lo estableció el artículo 60 del Decreto 1 de 1984 el cual rezaba “...una decisión supuesta por la misma ley y que tiene los efectos de una declaración adoptada por medio de una conducta positiva, (...) 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...”, teniendo en cuenta que este puede conceptualizarse como una decisión supuesta y tiene los efectos de una declaración como si se tratase de una conducta positiva. Tal y como se puede apreciar en la Ley 1437 de 2011 artículo 84 que versa “...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...” que manifiesta que la decisión presunta se tomará como punto de partida a partir del día en que se presentó la petición o el recurso.

Es en este orden que el silencio administrativo positivo configura el acto presunto, puesto que la presunción se configura ante el día en que se presentó la petición o recurso, esto lleva a que se realice el siguiente enfoque de investigación:

*“Se hace una definición de los proyectos que han rastreado las transformaciones materiales, impactos y vacíos producto del sistema político colombiano. Analiza la transformación de los desarrollos jurídicos y políticos, teniendo en cuenta los*

*efectos de la globalización del derecho por vía del bloque de constitucionalidad y los espacios del conflicto y de vacío jurídico que se producen en Colombia.”*

En esa medida, esta investigación se justifica en cuanto a conocer como opera el silencio administrativo, teniendo en cuenta la importancia de la función administrativa y la situación particular que se producen en el proceso de contratación estatal, entre la administración y los administrados ;en este caso el estado como contratante y el contratista que es un particular; en donde se encuentran excepciones especiales que deben estar definidas por el órgano legislador para su reconocimiento ante la administración estatal, esto en norma escrita.

Se busca conocer de qué manera el Estado hace efectivo principios establecidos y garantes del debido proceso, y como fundamento los fines del estado, en donde el bienestar de la comunidad debe prevalecer.

De igual manera, contribuir en solución a conflictos presentados o por presentarse ante inconvenientes o dificultades entre la Administración Pública contratante o contratista y el Particular contratista o contratante.

Teniendo en cuenta que la presente investigación en materia de metodología, puede aportar datos de interés recolectados durante la investigación, por medio de datos y de material de consulta, así como contribuir al análisis para el campo de Administración Publica en Colombia. Para tal fin, se puede hará uso del diseño metodológico, el cual se enmarca en la recopilación de información soportado dentro de la Doctrina, la Jurisprudencia y la normatividad, que permiten hacer un análisis de carácter cualitativo, que llevan a formar una serie de conceptos, atomizados y parcializados como parte fundamental del objeto de estudio, con el fin de soportar el resultado estable, seguro, confiable y congruentes de la investigación.

Esto conlleva a plantear una serie de objetivos que se proyectan al desarrollo y determinación de los diferentes elementos y aspectos de la investigación, bien es

el caso de determinar cuáles son los efectos jurídicos de la vulneración del derecho cuando existe silencio administrativo positivo frente a la existencia de una relación de carácter contractual con el Estado.

Por otro lado se busca describir qué es y cómo opera el silencio administrativo en Colombia, observar cómo se encuentra hoy reglamentado el silencio administrativo en la Ley 1437 de 2011 en concordancia con la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 del año 2007, se busca analizar los mecanismos de acceso a la justicia, vigentes en la normatividad colombiana, cuando se presenta el silencio administrativo positivo, respecto de una relación de carácter contractual con el Estado.

Logrando así, hacer una presentación respecto del silencio administrativo positivo frente a la contratación estatal, para ser presentada ante un auditorio quienes podrán conocer opinar frente al tema, igualmente ser publicado ante una revista especializada en el área jurídica.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes mencionado, el Derecho de Petición, nace al ordenamiento jurídico como un derecho fundamental, contemplado y protegido por la Constitución Política artículo 23 y la Ley 1437 de 2011 artículo 13 y siguientes, existiendo diferentes medios para protegerlo y garantizarlo, sin embargo, respecto una relación de carácter contractual, cuando se presenta el silencio administrativo positivo y pese a recurrir a los diferentes medios para su protección, la administración no reconoce el derecho, estando frente a la violación de un derecho fundamental del contratista, lo cual deja en evidencia la ineffectividad del aparato judicial para garantizar un derecho.

De igual forma, se busca desarrollar la investigación frente al silencio administrativo partiendo inicialmente de la forma como nace y se desarrolla en Colombia y en el ordenamiento jurídico, se continuará desarrollando el tema de investigación frente al derecho de petición en el entendido que este se configura a partir de este, la acción de tutela como medio de reclamación frente a la protección de los derechos y su operancia respecto del silencio administrativo, su

funcionalidad frente a una Estado Social de Derecho y los requisitos de aplicación para hacer efectiva una reclamación; finalmente, se busca desarrollar el tema frente a la contratación estatal a efectos de ejemplificar y observar de una forma más puntual el tema de investigación, partiendo de los concepto generales con relación a la contratación, el momento en que se hace efectiva la reclamación y se hace un estudio de los medios de acceso a la jurisdicción administrativa a fin de establecer la viabilidad garantista de un derecho.

## **CAPÍTULO I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.**

### **1.1. ¿Qué es el Silencio Administrativo?**

El Silencio de la Administración se percibe como un mecanismo de defensa para el administrado protegiéndolo de la abstención de resolver, motivo por el cual no se puede considerar como un acto jurídico, teniendo en cuenta que sus orígenes son del derecho privado y fue trasladado a el derecho público, razón por la cual hasta el siglo pasado algunos autores consideraron que el silencio administrativo era un Acto Administrativo.

Se hace una observación, a los diferentes estudios que se han realizado respecto de su evolución jurídica, jurisprudencial y doctrinaria resaltando la importancia del efecto de este silencio, tal y como se contiene en un Estado Social de derecho, en donde prevalece la pronta respuesta a peticiones de conformidad a la Constitución Política de Colombia de 1991, en sus artículo 23, el debido proceso artículo 29; destaca principios de prontitud, eficacia, moralidad artículo 209 y el principio de la buena fe artículo 83.

La doctrina moderna, sin embargo, hace una corrección indicando que no se produce un acto administrativo pero si considera que el silencio debe producir un efecto, determinando que materialmente es una inactividad y se le da una significación que puede ser positiva o negativa y que puede producir efectos de responsabilidad administrativa contractual o extracontractual.

La expresión de la voluntad de la administración, en algunos eventos o situaciones no es expresa y por ello debe ser fijada mediante una norma, para lo cual dicha decisión sea afirmativa o negativa, su posible expresión a la solicitud de ciudadano alguno y una posible sanción que se plantea a la administración mediante el ordenamiento jurídico como consecuencia a la mora por dar respuesta a una solicitud inicial, radicada para hacer uso del derecho de petición; esto conlleva a una situación en la cual, por medio de la ley, se otorga un valor a esa desestimación de la administración hacia los intereses de los administrados,

motivo por el cual se configura el silencio administrativo con categoría de negativo, y con esto lo que se pretende es la defensa del administrado por la no respuesta, habilitando así para el acto administrativo la impugnación.

En concordancia con la Ley 1437 de 2011, se entiende que la regla general es con tendencia al silencio administrativo negativo, teniendo en cuenta que transcurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una petición, independiente del tipo de solicitud, sin que se reciba notificación que la resuelva, se configuraría el silencio negativo.

También, se produce en el evento en que se interponen recursos contra los actos administrativos que así lo permitan, en cual transcurridos dos meses sin recibir notificación alguna, por cualquiera de los medios que determina la Ley o por el medio más expedito, sin que la autoridad encargada se pronuncie, así mismo, si se plantean excepciones en donde el plazo puede verse interrumpido, y en donde se requiera la práctica de pruebas, el tiempo no debe ser superior a 30 días hábiles, por otro lado, no se puede dejar de lado la falta disciplinaria en la que se vería inmerso el funcionario público por su omisión.

No se puede eximir de responsabilidad a una autoridad administrativa por más que el silencio se configure en grado negativo, pues la autoridad no pierde competencia para la decisión, a menos que el respectivo administrado haya usado recursos contra un acto presunto o en el momento que se acude ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se notifique algún acto admisorio de la demanda, en la actualidad el peticionario cuenta con tres escenarios expresados en el inciso tercero del artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2011)

En relación a la dinámica de la carga de la prueba en el acto ficto; debe incluir la demanda la prueba de los recursos interpuestos y de iniciación de la actuación para poder tener en cuenta la configuración del silencio administrativo negativo según el tiempo estipulado en la norma.

Mal podría decirse que se produce un acto administrativo con el silencio, cuando se evidencia que no hay manifestación de la voluntad del Estado. Debe entonces entenderse como una presunción legal, una ficción legal, de donde podría inferirse que al callar algo dice bastante.

La administración tiene el deber de responder y atender las peticiones de los administrados, siendo fuente y principal protectora del derecho de petición la Constitución Política de Colombia de 1991, en donde la administración no puede resolver en cualquier momento, sino dentro de los términos o límites temporales, así mismo, de conformidad a la leyes establecidas, los plazos son de obligatorio cumplimiento para ambas partes, de la responsabilidad del funcionario o persona que debe dar trámite a la solicitud, de quien se reconoce cuenta con cierto grado de responsabilidad penal al no cumplir con el deber de responder solicitudes, produciendo interrupción al acceso a la justicia o a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Es precisamente lo que se persigue, la protección de derechos de los peticionarios por la omisión de los encargados, lo que permitió que el silencio administrativo se configurara en dos clases, positivo y negativo, por lo que ante la abstención de respuesta se entenderá negada la solicitud del peticionario y el silencio positivo, opera de forma excepcional porque debe ser taxativa en la ley que lo indique, entenderíamos que su objetivo es tener en cuenta principios como el de celeridad y eficiencia.

Por otra parte se debe tener en cuenta el derecho de petición; cuando se solicita petición alguna lo que se busca con este derecho fundamental es una respuesta oportuna dentro del término establecido, al no tenerse se puede hacer efectiva mediante acción de tutela porque lo que se vulnera es el derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, pero en cambio lo que es concerniente a la jurisdicción administrativa es el acto expreso o presunto, es decir, va a el tema de fondo de lo pedido de forma independiente del derecho como lo es el derecho de petición.

## 1.2. Desarrollo del Silencio Administrativo en Colombia.

Es con la Ley 130 del 13 de diciembre de 1913 que nace en Colombia, “*La Jurisdicción Administrativa o el primer Código Administrativo*”, sin embargo no fue este el primero en contemplar el Silencio Administrativo, toda vez que este se hace manifiesto, desde uno de sus inicios con la Ley 58 de 28 de diciembre de 1982, la cual contemplaba en el artículo 4 lo siguiente:

*“...ARTICULO 4. Las actuaciones administrativas se cumplirán dentro de los plazos señalados en las normas que las rigen. **El retardo injustificado permitirá al interesado quejarse ante el respectivo superior y a este imponer sanciones disciplinarias; todo esto sin perjuicio de la responsabilidad que el funcionario pueda corresponder...**”*

Este artículo permite observar una de las primeras manifestaciones del legislador en el desarrollo del silencio administrativo, en donde no solo manifiesta que las funciones administrativas deberán desarrollarse dentro de los plazos estimados para ello, sino que recalca la importancia de ser desarrollada en el plazo estimado para tal fin, haciendo énfasis que la demora en emitir una respuesta acarrea sanciones a quienes no cumplan con su deber, situando la responsabilidad del usuario ante dicha omisión, quien podrá presentar queja ante el superior facultándolo a imponer sanciones a quienes no cumplan el deber legal de emitir una respuesta frente a la petición.

Pese a ser una de las primeras manifestaciones, existen otras materias en las que se puede desarrollar el silencio administrativo, tal es el caso de la Ley 8 del 14 de diciembre de 1970, por medio de la cual se dictan otras disposiciones en materia tributaria, en su artículo 9 al definir un término de reclamación y su interpretación frente al fallo, así:

*“...Si al vencerse dicho término la reclamación pendiente no hubiese sido decidida en forma definitiva, se entenderá fallada a favor del contribuyente. El término a*

*que se refiere este artículo se contará a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación...*”,

Lo que permite al administrado dar por sentada una respuesta ficta de la administración, dando como positiva la reclamación al contribuyente siempre y cuando esta no haya sido decidida de fondo, teniendo como término para este caso, la fecha de presentación de la respectiva reclamación.

Sumado a ello, no solo se hace una referencia a la reclamación, sino se hace una observación al término de reclamación, de conformidad con la Ley 9 del 15 de junio de 1983 en el artículo 75, por medio de la cual se expiden normas fiscales relacionadas con los impuestos de renta complementarios, aduanas, ventas y timbre nacional, se fijan unas tarifas y se dictan otras disposiciones, la cual reza lo siguiente: “...*La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración o a la de la corrección o modificación previstas en el artículo 71 de esta Ley no se notifica la liquidación de revisión...*”, así la norma complementa argumentando “...*Cuando el contribuyente determine a favor en su declaración tributaria, el término anterior se contará a partir de la fecha en la cual se formule la solicitud de devolución o de compensación en debida forma, salvo que se trate de contribuyentes en los que la retención en la fuente por salarios represente un ochenta por ciento (80%) o más del total de retenciones practicadas en el respectivo año gravable...*” establecía el término de aplicación incluyendo un eximente al hacer mención del término *salvo* frente a los contribuyentes a quienes va dirigidas la presente ley.

En materia tributaria, no es la única que la contempla, toda vez que el Decreto 222 del 2 de febrero de 1983, por medio del cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, en su artículo 231 párrafo 1 hace mención a “...*El incumplimiento de los términos señalados en este párrafo se entenderá como silencio administrativo positivo respecto de la solicitud, siempre que se compruebe que se habían cumplido todos los requisitos exigidos en cada una de las etapas del procedimiento...*” frente a los

empréstitos internos de las Entidades descentralizadas, al determinar que el incumplimiento de los términos deberá ser entendido como silencio administrativo positivo, sumado a ello hace mención al condicionante de haber cumplido todos los requisitos exigidos, por lo que se hace una de las primeras observaciones respecto del silencio administrativo positivo, al opera en casos netamente específicos y no como una generalidad, tal es el caso del silencio administrativo positivo.

Sin embargo, durante la transición del Derecho Administrativo, nace dentro del marco jurídico el Decreto 1 del 2 de enero de 1984, por medio del cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, el cual no solo abarca la jurisdicción administrativa, sino que de esta se debe hacer observación de dos aspectos, el primero radica en la regulación que se suscribe frente al Derecho de Petición y segundo el control que hace el legislador respecto del silencio administrativo, por lo que en el artículo 40 modificado por la el Decreto 2304 del 7 de octubre de 1989 manifiesta lo siguiente:

*“...Artículo 40. SILENCIO ADMINISTRATIVO. **Transcurrido el plazo de dos (2) meses, contado desde la fecha de 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 **implica pérdida de la competencia para resolver la petición.***

*Contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo, no procederá ningún recurso por la vía gubernativa.*

***Pero se deberá investigar la posible falta disciplinaria del funcionario u órgano que omitió resolver...*** (Negrilla fuera de texto)

En este artículo se observan una serie de aspectos que son necesarios atenuar, el primero de ellos radica en el término que se le concede a la administración en dar respuesta, el cual concede un plazo estimatorio para emitir una respuesta o

referirse al requerimiento de algún modo; lo segundo a observar se encuentra en la aclaración que hace el legislador al referirse a la pérdida de competencia para resolver, caso contrario a lo que determina el Decreto 1 de 1984, el cual se refiere de la siguiente forma frente a este aspecto:

***“...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...”*** (Negrilla fuera de texto)

Caso en el cual se es clara la observación, al determinar que no se exime la responsabilidad de decir sobre caso en concreto, haciendo la salvedad que el uso de los recursos de la vía gubernativa en contra de dicha petición, son la única condición que los exime.

Como cuarto aspecto, aparece la observación e investigación que se debe hacer a la administración, respecto del funcionario o del órgano que debe resolver la petición, para determinar una posible sanción disciplinaria, que motivan las causas que impiden su deber de dar trámite a la petición, de conformidad a las normas contempladas ante la Jurisdicción Disciplinaria.

Si bien es cierto, el Silencio Administrativo ha tenido cierta trascendencia y evolución a lo largo de la normatividad colombiana, no solo en materia de contratación como se plantea inicialmente, sino que esta ha sido aplicada a los diferentes enfoques de la normatividad, tal es el caso de la legislación tributaria, la contratación estatal, entre otros, lo que nos permite determinar que este es una tema que pese a no tener un concepto muy amplio, cobra vital importancia en el ordenamiento jurídico, toda vez que ha logrado mantenerse a lo largo del tiempo, dando una oportunidad a los administrados frente al reconocimiento de las solicitudes, teniendo en cuenta que esta pese a su desarrollo mantiene su enfoque inicial, el cual se fundamenta garantizar el derecho de petición.

### 1.3. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Principio de Eficacia.

En cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política, el cual establece:

*“...ARTICULO 209. **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. (Negrilla fuera de texto)*

***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...* (Negrilla fuera de texto)

Es claro que las funciones que se le atribuyen al funcionario, orientadas por la Constitución, se desarrollan en torno al servicio del interés general con fundamento de los principios de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, situando su labor al cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual cada Entidad deberá tener un control interno que permita su correcto y cabal cumplimiento de las funciones que le son encomendadas.

Por otro lado, la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo contempla en su artículo 3 numeral 11 *“...En virtud del principio de eficacia, **las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad** y, para el efecto, **removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos** y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en **procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa**...”*(negrilla fuera de texto), dentro del cual se pueden observar ciertos aspectos que son oportunos observar.

El principio de eficacia determina inicialmente, la búsqueda en manos de las autoridades por garantizar el cumplimiento de sus procedimientos, acentuando la importancia de lograrlo, de llegar al fin propio del Estado y la administración; otro aspecto a recalcar, es la manifestación que hace el legislador, al contemplar la necesidad de hacer a un lado los obstáculos que impiden dar vía a estos procedimientos, llevando a que se busque evitar cualquier tipo de acto mal intencionado que impida su cumplimiento, haciendo énfasis en las decisiones inhibitorias, dilaciones y retardos que impiden el sano cumplimiento de las funciones del Estado, permitiendo así que dichas decisiones sean saneadas por parte de la administración, ampliando el término para pronunciarse respecto de los administrados; para finalmente, hacer manifiesta y obligatoria el efectivo cumplimiento del derecho objeto del acto administrativo.

Ahora bien, respecto del funcionario el artículo 123 inciso 2 de la Constitución contempla, “...**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...**” (Negrilla fuera de texto), dejando en claro que la labor de los funcionarios y servidores públicos está orientada al servicio del Estado y de la comunidad, quienes por mandato constitucional se encuentran obligados a acatar las funciones que le son asignadas, motivo por el cual no debe existir ningún tipo de interferencia frente a su efectivo cumplimiento.

Sin embargo, es a través de este mandato Constitucional que se configura el silencio administrativo, pues si bien es cierto la administración debe ceñirse a las obligaciones que se le atribuyen, siendo una de estas, el pronunciarse frente a cualquier tipo de solicitud, motivo por el cual alguno autores se han pronunciado al respecto, por lo que en palabras de Gustavo Penagos (2013), se define como: “...*la falta de respuesta a una petición del administrado; puede tener lugar porque no responda, guarde silencio, responda extemporáneamente o no se notifique la decisión, situaciones que son arbitrarias por cuanto toda persona tiene derecho a obtener respuesta oportuna...*” (p. 5), esta definición deja en claro que el silencio

administrativo se fundamenta inicialmente en el derecho de petición consagrado por la constitución en su artículo 23 y demás normas concordantes.

Así mismo, se reafirma el condicionante, que para la existencia del silencio administrativo, la administración debe incurrir en una serie de faltas, bien sea no responder a la petición, guarde silencio de alguna forma frente a la solicitud sin que se justifique el mismo, responda fuera del término establecido para tal fin o que no se dé a conocer bajo ningún medio la decisión de la administración, para lo cual se entenderá que no hubo respuesta alguna.

Con base en ello y recalcando lo antes mencionado, es con el derecho de petición que nace a la luz del ordenamiento jurídico el silencio administrativo negativo y positivo, teniendo en claro que sin la manifestación del administrado de acudir a la administración haciendo uso del derecho de petición no habría lugar a que este se presentara, teniendo en cuenta que la manifestación en sí misma no es la causa, si no que nace ante la ausencia de una respuesta, bien sea por acción o por omisión, fuera del término estimado para tal fin o por que no se emite una respuesta de fondo por parte de la administración.

## **CAPÍTULO II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO FRENTE AL DERECHO DE PETICIÓN Y LA ACCIÓN DE TUTELA, EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.**

### **2.1 El Silencio Administrativo y el Derecho de Petición.**

Se hace necesario recalcar la importancia del Derecho de Petición respecto del silencio administrativo, pues como se dijo anteriormente, este se configura partiendo de la solicitud que hace el administrado, fundamentado inicialmente en el derecho de petición consagrado por la constitución en su artículo 23 y demás normas concordantes, el cual manifiesta:

*“...ARTICULO 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...**”* (Negrilla fuera de texto)

Por lo que se hace la observación que el derecho de petición es de carácter fundamental, ante el ordenamiento jurídico, donde su vulneración atentaría no solo contra el ordenamiento nacional y la Constitución, sino que se deben tener en cuenta los diferentes tratados internacionales que protegen los derechos fundamentales. Motivo por el cual el legislador busca reglar los diferentes aspectos que de este se contemplan, teniendo en cuenta que se encuentra amparado por la Ley 1437 de 2011, artículo 13 y siguientes, la cual sanciona la abstención u omisión de la administración por responder, así:

*“...Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. **Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.***

***Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.***

*El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado...”*

Si bien es cierto, el Derecho de Petición está consagrado por la Constitución, se deben observar dos aspectos de vital importancia contemplados por la Ley 1437 de 2011; como primer aspecto, se reitera el derecho de toda persona a presentar petición a las autoridades, haciendo aclaración que toda solicitud que se presente ante la administración será entendida como una petición formal sin que sea necesario invocarlo, y segundo, se hace un parámetro, o en otros términos, se plantea la diferencia entre el interés general del particular, en el entendido que el primero recae sobre todos y cada uno de los directamente afectados, mientras el segundo, afecta a una persona en particular en su derecho individual, sin dejar de lado, que uno u otro deberán tener una pronta respuesta.

Sin embargo, lo antes manifestado, no obliga a la administración a dar una respuesta favorable a la pretensión del administrado, la cual puede ir en contra de lo solicitado por el peticionario, por lo que la administración se encuentra obligada a motivar la respuesta, argumentando la razón por la cual no accede a la solicitud, así mismo, se entiende que dicha petición deberá ser resuelta en el término establecido por la Ley, situación que ha sido estudiada por la Corte Constitucional, en la Sentencia T 242 del 23 de junio de 1993, manifestó lo siguiente:

***“...El derecho de petición, reconocido a toda persona como un instrumento idóneo para acudir ante la autoridad en la certeza de***

**obtener pronta resolución sobre solicitudes** respetuosas formuladas en interés general o particular, es garantía de clara estirpe democrática que permite al pueblo, como titular de la soberanía, tener acceso directo a quienes administran los asuntos públicos. A éstos corresponde, por mandato perentorio de la Carta, **el deber correlativo de considerar las peticiones y de resolverlas oportuna y claramente...**” (Negrilla fuera de texto)

La Corte reitera el mandato constitucional, al catalogarlo como el medio idóneo para acudir ante la autoridad, dejando en claro la certeza de obtener pronta resolución sobre la solicitud, recalcando la importancia del deber de considerar las peticiones y de resolverlas oportuna y claramente, independiente de la dirección a la que sea dirigida dicha respuesta, bien sea concediendo o no lo solicitado, siempre y cuando sea resuelta de fondo, en concordancia con la sentencia antes citada:

**“...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 peticionario, 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...”** (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, el derecho de petición no implica conceder una respuesta positiva a lo solicitado, sino permite a la administración emitir una respuesta que resuelva de

fondo la pretensión, aunque esta no sea afirmativa, pues no se obliga a la administración a reconocer un derecho inexistente o lo imposible, teniendo en cuenta que pese a tratarse de un derecho fundamental, este no puede violar o dejar las garantías y derechos de los demás, en el entendido que pueda estar afectando un interés general. Sumado a ello, la Corte ha dicho, que la respuesta inoportuna es de por sí una vulneración a un derecho, la cual podrá ser entendida como una omisión en pronunciarse por parte de la administración, teniendo en cuenta que como tal acarrea una sanción disciplinaria:

*“...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...”*

Por lo anterior, se debe asumir que el Derecho de Petición es de carácter constitucional, inherente a todos y cada uno de los ciudadanos, el cual debe ser preservado y protegido por parte de la administración, motivo por el cual no se debe presentar ningún tipo de vulneración al respecto, lo que ocasionaría una violación a los mandatos constitucionales, por lo que la omisión de respuesta por parte de las Entidades del Estado también podría configurar el silencio administrativo.

Ahora bien, el derecho de petición no obliga a la administración a dar una respuesta favorable al peticionario o a pronunciarse frente a solicitudes que se desbordan de su capacidad o sus facultades, caso en el cual deberá pronunciarse en este sentido, argumentado el motivo de la respuesta, pero

si el caso radica en la competencia para conocer de la petición, esta deberá ser remitida a la autoridad competente en el menor término posible, caso en el cual deberá informarse al peticionario la fecha en que se remitió, la autoridad que le compete pronunciarse y el medio por el cual se allegó ante dicha autoridad.

Recopilando lo antes mencionado, es preciso hacer las siguientes consideraciones: prevalece la importancia del derecho de petición, tomando como punto de partida que se trata de un derecho fundamental protegido por la Constitución Política en el artículo 23; así mismo, se resalta la primacía del derecho de petición frente al silencio administrativo, teniendo en cuenta que es a partir de la petición que nace al ordenamiento jurídico, configurado ante la ausencia de respuesta por parte de la administración; por otro lado, se observa que el derecho de petición permite a la administración pronunciarse en diferentes sentidos, partiendo que ésta se encuentra en la obligación de pronunciarse: la primera, radica en conceder la solicitud al peticionario, en el sentido que este la plantea; la segunda, en que la administración no se obliga a pronunciarse ante peticiones que desbordan la capacidad de la Entidad, bien sea por que no da lugar a la reclamación o petición o porque se trata de un caso imposible; y la tercera, en que la Entidad ante la cual se hace la petición no es competente para conocer, por lo que deberá remitirla en el menor tiempo posible ante la autoridad competente, quien a su vez deberá de informar al administrado que la petición fue remitida por competencia, indicando la autoridad que entra a conocer de la solicitud, la fecha en que se remitió y el medio por el cual se allegó ante la autoridad competente.

## 2.2 Del Silencio Administrativo Positivo y Negativo.

Se debe tener presente que en la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 tiene como fin hacer un control del SILENCIO ADMINISTRATIVO, tal y como se observa en el capítulo VII en sus artículos 83, 84, 85 y 86, de la siguiente forma:

*“...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...”*

El silencio administrativo negativo, para que se configure ante el ordenamiento jurídico deberá cumplir una serie de requisitos, el primero de ellos radica en pasar más de tres meses sin que la administración se haya pronunciado frente a la solicitud del administrado, situación que no es eximente de la responsabilidad de responder o pronunciarse al respecto, tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional en la Sentencia C-875 de 2011, del Doctor Juan Carlos Henao Pérez:

*“...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...”

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que frente a la figura del silencio administrativo negativo, la vía gubernativa no se agota de manera inmediata, toda vez que el peticionario puede elegir entre acudir directamente a la jurisdicción, teniendo en cuenta que respecto del silencio administrativo negativo, la administración podrá pronunciarse así se halla vencido el término, o por el contrario esperar una respuesta por parte de la administración, a fin de determinar el término de caducidad de la respectiva acción.

Ahora bien, Ley 1437 de 2011, en su artículo 84 contempla el silencio administrativo positivo, toda vez que la omisión de la administración por responder acarrea por si una violación del derecho, tal y como se observa a continuación:

**“...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...”*

A diferencia del silencio administrativo negativo, el silencio positivo se contempla en los casos específicos determinados por las diferentes normas, que como aspecto general empezarán a contarse a partir del día en que se presentó la correspondiente solicitud por parte del peticionario, tal y como lo

observa la Corte Constitucional en Sentencia C-875 de 2011, de la siguiente forma:

*“...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...”* (Negrilla fuera de texto).

Posición de la Corte que reitera lo antes mencionado, al recalcar que el legislador puede determinar la ausencia de una respuesta por parte de la administración, sea resuelta en favor de quien presentó la solicitud, lo que lleva a que esta deba ser protocolizado de conformidad a lo establecido en el artículo 42 del Decreto 1 de 1981, derogado por la Ley 1437 de 2011 artículo 85, a efectos que sea reconocido y se obligue a la administración a conceder la petición.

En este sentido, la Corte reitera la intención del legislador frente al silencio administrativo, tras hacer la observación de la importancia y función de este, es por esto que en la sentencia antes mencionada aduce lo siguiente:

*“...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...***

Se hace la observación de dos aspectos que son de vital importancia, el primero hace alusión a la importancia de hacer valer los derechos de los peticionarios ante la administración, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte de la Entidad del Estado encargada de dar una respuesta; y por la otra, satisfacer los derechos de los administrados ante la omisión en pronunciarse, teniendo en cuenta que sobre esta se concreta un derecho de manera inmediata, cuando se trata del silencio administrativo positivo.

Sin embargo, la Ley 1437 de 2011, no solo contempla y determina los casos en los cuales se configura el silencio administrativo, sino que nos determina el procedimiento para invocarlo cuando se hace presente, frente a una actuación, de conformidad con el artículo 85, así:

***“...Artículo 85. 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 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.***

*La escritura y sus copias auténticas 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...”*

En este caso, la norma es taxativa al determinar el procedimiento por medio del cual se puede legitimar el silencio positivo, teniendo en claro los parámetros que trata el artículo 15 “*Presentación y Radicación de Peticiones*” de la misma norma,

así mismo, determina que deberá elevarse declaración juramentada que especifique que la petición nunca fue notificada por parte de la administración dentro de los términos previstos en la misma norma. Una vez se realice dicho trámite la escritura como las copias auténticas permitirá que se produzcan los efectos legales a fin de configurar la decisión favorable al administrado, estando sujeta a que se deba reconocer de esa forma.

Así las cosas, es oportuno recalcar que existen dos tipos de silencio administrativo, bien sea negativo o positivo, donde el primero debe cumplir una serie de requisitos para que se configuren partiendo del término de la presentación de la petición ante la administración, el cual se contará una vez se cumplan tres meses después de la presentación de la solicitud y se configurará a partir del primer mes en que debía haberse dado trámite de la misma; por el contrario el silencio positivo se configura únicamente en los casos expresamente determinados por la ley y se tendrá como término para que se configure en el primer momento de la presentación de la solicitud, dando cumplimiento a los aspectos que para cada caso en concreto determine la norma. Sumado a ello, la norma contempla los requisitos para la reclamación del derecho, en donde una vez presentada la petición ante la administración, deberá elevarse declaración juramentada en la que se manifiesta que la administración no ha dado respuesta a la solicitud, lo cual permite que tome los efectos legales de la decisión.

### **2.3 El Silencio Administrativo y la Acción de Tutela.**

Si bien es cierto, tal y como se dijo anteriormente, el silencio administrativo, independiente que se trate del positivo o el negativo tiene su origen a partir del Derecho de Petición, que por mandato constitucional se trata de un derecho fundamental el cual tiene como mecanismo de protección dentro del ordenamiento jurídico la Acción de Tutela, de conformidad al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la cual reza lo siguiente:

*“...ARTICULO 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...”*

Se debe hacer una observación frente a la acción de tutela, pues como se dijo anteriormente el derecho de petición es de carácter fundamental, lo que hace procedente esta acción constitucional, pese a que se configure el silencio administrativo, toda vez que la tutela opera con la omisión dar respuesta dentro del término que establece la Ley.

Motivo por el cual la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el silencio administrativo no hace improcedente la acción de tutela para la protección del derecho de petición, tal y como se observa en la sentencia T-724 de 1998, la cual reza lo siguiente:

*“...El silencio administrativo no puede ser entendido como una respuesta que resuelva ni sustancial ni materialmente la solicitud...”*

En concordancia con la sentencia T-301 de 1998, del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, que afirma lo siguiente:

*“...Por esta razón, el silencio administrativo no puede ser entendido como resolución o pronunciamiento de la administración, ya que éste no define ni material ni sustancialmente la solicitud de quien propone la petición, circunstancia que hace evidente que dentro del núcleo del derecho de petición se concrete la materialización de una obligación de hacer por parte de la administración, - la de contestar y comunicar-, que ha sido reconocida claramente por la doctrina constitucional...”*

Al igual que la sentencia T-164 de 1998, del Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, en la que se hace la siguiente afirmación:

*“...Como lo ha expresado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades, cuando el juez de tutela deniega la protección solicitada, aduciendo que la falta de respuesta configura un silencio administrativo negativo, abriéndose así la vía contenciosa administrativa, contraviene la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el derecho de petición es de contenido formal, pues predica la pronta resolución de una solicitud, mientras que cuando se abre la vía jurisdiccional como consecuencia de la figura del silencio negativo, se hace referencia al fondo de lo*

*pedido, pues lo que se entra a discutir es la legalidad de la actuación administrativa....”*

Así las cosas, la acción de tutela sigue siendo el mecanismo idóneo para la reclamación y garantía de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que para tal fin no exista otro medio para garantizarlos, por la jurisdicción contenciosa, que para este caso en concreto presentaría un posible impedimento para acudir ante los jueces constitucionales, en el entendido que el silencio administrativo positivo opera en ciertos casos contemplados dentro del lineamiento jurídico, los cuales deberán ser garantizados de conformidad a lo establecido en la Ley para tal fin.

Pues si bien es cierto, la acción de tutela procede ante el silencio administrativo positivo, también lo es el hecho que su aplicación se refleja frente a ciertos casos específicos, como lo es la solicitud para acceder a los documentos públicos, reglamentada por la Ley 57 de 1985 de conformidad a la sentencia T-473 de 1992, ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón, quien expone lo siguiente:

*“...La Ley 57 de 1985 regula publicidad de los actos y documentos oficiales, pero no define documento público. Sin embargo, una interpretación sistemática de la misma ley permite concluir que, para ella, documento público es todo documentos que repose en las oficinas públicas, entendiendo por éstas las que expresamente están enumeradas en su propio texto...”*

Tal y como lo menciona Gustavo Penagos (2013), *“...la conducta de la entidad pública, a su vez, encaja dentro de los preceptuado en el artículo 25 de la Ley 57 de 1985, que subrogó el artículo 22 del C. P. A. C. A.. En dicho artículo establece que, si pasados 10 días de la petición de documentos no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada. El correspondiente documento será entregado dentro de los tres días inmediatamente siguientes...”* (p. 202)

Frente a la tutela, es claro que para acudir a ella, tal y como se dijo anteriormente, se deberá tener en cuenta la solicitud sobre la cual recae y el derecho a reclamar, pues su función es la protección de los derechos fundamentales, en el entendido que el derecho de petición permite que se configure el silencio administrativo, siempre que para tal fin no exista otro medio para garantizarlo, sin embargo, el silencio administrativo contempla una serie de requisitos de aplicación restrictivos frente a la acción de tutela, lo que impide el reconocimiento del derecho por este medio constitucional.

#### **2.4 El Silencio Administrativo en un Estado Social de Derecho.**

En su origen se determinó que el silencio administrativo, debía resolver las peticiones y no quedar sin respuesta, tal y como lo manifiesta Gustavo Penagos (2013), quien afirma que “...*En un Estado de Derecho, debe entenderse que las peticiones de los administrados, se deban resolver y no quedar en silencio negligente de la administración...*” (p.510), en el entendido que Colombia se reconoce como un Estado Social de Derecho y como tal debe velar por la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Sumado a ello, oportuno hacer mención a lo observado por el profesor Vicent Aguado I Cudola (2001), quien manifiesta: “...*el silencio administrativo nace estrechamente a la teoría del acto administrativo, al constituirse este último como un presupuesto procesal para que pueda conocer la jurisdicción administrativo. Con ello se quería evitar que la administración eludiera el control jurisdiccional a través del mero expediente de no dictar el acto que resultaba contrario a los intereses que defendía. Por este motivo, se entendió que transcurrido un plazo el particular podía entender desestimada su solicitud y acudir a la jurisdicción como si existiera un acto administrativo*” (p. 54). Significativamente y a los ojos del legislador, se buscaba evitar que la administración evadiera de algún modo sus obligaciones y con esto el control jurisdiccional, al no dictar el acto que podía resultar contrario a los intereses que debe defender como administración, lo que

origina que se tome como desestimada la solicitud y permite acudir a la jurisdicción, por medio de un acto, como si existiera un acto presunto.

Sin embargo, no es un acto administrativo como lo indica el profesor Vicenc Aguado (1999), tesis que se muestra en esta investigación mirando la evolución jurídica como lo señala el profesor Agustín Gordillo (1998):

*“El silencio, pues no es nada en sí, materialmente es inactividad, vacío en el obrar, pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada. Esta significación puede ser positiva o negativa”* (p.41)

Teniendo en cuenta, que al expresar *“no es nada en sí”*, se hace alusión al acto ficto o presunto que de esta se desprende, teniendo en cuenta que el silencio administrativo no configura un acto administrativo, sino la presunción de éste.

De igual manera, Agustín Gordillo ostenta lo siguiente: *“...El ordenamiento no colorea el silencio de algún significado, es un mero hecho administrativo no productor de efectos jurídicos directos, sin perjuicio de autorizar el amparo por mora de la administración para obligarla a dar un pronunciamiento expreso, y de que pueda dar lugar a responsabilidad administrativa, contractual o extracontractual”* (p. 330). El Silencio Administrativo, fue definido inicialmente como un acto el cual se originó en el derecho privado y se trasladó al derecho público, sin embargo esta afirmación fue quedando de lado, dejando las puertas abiertas a la manifestación de la administración, entendiéndose que esta no puede actuar de manera arbitraria; uno de los temas más debatidos en el derecho administrativo, es el de los efectos de la inactividad de la administración, pese a lo cual es posible tener los derechos de las personas afectadas y si debe el ser el juez administrativo quien reemplaza a la Administración y adopte decisiones que la misma retarda o calla.

Es importante tener presente que la Constitución Política de Colombia de 1991 produce un cambio fundamental en las competencias judiciales, esta ordena al juez tener en cuenta la prevención en la actuación para la protección de derechos

fundamentales como de intereses colectivos y este es punto tan relevante que por esto se realiza la actual modificación al Código Contencioso Administrativo, en la comisión de reforma sobre los efectos del silencio administrativo, se propusieron tres (3) tesis; la primera en donde se indicaba que debía quedar como estaba regulado en el Código de 1984; que se debía establecer como regla general el silencio positivo, de manera que la falta de decisión se tomara como una resolución favorable al particular, y por último, que se debía estructurar una pérdida de competencia para que el juez decidiera el fondo del asunto; finalmente lo que se resolvió fue mantener la regulación del estatuto anterior.

Respecto del funcionario el artículo 123 inciso 2 de la Constitución contempla, que la labor de los funcionarios está orientada al servicio del Estado y de la comunidad, motivo por el cual no debe existir ningún tipo de interferencia frente a su efectivo cumplimiento.

Es a través de este mandato Constitucional es que se configura el silencio administrativo, por lo que en palabras de Gustavo Penagos (2001), se define como: *“...la falta de respuesta a una petición del administrado; puede tener lugar porque no responda, guarde silencio, responda extemporáneamente o no se notifique la decisión, situaciones que son arbitrarias por cuanto toda persona tiene derecho a obtener respuesta oportuna...”* (p. 63), esta definición deja en claro que el silencio administrativo se fundamenta inicialmente en el derecho de petición consagrado por la constitución en su artículo 23 y demás normas concordantes.

Sin embargo, el profesor Agustín Gordillo (1999) afirmó que *“...El silencio, pues, no es nada en sí; materialmente es inactividad, vacío en el obrar; pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada...”* (p. 96), determinando que el silencio es fundamentalmente la inactividad de la administración, por lo que continúa afirmando *“...Esa significación puede ser positiva o negativa. Esto supondría que si el ordenamiento no colorea el silencio de algún significado, es un mero hecho administrativo no productor de efectos jurídicos directos...”* (p. 5)

Por otro lado se hace necesario recalcar la importancia del Derecho de Petición respecto del silencio administrativo, pues como se dijo anteriormente, este se configura partiendo de la petición que hace el administrado, teniendo en cuenta que este queda amparado por la Ley 1437 de 2011, artículo 13 y siguientes, la cual sanciona la abstención u omisión de la administración por responder.

Es por esto que de conformidad a la Constitución y según afirma Gustavo Penagos (2013), *“...Se observa que no tiene justificación jurídica, ni es suficiente la sanción que la ley establece al darle determinados efectos, equivalentes a una decisión, cuando la administración guarda silencio ante una petición...”* (p.111), recalcando la falta de alcance de la ley frente a la reclamación y protección de un derecho.

Ahora bien, Colombia es un Estado Social de Derecho, motivo por el cual la administración no puede incurrir en la vulneración de la ley libremente, tal y como lo determina Gustavo Penagos (2001), *“...la administración no puede violar la ley impunemente en perjuicio de los administrados, principio consagrado en nuestro sistema constitucional colombiano...”* (p.520), donde no solo manifiesta el impedimento por la violación de la ley, sino que lo recalca como un principio de carácter constitucional, igualmente afirma que *“...la administración debe responder por su tardanza, por los perjuicios ocasionados al administrado (...) el incumplimiento de la obligación legal de resolver constituye un supuesto típico de funcionamiento anormal del servicio...”* (p. 520), no solo se refiere a la omisión o tardanza de la administración en omitir una respuesta, sino que se reconoce la presencia de perjuicios ante dicha anomalía administrativa.

Cabe anotar que la violación de los términos para atender produce también otros efectos, como por ejemplo que el funcionario obligado a dar respuesta deberá disciplinariamente y patrimonialmente responder por el incumplimiento de sus funciones, al igual que la administración también será responsable; se debe aclarar que hay dos situaciones a entender, una la que se presenta cuando se radican peticiones y la otra cuando se radican frente a los recursos, ambas

situaciones establecidas en artículos por separado en la norma; la regla general consiste en que se entiende que la Administración niega las peticiones que le fueron solicitadas después de tres meses de la presentación, siempre que no se haya notificado el acto administrativo que las resuelva, es decir si se expidió el acto pero no se notificó se produce el silencio, pero en esta parte se produce también algo que se debe tener presente y es que existen términos de interrupción establecidos, se indica también la obligación de dar respuesta a pesar del vencimiento del plazo, pero agrega dos excepciones y son puntualmente cuando se pierde competencia porque se interpone recurso con el acto ficto, por lo cual la autoridad competente debe resolverlos y decidirlos y la segunda cuando se haya incoado demanda contra el acto y se notifique a la administración.

Frente al silencio positivo, como se ha venido mencionando, este se produce por los casos expresamente previstos en las disposiciones legales especiales y se infiere que la solicitud es positiva, es decir a favor del peticionario de manera restrictiva, pues lo aclara al indicar que son excepcionales por ley especial y el término será el que esta indique; sin embargo, si no se ha enunciado un término se entenderá que este consta de 3 meses, teniendo claro que la forma en que se invoca este tipo de silencio, es mediante la protocolización de la copia del documento con el que se realizó la petición y declaración jurada de no haber recibido notificación al respecto, teniendo en cuenta que esta no tendrá ningún costo ante notaría.

La administración en un Estado de Social de Derecho no puede violar la ley impunemente, desconociendo principios del sistema Constitucional Colombiano, el incumplimiento de una obligación legal como lo es el resolver, muestra un supuesto de funcionamiento anormal en el servicio tal y como lo enseña el profesor Miguel González, explicando por el profesor Eduardo García de Rentería (1983), quien señala:

*“El silencio positivo de la administración tiene un sentido y una funcionalidad radicalmente diferentes. De acuerdo con ello, su*

*configuración técnica, su ámbito de aplicación y su régimen jurídico también son distintos. En su versión positiva o estimatoria el silencio de la administración no tiene nada que ver con la finalidad de facilitar las exigencias procesales que derivan de la configuración impugnatoria del recurso contencioso administrativo. Es simplemente una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa. En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado.” (pp. 556, 557)*

El silencio excluye toda declaración de voluntad, solamente podría presumirse la existencia de una voluntad, pero esta presunción, por si sola resulta insuficiente en la producción de efectos jurídicos, por lo cual, únicamente la ley especial puede otorgarle eficacia.

Con base en lo anterior, es necesario hacer una observación al acto administrativo frente al silencio, esto en razón a que se ha manifestado que se trata de un acto ficto, motivo por el cual algunos doctrinantes han manifestado: “...*El silencio administrativo debe entenderse como una presunción legal, una ficción que la ley establece merced a la cual se habla callando, porque sin haber dicho nada se está, sin embargo, diciendo bastante...*” (p. 57)

Resaltamos el procedimiento indicado por el Doctor Gregorio Rodríguez Vásquez en lo que hacía referencia al Decreto 01 de 1984 así: “*No es mi propósito agotar el tema del Silencio Administrativo Positivo en un artículo que debe ser breve. Si algún aporte hago, es presentar una compilación de las disposiciones legales dispersas que contemplan el fenómeno, que no he visto en ninguno de los procesalistas consultados. Algunos, al ocuparse del asunto, dan a entender que el Silencio Administrativo Positivo es el previsto en leyes tributarias, y nada más,*

*siendo así que pueden contarse unos 15 casos previstos en leyes de diversa naturaleza...*" (p. 84), se puede decir que de alguna forma el autor tiene cierto grado certeza, pues si bien es cierto, el silencio administrativo positivo requiere de los aspectos antes mencionados para que se configure, los cuales se contemplan por la ley quedando a disposición de los administrados.

El Silencio Administrativo Positivo se encuentra contemplado en el Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984, Derogado por la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así: *"...Artículo 41. Silencio Positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva..."*, en atención a este, se ratifica lo que se ha venido mencionando, en donde se establece que el silencio administrativo opera en los casos que determina la ley, en concordancia con lo manifestado por el Doctor Gregorio Rodríguez, al manifestar que son 15 los casos en los que se puede observar.

Igualmente y de conformidad con el Decreto 1 de 1984, 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, contemplando así el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo, el cual versa de la siguiente forma:

*"...Artículo 42. 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 5, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto..."*

La escritura y sus copias producirá 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. Del contenido de las disposiciones anteriores, destacamos:*

*a). El Silencio Administrativo Positivo no opera sino en casos expresa y taxativamente fijados en leyes.*

*b). Es posible que la Administración revoque directamente el acto positivo presunto, lo cual complica tremendamente la situación jurídica del beneficiado y de ocasión para que la administración deba responder de posibles perjuicios ocasionados por la revocación, institución que ha sido justamente criticada.*

*c). No se justifica que se exija una escritura pública para concretar el derecho que surge del Silencio Positivo, pues implica un gasto para el beneficiado que puede no compensarse siquiera con el valor económico perseguido, así se diga que la protocolización “carece de valor económico” y que ello implique que el Notario sólo puede cobrar el mínimo por la escritura.” (pp. 83, 84).*

Cabe señalar lo indicado por el tratadista Gil Botero: “La estabilidad del acto ficto fruto del silencio positivo se vio además reforzada por el nuevo Código por cuanto, a diferencia del antiguo, que permitía la revocatoria directa de los actos fruto de silencio positivo por cualquiera de las causales de revocatoria (art. 69 y 73 Dto. 01/84; C.E., sec. I, sent. 21/11/03, exp. 7575A; sec. III, sent. 12/05/10, exp. 37446), la nueva redacción de la figura consagra la intangibilidad de los actos individuales, independientemente de su carácter expreso o ficto, de tal suerte que la administración no podrá revocarlos directamente y tendrá que demandarlos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 97)...”.

En este orden de ideas se puede observar una serie de aspectos que es oportuno recalcar, como primer aspecto, el origen del silencio administrativo radica en la necesidad de resolver las peticiones, partiendo del derecho fundamental de

petición, en el cual toda petición deberá ser resuelta dentro del término que la ley determine; como segundo aspecto, que el silencio nace de la teoría del acto administrativo pero no puede constituirse como un acto procesal, puesto que no es un requisito que permita acudir a la jurisdicción de lo contencioso; como tercer aspecto, se resalta la labor de los funcionarios en cumplimiento al mandato constitucional, la cual se orienta al servicio del Estado y de la comunidad, motivo por el cual no debe existir ninguna interferencia para lograr tal cometido; como cuarto aspecto, se recalca la importancia de la prevalencia y protección del derecho fundamental de petición, en el entendido que en un Estado Social de Derecho la administración no puede violar la ley impunemente; finalmente, se hace una breve descripción de los efectos de la protocolización de los requisitos de reclamación, los cuales serán tratados de una forma explícita a continuación.

## **2.5 Requisitos de aplicación del Silencio Administrativo.**

El silencio administrativo positivo, tal y como se ha mencionado anteriormente, se aplica en los casos que indica la Ley, de conformidad a los artículos 84 y 85 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, para que se produzcan efectos a favor del peticionario, que este caso se reconoce como el administrado, recalcando así las consecuencias oponibles y obligantes de la administración, dicha petición se entenderá favorable para aquel que la ha solicitado.

Por lo que para tal fin se deberá, inicialmente proceder a realizar una solicitud formal, a fin de que la administración se pronuncie al respecto, para la cual deberá cumplir unos requisitos mínimos, de conformidad a la Ley 1437 de 2011, artículo 16 que versa sobre lo siguiente:

*“...Artículo 16. Contenido de las peticiones. Toda petición deberá contener, por lo menos:*

*1. La designación de la autoridad a la que se dirige.*

*2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia. El peticionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica. Si el peticionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.*

*3. El objeto de la petición.*

*4. Las razones en las que fundamenta su petición.*

*5. La relación de los requisitos exigidos por la ley y de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite.*

*6. La firma del peticionario cuando fuere el caso.*

*Parágrafo. La autoridad tiene la obligación de examinar integralmente la petición, y en ningún caso la estimará incompleta por falta de requisitos o documentos que no se encuentren dentro del marco jurídico vigente y que no sean necesarios para resolverla....”*

Es necesario tener en claro el contenido mínimo que debe tener una solicitud, puesto que en ocasiones podrán presentarse situaciones en las que la entidad administrativa no pueda remitir la respuesta dentro de los términos que establece la Ley, si dentro de la solicitud no figura a quien y/o en donde deberá darse la respuesta, lo que ocasiona que el término de respuesta se vuelva más dispendioso, ocasionando una obstrucción a los medios de respuesta.

Así mismo, es igualmente importante establecer con claridad y precisión la solicitud que se va a presentar ante la administración, con el ánimo de que esta proceda con eficacia a dar el trámite correspondiente, puesto que podrá darse el caso en el que no se logró establecer el objeto de la solicitud y no emitir una respuesta oportuna.

No obstante, tal y como lo establece este artículo parágrafo, la administración está en la obligación de *examinar integralmente el documento*, por lo que en ningún caso podrá *estimar incompleto el documento*, pues en este caso podrá pronunciarse en este sentido y establecer que para dar una respuesta de fondo es necesario que se establezca con claridad lo solicitado o en su defecto remitir el derecho de petición a la autoridad competente, para que sea esta quien se pronuncie al respecto, para lo cual deberá de informar al peticionario de dicho traslado.

Es oportuno recalcar que el silencio administrativo positivo hace a un lado toda declaración de voluntad, que en este caso deberá entenderse como una presunción de la voluntad, siendo esta insuficiente para ocasionar algún efecto jurídico, por lo que solo la Ley podrá otorgarle eficacia. Motivo por el cual el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 se convierte en el argumento más sólido al expresar lo siguiente:

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

Es por tal razón que la norma advierte, que una vez se cumplan las condiciones previstas en cada caso en particular en que ocurra el silencio administrativo positivo, el peticionario obtiene un derecho, teniendo en cuenta lo contemplado en el inciso segundo de la misma, que manifiesta la decisión empezará a contarse a partir del momento en el que se presentó la petición o el recurso.

Atendiendo lo antes mencionado, sin omitir aspecto alguno, toma vital importancia recalca que todo acto podrá ser revocado siempre y cuando el peticionario así lo manifieste, de conformidad al artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, el cual manifiesta lo siguiente:

*“...Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, 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 previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

*Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

***Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.***

*Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa...”*

Si bien es cierto, el silencio administrativo se configura a partir del momento en que se presenta la petición, sin embargo, la ley no puede permitir sea amparada una petición a un particular cuando los hechos que la originan no dan lugar al silencio administrativo y más aún cuando los mismo ocurrieron a través de actos ilegales o fraudulentos, tal y como se observa en la norma. En el entendido en el que nadie está obligado a reconocer un derecho y menos a manifestar la legalidad de un acto inexistente, o que en su defecto esté viciado de ilegalidad o atente contra la Constitución, en concordancia con el artículo 4, el cual manifiesta que “...La Constitución es norma de normas, teniendo prevalencia sobre toda ley o norma jurídica...”.

En este orden de ideas, no se podría hablar del silencio administrativo positivo, cuando no exista norma que así lo disponga dentro de ciertos parámetros o cuando este sea producto de un acto viciado o antijurídico.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Sentencia T 841 de 2009, de la Magistrada María Victoria Calle Correa, ha manifestado lo siguiente, respecto de la revocación de los actos en materia de contratación estatal:

*“...se considera que contra **un acto de revocatoria de adjudicación no procede acción alguna por el simple hecho de que en él, expresamente, la misma autoridad que lo expida considere que es un acto de mera ejecución, se debilitan de un modo notable las garantías del debido proceso administrativo.** En efecto, el artículo 29 de la Constitución contempla el derecho de todas las personas “a la defensa”, garantía que hace parte del debido proceso cuya observancia se impone “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Este derecho implica para la administración el deber de evitar la indefensión de los administrados, y se materializa, por ejemplo, en la necesidad jurídica de motivar los actos de manera que no se resten injustificadamente, las posibilidades legítimas que tiene, el administrado, de cuestionarlos en los términos de la ley...”*

Si bien es cierto, se puede acudir a la revocación de los actos de carácter particular y concreto, sin embargo, frente a la aplicación de este no se puede violar las garantías al debido proceso administrativo, puesto que estaría en contra del mandato Constitucional del debido proceso, evitando así la indefensión de los administrados, razón por la cual deberá motivarse el acto por medio del cual se revoca el acto administrativo, previa autorización y/o consentimiento escrito del peticionario o recurrente según sea el caso.

En este orden de ideas, se deberá tener en cuenta una serie de aspectos al momento de contemplar los requisitos de aplicación del silencio administrativo, inicialmente se deberá hacer la presentación formal de derecho de petición o el recurso por medio del cual se acude a la administración, de conformidad a lo establecido por la Ley 1437 de 2011, el cual llevará un mínimo de requisitos tales como la designación de la autoridad a quien se dirige, el nombre del peticionario, objeto de la petición, dirección de notificación entre otros; se recalca la importancia de los requisitos para que se configure el silencio positivo, toda vez que deberá tenerse en cuenta que la existe de este depende de la norma que así lo contemple; finalmente, se hace una observación a la revocación de los actos de

carácter particular y concreto, teniendo en cuenta lo contemplado en la norma, en el entendido que la administración no está obligada a reconocer un derecho y manifestar la legalidad del acto si no hay lugar para ello, así como la revocación de un acto no puede vulnerar el derecho constitucional al debido proceso, previa autorización y/o consentimiento escrito del administrado.

## **CAPÍTULO III. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

### **3.1 De la Contratación Estatal, generalidades.**

Si bien es cierto, se ha definido en reiteradas ocasiones que todo contrato es la manifestación de la voluntad de las partes para contratar, bien sea para prestar un servicio, compra o vender determinado objeto, realizar algún servicio o demás que surjan en razón del objeto del mismo, sin embargo, la Ley 80 de 1993, en el artículo 32, establece lo siguiente:

*“...Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales **todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto**, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”*

Es la Ley 80 de 1993, actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, quien no otorga un concepto de contrato, respecto del derecho público más acertado y próximo al área que se desarrolla, pues si bien es cierto, no se puede dejar de lado que en Colombia un gran número de definiciones que se han desarrollado y evolucionado a lo largo de la historia.

Por lo anterior, se observa dentro de su definición, que todo contrato genera una serie de obligaciones para las partes las cuales deberán estar contenidas dentro del mismo, las cuales acarrearán una serie de sanciones, multas y demás tipos de consecuencias ante cualquier incumplimiento, el cual puede versar sobre diferentes aspectos, bien sean de carácter precontractual, contractual o post contractual, llevando la misma definición a recalcar la importancia de la administración por dar respuesta a las peticiones que de estas se deriven de la manera más eficiente posible.

En el entendido que estas deberán realizarse en los diferentes contratos que se contemplan, en materia de contratación estatal, tal y como se observan en el artículo antes mencionado, dentro de los cuales se encuentran:

*“...1. Contrato de Obra. (...)*

*2. Contrato de consultoría Reglamentado por el Decreto Nacional 2326 de 1995. (...)*

*3. Contrato de prestación de servicios. (...)*

*4. Contrato de concesión. (...)*

*5. Encargos fiduciarios y fiducia pública...”*

Estos son algunos de los contratos que establece la Ley, dentro del ordenamiento jurídico y de conformidad a la Ley 80 de 1993, sin embargo, frente a la contratación estatal se debe tener en cuenta no solo los tipos de contratos, sino la modalidad de contratación que se estructura de conformidad con la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, artículo 2, dentro del cual podemos establecer las diferentes modalidades de contratación, entre otros:

*“...Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

*1. Licitación pública. (...)*

*2. Selección abreviada. (...)*

*3. Concurso de méritos. (...)*

*4. Contratación directa...”*

Si bien es cierto, la contratación en Colombia es uno de los temas más extensos que pueden existir en materia de procedimiento y aplicación, sin embargo es oportuno resaltar y hacer mención a los diferentes procesos que se desarrollan

dentro de nuestro ordenamiento jurídico en materia estatal, toda vez que el silencio administrativo se puede configurar en cualquiera de los contratos antes mencionados.

Por otro lado, no es suficiente conocer algunos de los contratos que se aplican en materia estatal, pues sumado a ellos es necesario diferenciar las etapas en las que se desarrolla la contratación de conformidad a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013, por lo que inicialmente se hará mención a la etapa pre-contractual la cual tiene como función primordial la planeación y el estudio previo a fin de determinar las necesidades de la administración, la cual debe cumplir una serie de requisitos y aspectos legales, a fin de justificar las mencionadas necesidades dentro del marco legal; como segunda etapa aparece la contractual, en la cual se materializa y configura el contrato a suscribir con la entidad, por lo que es pertinente indicar que la legalización del contrato está sujeta al compromiso presupuestal, así las cosas en esta etapa es cuando se realiza la ejecución y supervisión del contrato hasta que se suscriba el acta finalización y liquidación del contrato; finalmente, se observa la etapa post-contractual, la cual contiene todos aquellos efectos o consecuencias que se pueden presentar una vez se liquide el contrato.

Así las cosas, se observa que en Colombia una de las materias que tiene mayor desarrollo y trascendencia es la contratación, motivo por el cual existen diferentes tipos de contratos en la normatividad y dentro de su estructura y marco legal se diferencian tres grandes divisiones, a efectos de suscribir y legalizar el contrato, las cuales le permiten a la administración cumplir a feliz término las necesidades objeto de la contratación, en el entendido que para ello se deben seguir los lineamientos que para tal fin se establecen, las cuales deberán ser justificadas para evitar posibles errores y responsabilidades contractuales.

### 3.2 El silencio Administrativo Positivo en la Contratación Estatal.

El silencio administrativo positivo, en materia de contratación estatal, se configura de conformidad a la Ley 80 de 1993 por medio de la cual “se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, cuyo objeto y de conformidad al artículo 1 de esta misma ley establece lo siguiente:

*“...Artículo 1º.- Del objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales...”*

Partiendo que la mencionada Ley tiene como función principal otorgar los parámetros pertinentes para la estructuración de la contratación a la luz del ordenamiento jurídico, lo que hace necesario el estudio de la misma a fin de establecer en que aspectos normativos hace presencia el silencio administrativo en la contratación.

Así mismo, continuando con el estudio de esta misma ley, se contempla el silencio administrativo positivo, en el artículo 25 numeral 16, que lo regula así:

*“...Artículo 25º.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...)*

*16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, **si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo.** Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley...”*

En donde se puede observar lo taxativo de la norma, al hacer mención en el término de caducidad para resolver por parte de la administración, término que no podrá ser mayor a los tres meses siguientes a la presentación de la petición, lo cual permite al administrado tomar como favorables las pretensiones, en virtud del silencio administrativo positivo.

Ahora bien, el Decreto 679 de 1994, por el cual “se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993”, no desestima el silencio administrativo positivo, la cual lo contempla y regula de la siguiente forma:

*“...Artículo 15°.- **Del silencio administrativo positivo.** De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el periodo de la misma, **se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud...**”*

Al igual que la Ley 80 de 1993, el Decreto 679 de 1994, contempla un término de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud para que la administración se pronuncie, bien sea en forma positiva o negativa, sin embargo, si la administración no se emita una respuesta al respecto, se entenderá resuelta favorablemente a las pretensiones del contratista, lo cual no contradice en ninguna sentido el Estatuto de Contratación.

Del mismo modo, la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de Contratación, ha sufrido una serie de modificaciones de carácter normativo, sin embargo, se contempla el silencio administrativo positivo de conformidad con el artículo 25 numeral 16, derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013 que reza de la siguiente forma:

*“...16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, **si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo.** Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley...”*

En esta se detalla claramente, que la norma es taxativa al manifestar que si la entidad no se pronuncia dentro del término de tres meses siguientes, se tomará que la decisión es favorable para el peticionario, declarando que de esta forma se configura el silencio administrativo positivo, dando también un factor de responsabilidad a los funcionarios que intervienen en el trámite para dar respuesta a la solicitud.

Así las cosas, el Consejo de Estado mediante sentencia No. 05001-23-24-000-1996-00568-01(21867), con ponencia del Doctor Danilo Rojas Betancourth, la cual versa lo siguiente:

*“...Son, pues, cuatro los presupuestos para que se estructure el silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, esto es, para que la petición se entienda resuelta favorablemente al contratista: (i) la solicitud debe presentarla el contratista (presupuesto subjetivo), (ii) versar sobre aspectos que se presenten en el curso de la ejecución del contrato (presupuesto material), (iii) aducirse durante el período de ejecución del contrato (presupuesto temporal) y (iv) el no pronunciamiento de la entidad dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud (presupuesto de omisión)...”*

En esta sentencia se puede observar los cuatro aspectos necesarios para que exista el silencio administrativo, los cuales de conformidad al Consejo de Estado se fundamentan inicialmente en la presentación de la petición, versando sobre la participación del contratista frente a la presentación de esta, teniendo en cuenta que deberá ser el contratista y solamente el contratista quien haga manifiesta la petición. Como segundo aspecto hace referencia a los aspectos sobre los cuales recae la petición, recalcando que deberá versar sobre los aspectos propios de la ejecución del contrato; igualmente se hace mención al periodo dentro del cual se podrá acudir a la administración para hacer cualquier tipo de reclamación, en el entendido que es durante el periodo de ejecución en el cual se acudirá en

protección del derecho de petición; y finalmente, se hace mención que la respuesta que deberá emitir la administración no será mayor a los 3 meses siguiente de la presentación.

Por otro lado, el silencio positivo ha tenido un tratamiento restrictivo por parte de la jurisprudencia, en materia contractual, en el entendido que la Ley 80 de 1993 consagró un silencio positivo de 3 meses, con relación a las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato (art. 25, núm. 16). En este sentido el Consejo de Estado ha establecido una serie de requisitos para admitirlo: *(1) Las solicitudes deben formularse durante la fase de ejecución del contrato, como lo indica el texto, lo que no comprende cualquier solicitud relacionada con un contrato, como las posteriores al vencimiento de su ejecución (C.E, sec. III, sent. 13/12/01, exp. 19818).*

Pero además, éstas deben ser elevadas por el contratista y no por otra persona o entidad ajena al contrato, como serían los usuarios de un servicio. Esta restricción puede obedecer al efecto relativo del contrato, que hace difícil concebir sus modificaciones por personas ajenas al mismo, así mismo el Consejo de Estado expone el fundamento de su razonamiento frente al efecto relativo del contrato, *“...el carácter relativo del contrato, fruto de un acuerdo de voluntades, también puede estar al origen de restricciones más significativas...”* el silencio no puede usarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen procedimiento especial.

Además, la petición debe referirse a un derecho preexistente del contratista, que requiera tan solo la formalidad o declaración del contratante público, tal y como lo plantea el Consejo de Estado:

*“...El silencio se refiere a situaciones por definir, en relación con la actividad contractual del contratista, y no de la contratante y, naturalmente, exige pruebas de la obligación reclamada (C.E., sec. III, sent. 12/05/10, exp. 37446). En estas condiciones, el silencio positivo no procede ante solicitud de desequilibrio contractual o para el pago*

*de sumas que el contratista cree la administración le debe (C.E., sec. III, sent. 07/10/99, exp. 16165).*

Con base en lo anterior, se reconoce que el silencio administrativo positivo resuelve favorablemente las pretensiones al peticionario, sin embargo, estas peticiones no pueden acaecer un desequilibrio contractual bajo ningún aspecto, bien sea frente al pago de sumas del contratista o derecho que afecten las obligaciones de la Entidad.

Del mismo modo, no puede substituir actos definitivos como la liquidación del contrato, tal y como lo manifiesta el Doctor Enrique Gil Botero, Ex Presidente del Consejo de Estado, en la publicación del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (C.E., sec. III, sent. 07/03/02, exp. 20823), así:

*“...En términos generales, el silencio no configura un título ejecutivo sino un reconocimiento de derechos preexistentes del contratista. La fuente de la obligación está en esos derechos y no en la omisión de responder (C.E., sec. III, sent. 13/12/01, exp. 20822; sent. 12/12/01, exp. 17938; sent. 04/10/01, exp. 20283)...”*

Teniendo en cuenta que con la suscripción del contrato, una vez se lleva a cabo el compromiso presupuestal, se entiende ésta relación como ley para las partes, para lo cual el pago de la obligación está sujeto a las condiciones del mismo, por lo que ningún acto administrativo que se derive del silencio administrativo podrá considerarse como un título valor, toda vez que este reconoce un derecho preexistente con la suscripción del contrato y no una obligación monetaria, que para el caso en particular deberá emitirse un mandamiento de pago por parte de la Entidad.

Por lo anterior, se puede concluir lo siguiente: el silencio administrativo positivo en general debe cumplir una serie de aspectos específicos, tal y como lo manifiesta la Ley según el caso en particular, por lo que su configuración y posterior

reclamación deberá estar sujeto a las condiciones y parámetros que la ley disponga, motivo por el cual deberá de cumplir por lo menos los cuatro aspectos antes mencionados; la solicitud que permita se configure el silencio administrativo, deberá presentarse únicamente dentro del término de ejecución del contrato para que tenga la validez descrita por la norma; las pretensiones que recaen ante la administración no podrán estar sujetas a términos monetarios, teniendo en cuenta que estas deberán recaer sobre los derechos adquiridos a través del contrato.

### **3.3 Medios de acceso a lo contencioso administrativo respecto del silencio administrativo positivo.**

Tal y como se mencionó anteriormente, el silencio administrativo positivo deberá ser invocado de conformidad con el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011, la cual contempla los siguientes aspectos:

- “...1. Protocolizar la constancia o copia de que trata el artículo 15 de esta Ley.*
- 2. Declaración juramentada de no haber sido notificado por ningún medio.*
- 3. La escritura y las copias producirá todos los efectos legales...”*

Si bien es cierto, es un método determinado por la misma norma para la reclamación del derecho, sin embargo dicho medio no siempre es lo suficientemente riguroso para que obligue al contratante a asumir las consecuencias de no dar trámite a una solicitud y permitir se configure el silencio administrativo positivo, razón por la cual la norma contempla los diferentes tipos de acciones contenciosas administrativas como medios de reclamación de un derecho, en el entendido que tal y como lo afirma la Ley 80 de 1993, derogada por el Decreto 1510 de 2013, las solicitudes deberán presentarse en el curso de ejecución del contrato y no después de este.

Por otro lado el Consejo de Estado en sentencia del 12 de mayo de 2012, con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez, se ha pronunciado respecto del silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, de la siguiente

forma, haciendo alusión a los requisitos que lo configuran más allá del transcurso del tiempo:

*“...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...”*

Tal y como se venido enunciando, el peticionario deberá presentar la solicitud únicamente durante el tiempo de ejecución del contrato, quien igualmente deberá aportar las pruebas necesarias a demostrar la obligación que se está reclamando, sumado a ello, es sumamente importante resaltar lo manifestado por la Corte, en el entendido que esta figura no podrá utilizarse para resolver o dar por terminado las etapas contractuales, las cuales tienen un procedimiento especial para tal fin; la mencionada petición deberá fundarse en un derecho constitutivo únicamente del contratista, el cual deberá preexistir a la solicitud y requerir la formalidad o declaración del contratante; finalmente, la solicitud deberá fundarse exclusivamente a los asuntos que requieran definirse en relación con la actividad del contratista.

Si se hace necesario hacer la observación a las diferentes acciones contenciosas, empezando por la acción de nulidad, la cual de conformidad a la ley 1437 de 2011, artículo 137 el cual manifiesta lo siguiente:

*“...Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.*

*Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

***Parágrafo.*** *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente...”*

Tal y como lo manifiesta la norma, la acción de simple nulidad no permite ser usada como un medio directo para la reclamación del silencio administrativo positivo, toda vez que este no se trata de un acto administrativo como tal que permita atacar el contenido del mismo, si no que por el contrario tal y como se dijo

anteriormente, se trata de un acto ficto el cual no produce efectos a las partes negando una posible reclamación; ahora bien, si se hace referencia al párrafo del que trata este artículo, se podrá hacer observación a la acción de nulidad y restablecimiento, de conformidad con el artículo 138 de la misma norma, así:

*“...Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se **declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto**, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel...”*

Sin embargo, frente a la acción de nulidad y restablecimiento se hace observación a una diferencia en comparación con la simple nulidad, esto referente a que la simple nulidad permite atacar los actos de carácter general, mientras la nulidad y restablecimiento nos permite atacar el acto particular, expreso o presunto, pese a ello y a manifestar que se puede presentar frente a un acto presunto, no da lugar a la reclamación del silencio administrativo por medió de esta acción, pues si bien es cierto no se configura ningún acto administrativo y no tendría lugar a la reclamación.

Por otro lado y frente a este análisis, es oportuno resaltar una consecuencia que puede generar la nulidad de un acto, estando orientada al hecho de que tal y como se dijo anteriormente, puede operar la revocatoria de los actos administrativos, pese a ello puede existir la posibilidad que al revocar un acto que se cree esté vulnerando un derecho, configurarse estando en presencia del silencio administrativo positivo resaltando la omisión de la administración por responder, lo que podría ocasionar la ilegalidad o ilegitimidad del acto.

Ahora bien, lo que respecta a la acción de cumplimiento la Constitución Política de Colombia en el artículo 87 contempla:

*“...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...**”*

Si bien es cierto por mandato constitucional, se obliga a las partes de toda relación con el Estado a dar el efectivo cumplimiento de la Ley y todo acto administrativo que se expida, para interés particular o general, sin embargo, para que su puede hacer reclamación del silencio por esta vía se hace necesario que exista un acto que se pueda atacar, situación que se desborda de la función del silencio administrativo, toda vez que este se trata de un acto presunto o ficto y no da lugar a la reclamación por esta acción.

De igual forma, teniendo en cuenta que las mencionadas acciones no dan lugar a la reclamación del derecho frente del silencio administrativo positivo, es oportuno mencionar que estas acciones pueden operar cuando la administración como consecuencia del silencio administrativo positivo vulnera de manera directa o indirecta los derechos del contratista, o si los actos que se generen atentan contra la Constitución y la Ley.

Finalmente, se puede concluir que el silencio administrativo positivo frente a la contratación Estatal en concordancia con la Ley 1437 de 2011, establece una

serie de condiciones y parámetros para su configuración, las cuales le permiten por medio del acto ficto acudir a un procedimiento preestablecido para la reclamación del derecho, el cual se entiende configurado y formalizado de conformidad con el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011, donde el mencionado procedimiento una vez se cumple a cabalidad, da por reconocido el silencio administrativo positivo desde el primer momento en que se configuró, obligando a la administración a reconocer el derecho.

## **CONCLUSIONES.**

El estudiar la figura del silencio administrativo es un aporte en el cual se evidencia el control jurisdiccional y prevalencia de principios para el desarrollo de un buen servicio tratándose de la administración y para ello se trae el respectivo concepto:

Se llama silencio administrativo a la abstención de la administración para pronunciarse de las peticiones elevadas por los administrados, es una ficción legal de acto administrativo contra el cual se pueden interponer los recursos administrativos y judiciales, se da en dos formas: el silencio negativo el cual consiste en transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de la petición y en donde no se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa, y si existe en los casos que la ley señale u tiempo superior a 3 meses el silencio se dará un (1) mes después y el silencio positivo el cual se da solamente en los casos que la ley especial lo indique y se da a partir del día en que se radicó la solicitud, para este tipo de silencio existe una forma de hacerlo efectivo y es a través de protocolización ante notaria el documento que constate la solicitud hecha y declaración jurada , esto no tendrá ningún costo en la notaria que se realice el procedimiento.

Igualmente, es oportuno hacer mención a que el silencio administrativo puede ser procesal o sustancial, en el entendido que el primer caso recae sobre los Recursos y en el segundo caso sobre el Derecho de Petición, teniendo en cuenta que este último se encuentra protegido por la Acción de Tutela, contenida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, motivo por el cual el Silencio Administrativo no es mecanismo de defensa judicial, por lo que sigue la obligación de dar respuesta por parte de la administración.

Es por esto, que los recursos contra los Actos Presuntos pueden presentarse en cualquier momento, salvo cuando se acuda a la Jurisdicción Administrativa, razón

por la cual en la Acción de Tutela cesan sus efectos cuando se da la respuesta a la petición.

Motivo por el cual, frente al silencio administrativo opera el principio de automatismo, puesto que la administración queda vedada de dictar un acto administrativo contrario al que se produjo con el silencio administrativo.

Por otro lado, se debe hacer mención a la importancia que recae sobre el Derecho de Petición, en el entendido que se trata de un derecho de carácter constitucional, inherente a todos y cada uno de los ciudadanos, el cual debe ser preservado y protegido por parte de la administración, motivo por el cual no se debe presentar ningún tipo de vulneración al respecto, lo que ocasionaría una violación a los mandatos constitucionales, por lo que la omisión de respuesta por parte de las Entidades del Estado configura el silencio administrativo. Ahora bien, el derecho de petición no obliga a la administración a dar una respuesta favorable al peticionario o a pronunciarse frente a solicitudes que se desbordan de su capacidad o sus facultades, caso en el cual deberá pronunciarse en este sentido.

Es por tal razón que se hace mención a la importancia del derecho de petición, teniendo en cuenta que es a partir de la petición que nace al ordenamiento jurídico el silencio administrativo, configurado ante la ausencia de respuesta por parte de la administración.

Si después de presentar la petición a la administración, esta no se pronuncia al respecto es cuando se configura el silencio administrativo, lo que hace oportuno recalcar que existen dos tipos de silencio administrativo, bien sea negativo o positivo, donde el primero debe cumplir una serie de requisitos para que se configuren partiendo del término de la presentación de la petición ante la administración, el cual se contará una vez se cumplan tres meses después de la presentación de la solicitud y se configurará a partir del primer mes en que debía haberse dado trámite de la misma; por el contrario el silencio positivo se configura únicamente en los casos expresamente determinados por la ley y se tendrá como término para que se configure en el primer momento de la presentación de la

solicitud, dando cumplimiento a los aspectos que para cada caso en concreto determine la norma.

Por otro lado, el silencio administrativo, independiente que se trate del positivo o el negativo tiene su origen a partir del Derecho de Petición, que por mandato constitucional se trata de un derecho fundamental el cual tiene como mecanismo de protección dentro del ordenamiento jurídico la Acción de Tutela, de conformidad al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Así las cosas, la acción de tutela sigue siendo el mecanismo idóneo para la reclamación y garantía de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que para tal fin no exista otro medio para garantizarlos, por la jurisdicción contenciosa, que para este caso en concreto presentaría un posible impedimento para acudir ante los jueces constitucionales, en el entendido que el silencio administrativo positivo opera en ciertos casos contemplados dentro del lineamiento jurídico, los cuales deberán ser garantizados de conformidad a lo establecido en la Ley para tal fin.

Es por lo anterior que frente a la tutela, se debe tener en cuenta que para acudir a ella, tal y como se dijo anteriormente, se deberá tener en cuenta la solicitud sobre la cual recae y el derecho a reclamar, pues su función es la protección de los derechos fundamentales, siempre que para tal fin no exista otro medio para garantizarlo.

En este orden de ideas se puede observar una serie de aspectos que es oportuno recalcar, como primer aspecto, el origen del silencio administrativo radica en la necesidad de resolver las peticiones, partiendo del derecho fundamental de petición, en el cual toda petición deberá ser resuelta dentro del término que la ley determine; como segundo aspecto, que el silencio nace de la teoría del acto administrativo pero no puede constituirse como un acto procesal, puesto que no es un requisito que permita acudir a la jurisdicción de lo contencioso; como tercer aspecto, se resalta la labor de los funcionarios en cumplimiento al mandato constitucional, la cual se orienta al servicio del Estado y de la comunidad, motivo por el cual no debe existir ninguna interferencia para lograr tal cometido; como

cuarto aspecto, se recalca la importancia de la prevalencia y protección del derecho fundamental de petición, en el entendido que en un Estado Social de Derecho la administración no puede violar la ley impunemente; finalmente, se hace una breve descripción de los efectos de la protocolización de los requisitos de reclamación, los cuales serán tratados de una forma explícita a continuación.

Así mismo y con el ánimo de dar continuidad a la investigación del silencio administrativo, se procedió a realizar la observación de este partiendo del caso que contempla la contratación estatal, por lo que no es suficiente conocer algunos de los contratos que se aplican en materia estatal, pues sumado a ellos es necesario diferenciar las etapas en las que se desarrolla la contratación de conformidad a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013, por lo que inicialmente se hará mención a la etapa pre-contractual la cual tiene como función primordial la planeación y el estudio previo a fin de determinar las necesidades de la administración, la cual debe cumplir una serie de requisitos y aspectos legales, a fin de justificar las mencionadas necesidades dentro del marco legal; como segunda etapa aparece la contractual, en la cual se materializa y configura el contrato a suscribir con la entidad, por lo que es pertinente indicar que la legalización del contrato está sujeta al compromiso presupuestal, así las cosas en esta etapa es cuando se realiza la ejecución y supervisión del contrato hasta que se suscriba el acta finalización y liquidación del contrato; finalmente, se observa la etapa post-contractual, la cual contiene todos aquellos efectos o consecuencias que se pueden presentar una vez se liquide el contrato.

Así las cosas, se observa que en Colombia una de las materias que tiene mayor desarrollo y trascendencia es la contratación, motivo por el cual existen diferentes tipos de contratos en la normatividad y dentro de su estructura y marco legal se diferencian tres grandes divisiones, a efectos de suscribir y legalizar el contrato, las cuales le permiten a la administración cumplir a feliz término las necesidades objeto de la contratación, en el entendido que para ello se deben seguir los lineamientos que para tal fin se establecen, las cuales deberán ser justificadas para evitar posibles errores y responsabilidades contractuales.

Ahora bien, en materia de contratación estatal, tal y como se menciona anteriormente, la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de Contratación, se entiende como el “a, b, c” de la contratación a aplicar, en el entendido que este ha sufrido una serie de modificaciones de carácter normativo, sin embargo, se contempla el silencio administrativo positivo partiendo de esta, tal y como se observa en el artículo 25 numeral 16, derogado por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013, en el cual se observa lo taxativa de la norma al manifestar que si la entidad no se pronuncia dentro del término de tres meses siguientes, se tomará que la decisión es favorable para el peticionario, declarando que de esta forma se configura el silencio administrativo positivo, dando también un factor de responsabilidad a los funcionarios que intervienen en el trámite para dar respuesta a la solicitud.

Es por esta razón y teniendo en cuenta lo antes mencionado, que el silencio administrativo positivo en general debe cumplir una serie de aspectos específicos, tal y como lo manifiesta la Ley según el caso en particular, por lo que su configuración y posterior reclamación deberá estar sujeto a las condiciones y parámetros que la ley disponga, motivo por el cual deberá de cumplir por lo menos los cuatro aspectos que menciona la ley.

Por otro lado y teniendo en cuenta los diferentes medios de reclamación de los derechos, se debe tener en cuenta las diferentes acciones contenciosas o constitucionales, bien es el caso de la acción de simple nulidad, nulidad y restablecimiento, acción de cumplimiento, en el entendido que las mencionadas acciones no dan lugar a la reclamación del derecho frente del silencio administrativo positivo. Igualmente, es oportuno mencionar que estas acciones pueden operar cuando la administración como consecuencia del silencio administrativo positivo vulnera de manera directa o indirecta los derechos del contratista, o si los actos que se generen atentan contra la Constitución y la Ley.

Así las cosas, el silencio administrativo positivo frente a la contratación Estatal en concordancia con la Ley 1437 de 2011, establece una serie de condiciones y

parámetros para su configuración, las cuales le permiten por medio del acto ficto acudir a un procedimiento preestablecido para la reclamación del derecho, el cual se entiende configurado y formalizado de conformidad con el artículo 25 numeral 16 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011, donde el mencionado procedimiento una vez se cumple a cabalidad, da por reconocido el silencio administrativo positivo desde el primer momento en que se configuró, obligando a la administración a reconocer el derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMENTADO, Editorial Leyer 2010. Pág. 57
- Congreso de la República de Colombia; (1913) LEY 130 DE 13 DICIEMBRE DE 1913, Código Administrativo, Consejo de Estado.  
<http://consejodeestado.gov.co/seminario/DOCUMENTOS/1913.%20LEY%20130%20DE%201913.pdf>
- Congreso de la República de Colombia; (1958) LEY 58 DE 28 DE DICIEMBRE DE 1958, Reforma al Código Contencioso Administrativo, Diario Oficial 36163 de enero 3 de 1958. Artículo 4.
- Congreso de la Republica de Colombia; (1989) DECRETO 2304 DE 7 DE OCTUBRE DE 1989, Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo.
- Congreso de la Republica de Colombia (1984) DECRETO 1 DEL 2 DE ENERO DE 1984, Código Contencioso Administrativo comparado y concordado. Editorial ICDP 2013.
- Congreso de la Republica de Colombia (2011), LEY 1437 DE 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 13.
- Congreso de la Republica de Colombia (1993), LEY 80 DE 1993, Estatuto General de Contratación de Administración Pública, Artículo 1.
- Congreso de la Republica de Colombia(1994)DECRETO 679 DE 1994, Reglamente parcialmente la Ley 80 de 1993, Artículo 15
- CORTE CONSTITUCIONAL, 1993, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-242 de 23 de junio de 1993. Magistrado ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

- ENRIQUE GIL BOTERO, 2012, Bogotá, Colombia. Ex Presidente del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de Reforma, "Recursos, Silencio Administrativo y Revocatoria Directa", Publicación del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código del Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2012. Publicación realizada con apoyo de la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República.
- AGUADO I CUDOLA, Vicenc. (2001) Silencio administrativo e inactividad. España, Madrid, Editorial Marcial pons. Pág. 54.
- GARCÍA DE RENTERÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMON. Págs. 556 y 557.
- GORDILLO, AGUSTÍN. 1999. Tratado de Derecho Administrativo, El Acto Administrativo. Primera edición colombiana. Biblioteca Jurídica dike. Cap.III, Medellín, Colombia ,pág. 5 y Cap. X, pág.41.
- GREGORIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ. Silencio administrativo Positivo Pág. 83, 84.
- MARTIN MATEO, Ramón. 1998, Madrid. España, Manual de derecho administrativo. Décimo novena edición. Trivium. Pág. 330.
- PENAGOS GUSTAVO, 2001, Bogotá D.C, Colombia. El acto administrativo: origen, principios fundamentales, fuentes, deslegalización, elementos y caracteres. Editorial Librería del Profesional. Pág. 213.
- PENAGOS GUSTAVO, 2013. Bogotá D.C., Colombia; El silencio administrativo. Valor Jurídico de sus efectos. Editorial Librería del Profesional,. Pág. 111.
- <http://www.icdp.co/revista/articulos/4/SILENCIO%20ADMINISTRATIVO%20POSITIVO-%20GREGORIO%20RODRIGUEZ%20VASQUEZ.pdf>.