

SILENCIO ADMINISTRATIVO – Concepto. Clases. Positivo. Negativo. Efectos. Acto ficto o presunto/ SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO – Facultades del administrado

Se tiene que el silencio administrativo constituye para la Administración «...el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean...»; y para el administrado, el «...mecanismo de sanción morosa...» que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición y el acceso a la administración de justicia. En el régimen jurídico colombiano el silencio administrativo puede ser positivo o negativo, siendo este último la regla general, que nace como una ficción de carácter legal y ha sido definida en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo. De la transcripción del precitado artículos se desprende que cuando transcurre un determinado tiempo y la Administración no manifiesta su voluntad respecto de una solicitud en particular, de forma definitiva, se presume la existencia de un acto ficto que contiene una decisión desfavorable a las pretensiones del peticionario. Dicha decisión tiene inmersa una facultad en cabeza del administrado de i) esperar a que la administración algún día se pronuncie, ii) hacer uso de los recursos en contra del acto ficto, o iii) formular a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda en contra del acto presunto. **NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sección Tercera de 8 de marzo de 2007, Rad. 14850.

CONTRALORIAS TERRITORIALES –Gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual. No cuentan con personería jurídica. Representación judicial corresponde al Contralor

Las Contralorías Departamentales y/o Municipales son entidades que gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, conforme a los mandatos de los artículos 272 de la Constitución y 66 de la Ley 42 de 1993 y 136 de 1994, autonomía administrativa que implica la facultad de resolver, con arreglo a las leyes, los asuntos internos para el debido funcionamiento del organismo, entre los cuales se encuentra el resolver las diferentes peticiones que formulen sus empleados o ex empleados. Igualmente, cabe anotar que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere personería jurídica, empero, de conformidad con el artículo 159 del CPACA, la representación judicial en los procesos originados en su actividad corresponderá al respectivo contralor.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 66 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 272 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 155 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 159

ACTO FICTO O PRESUNTO – Se configura cuando no se resuelve de fondo la solicitud y no la remite al funcionario competente /

La configuración del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo se produce cuando la administración a pesar de dar respuesta no resuelve de fondo la solicitud y no la remite al funcionario competente, sin que deba imponerse la carga a la parte demandante por no demandar el acto con el que se dio una simple respuesta formal a lo pedido, por lo que el funcionario judicial debe hacer uso de la herramienta como la inadmisión de la demanda, para que se subsanen las falencias formales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril del dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00632-01(2436-14)

Actor: ENRIQUE DE JESUS ARZUZA MOLINARES

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – CONTRALORIA
DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO**

Tema: Ley 1437 de 2011
Configuración del acto ficto o presunto producto del silencio
administrativo negativo

Auto Interlocutorio O-0150-2016

1. ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido el 20 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que rechazó de plano la demanda por inexistencia del acto administrativo ficto o presunto.

2. ANTECEDENTES

El actor instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para que se declarara la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo en que incurrieron las entidades demandadas, respecto del derecho de petición de fecha 29 de junio de 2011.

A título de restablecimiento solicitó se ordene el reconocimiento y pago del incremento salarial de los años 2001 en adelante, la reliquidación de las prestaciones sociales y su pago incluyendo la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995.

2.1 Providencia apelada (folios 49 a 51)

Mediante la providencia apelada, el a-quo rechazó la demanda de conformidad con el ordinal 3º del artículo 169 del CPACA, por considerar la inexistencia del acto ficto demandado, toda vez que a folio 42 de la demanda la parte actora adjunta copia de un acto expreso de 9 de junio de 2011 el cual en su contenido hace referencia a las pretensiones de la demanda y sobre el cual no hay evidencia que haya sido discutido en sede administrativa o judicial.

Igualmente, consideró que las pretensiones de la demanda no guardan identidad con el derecho de petición, ni con la de solicitud de conciliación prejudicial.

2.2 Recurso de apelación (folios 53 a 55)

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, por considerar que a pesar de que la Contraloría Departamental del Atlántico respondió la petición el 9 de junio de 2011, en el presente proceso se demandó al Departamento del Atlántico y sobre esta entidad territorial se configuró el silencio administrativo negativo al no contestar el derecho de petición de 29 de junio de 2011.

Lo anterior, por cuanto es el Departamento del Atlántico la entidad que representa a la Contraloría Departamental del Atlántico por carecer esta de personería jurídica y ser aquel el autorizado por la Ordenanza 077 de 2009 de saneamiento fiscal para realizar los pagos reclamados.

Finalmente, señaló que las pretensiones de la demanda si guardan identidad con las peticiones realizadas en la actuación administrativa y en la conciliación prejudicial.

3. CONSIDERACIONES DE LA SUBSECCIÓN

3.1 Competencia

Con fundamento en los artículos 125 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, decide la Subsección “A” el recurso de apelación objeto de análisis en esta providencia.

La competencia para emitir la decisión en segunda instancia es de la Sala de la Subsección en la medida en que la providencia recurrida fue adoptada por la Sala de decisión del respectivo Tribunal al tenor de las normas en comento.

3.2 Problemas jurídicos

Corresponde determinar a la Subsección si en este caso es procedente rechazar de plano la demanda por la no configuración del silencio administrativo negativo y para tal efecto deberán resolverse los siguientes problemas jurídicos.

¿En quién recae la representación de las Contralorías Departamentales en asuntos administrativos?

¿La respuesta a un derecho de petición que indique la falta de competencia para resolver el mismo, sin remitirlo al competente de conformidad con el artículo 33 del CCA, constituye acto administrativo de fondo que impide la configuración del silencio administrativo negativo?

Para dar respuesta a lo anterior, la Subsección se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) Actos producto del silencio administrativo negativo (ii) Autonomía administrativa de las Contralorías Departamentales, y iv) caso concreto

1.- Actos producto del silencio administrativo negativo.

En el presente caso se observa que el derecho de petición fue interpuesto el 29 de junio de 2011, por lo cual, las reglas de procedimiento para determinar si se produjo el silencio administrativo negativo son las previstas en el Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 308 del CPACA.

Definido lo anterior, se tiene que el silencio administrativo constituye para la Administración “...*el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean...*”¹; y para el administrado, el “...*mecanismo de sanción morosa...*”² que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición³ y el acceso a la administración de justicia⁴.

En el régimen jurídico colombiano el silencio administrativo puede ser positivo⁵ o negativo, siendo este último la regla general, que nace como una ficción de carácter legal⁶ y ha sido definida en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

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

De la transcripción se desprende que cuando transcurre un determinado tiempo y la Administración no manifiesta su voluntad respecto de una solicitud en particular, de forma definitiva, se presume la existencia de un acto ficto que contiene una decisión desfavorable a las pretensiones del peticionario.

¹ Sayagués Iaso, Enrique de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 435.

² Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 221.

³ Artículo 23 de la Constitución Política de 1991.

⁴ Carlos Betancour Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo, señala que el silencio administrativo “es una garantía para el administrado y no para la administración”. Página 229.

⁵ Sólo opera en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales y su efecto es la producción de una decisión positiva.

⁶ Tomado del Manual del Acto Administrativo del Doctor Luis Enrique Berrocal Guerrero. Sexta edición. Bogotá, Colombia.

Dicha decisión tiene inmersa una facultad en cabeza del administrado de i) esperar a que la administración algún día se pronuncie, ii) hacer uso de los recursos⁷ en contra del acto ficto, o iii) formular a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda en contra del acto presunto.⁸

Visto lo anterior, se concluye que el silencio administrativo negativo es una garantía consustancial al debido proceso que debe prevalecer en toda actuación administrativa y que se erige en favor del administrado cuando la administración no emite respuesta de fondo a una petición; por tanto, la única forma de impedir su ocurrencia es que se emita una respuesta definitiva a lo solicitado y/o se remita la petición recibida por una autoridad incompetente, al funcionario o entidad que se considera es la facultada para resolverla.

2.- Autonomía administrativa de las Contralorías Departamentales

La autonomía administrativa de las Contralorías Departamentales está fundamentada en el artículo 66 de la Ley 42 de 26 de enero de 1993, que reguló la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, la cual dispone:

“En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las Asambleas y Concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas”.

Así mismo, el artículo 155 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, señala que *“las contralorías distritales y municipales son entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrán realizar funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.”*

De lo anterior se colige que las Contralorías Departamentales y/o Municipales son entidades que gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual,

⁷ Establecidos en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SILENCIO ADMINISTRATIVO Sentencia 14850 de marzo 8 de 2007.

“...si bien el silencio administrativo opera por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de declaración judicial que lo reconozca, que lo declare o que lo constituya, ello no significa que el silencio administrativo negativo sustancial o inicial opere o se configure de manera automática, por la sola expiración del plazo consagrado como requisito para su configuración, comoquiera que en cuanto se trata de una garantía consagrada a favor del peticionario, quedará a voluntad de este determinar su efectiva configuración a partir de la conducta que decida emprender, puesto que dicho peticionario siempre tendrá la opción de continuar esperando un tiempo más para que la autoridad competente se pronuncie de manera expresa —pronunciamiento que puede realizarse en cualquier momento, mientras la administración conserve la competencia para ello y que de darse excluye, per se, la opción de que se llegue a configurar un acto administrativo ficto o presunto—, o, por el contrario, dejar de esperar y dar por configurado el respectivo silencio, bien porque hubiere procedido a interponer, en debida forma, los recursos pertinentes en la vía gubernativa contra el correspondiente acto ficto o presunto o bien porque hubiere procedido a demandar la declaratoria de nulidad de dicho acto administrativo presunto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

conforme a los mandatos de los artículos 272 de la Constitución y 66 de la Ley 42 de 1993 y 136 de 1994, autonomía administrativa que implica la facultad de resolver, con arreglo a las leyes, los asuntos internos para el debido funcionamiento del organismo, entre los cuales se encuentra el resolver las diferentes peticiones que formulen sus empleados o ex empleados.

Igualmente, cabe anotar que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere personería jurídica, empero, de conformidad con el artículo 159 del CPACA, la representación judicial en los procesos originados en su actividad corresponderá al respectivo contralor.

3.- Caso Concreto

Observa la Subsección que a folios 56 y 57 obra un primer derecho de petición del 27 de mayo de 2011, dirigido al Gobernador del Departamento del Atlántico y al Contralor Departamental en el que solicitó lo siguiente:

“Solicitamos se ordene y reconozca el pago de los valores adeudados a:

ENRIQUE DE JESÚS ARZULA MOLINARES por concepto de: incremento salarial de los años 2001 a 2010, sueldos, bonificaciones por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías, horas extras y los salarios moratorios establecidos en la ley a razón de un día de salario por cada día de retraso en el pago de dichos retroactivos.”

A través de Oficio sin número de 9 de junio de 2011 (folios 42 y 43) suscrito por el Contralor Departamental del Atlántico, se le dio respuesta indicándole que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1416 de 2010 *“le corresponde al Departamento del Atlántico, asumir las erogaciones con ocasión a conciliaciones, condenas e indemnizaciones con cargo a su presupuesto, en virtud de lo cual previo el estudio de los requisitos fácticos y legales necesarios para el reconocimiento y pago de las acreencias laborales que dan origen a las reclamaciones”* y a continuación le manifestó *“Dadas las circunstancias anotadas anteriormente, es que no es posible por parte de este ente atender, tramitar mucho menos conciliar con respecto a su reclamación administrativa (...) cuando es la Gobernación del Atlántico, por intermedio de la Secretaría de Talento Humano y la Secretaría de Hacienda quien está llevando a cabo la revisión de las liquidaciones, los actos administrativos de reconocimiento de las acreencias laborales y órdenes de pago”*.

Posteriormente, el 29 de junio de 2011, el apoderado de la parte demandante presentó derecho de petición ante el Gobernador del Departamento del Atlántico (Secretaría de Talento Humano) y al Contralor Departamental, en el que solicitaba lo siguiente (folios 39 a 41):

“1. Que se me informe quien es el funcionario competente para realizar el reconocimiento y pago de los derechos laborales distintos al retroactivo que

les corresponde a mis poderdantes tal como lo ordenan el código sustantivo del trabajo y el de procedimiento sustantivo del trabajo como serían la reliquidación de conceptos de cesantías, intereses de cesantías, salarios moratorios y demás derechos que les corresponda (ultra y extrapetita).

2. Que en mi calidad de apoderado de los reclamantes se me entregue copia de las liquidaciones provisionales remitidas por las contraloría a la gobernación, ello con el fin de verificar en ellas la inclusión de los conceptos laborales enunciados en el punto anterior y en su defecto acudir a la justicia laboral para que se ordene el pago de los mismos”.

De conformidad con lo expuesto en acápites anteriores, se tiene que la Contraloría Departamental del Atlántico a pesar de no contar con personería jurídica, goza de autonomía administrativa para resolver sus asuntos internos, como el que se pretende en el presente caso de reconocimiento y pago del incremento salarial de los años 2001 en adelante y la reliquidación de las prestaciones sociales y su pago incluyendo la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995.

Es por ello que el Contralor Departamental mediante Oficio sin número de 9 de junio de 2011, contestó el derecho de petición formulado por el apoderado del demandante, cuyas peticiones concuerdan con las pretensiones de la demanda, en el sentido de solicitar el pago de los valores adeudados por el incremento salarial de los años 2001 a 2010 y la correspondiente reliquidación de sus prestaciones sociales.

No obstante, este Oficio no contiene una respuesta definitiva que decida la petición del demandante, pues se limitó a señalar que las liquidaciones de los derechos reclamados estaban a cargo del Departamento del Atlántico, sin remitir por competencia a la dependencia que a su juicio era la que debía hacerlo, tal como lo señalaba el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de la interposición del derecho de petición.

Ahora bien, respecto de la petición de 29 de junio de 2011, sobre el cual pretende la configuración del acto ficto o presunto, observa la Subsección que en esta en realidad se solicita aclaración respecto del Oficio sin número de 9 de junio de 2011, y así definir quién es el funcionario competente para realizar el reconocimiento y pago de los derechos laborales reclamados, sin que solicite expresamente su reconocimiento y pago y sin que pueda derivarse de su contenido las pretensiones señaladas en la solicitud de la audiencia de conciliación y posteriormente en la demanda.

Por lo tanto, ha de entenderse que el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo se configura respecto del derecho de petición de 27 de mayo de 2011, pues si bien existe una respuesta formal por parte de la Contraloría Departamental del Atlántico mediante Oficio sin número de 9 de junio de 2011, lo cierto es que del contenido del mismo no se desprende que se le haya dado respuesta definitiva al demandante en los términos referidos anteriormente, mucho menos se remitió al funcionario que consideraba competente para ello.

En las anteriores condiciones se revocará la providencia recurrida y en su lugar se ordenará al a-quo que de conformidad con el artículo 170 del CPACA inadmita la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para que se adecue con base en las consideraciones de esta providencia, además para que proceda a estudiar los demás requisitos de admisión.

En conclusión: La configuración del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo se produce cuando la administración a pesar de dar respuesta no resuelve de fondo la solicitud y no la remite al funcionario competente, sin que deba imponerse la carga a la parte demandante por no demandar el acto con el que se dio una simple respuesta formal a lo pedido, por lo que el funcionario judicial debe hacer uso de la herramienta como la inadmisión de la demanda, para que se subsanen las falencias formales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”,

RESUELVE

Primero: Revocar la providencia de 20 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que rechazó de plano la demanda por inexistencia del acto administrativo ficto o presunto, en su lugar, se ordenará al Tribunal que la inadmita para que se adecue con base en las consideraciones de esta providencia y además proceda a estudiar los demás requisitos de admisión.

Segundo: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia **DEVÚELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO