

<i>Radbruch, Gustavo:</i>	Filosofía del Derecho El Espíritu del Derecho Inglés
<i>Recaséns Siches, Luis:</i>	Filosofía del Derecho Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho
<i>Rojina Villegas, Rafael:</i>	Derechos Reales y Personales
<i>Romero, Francisco:</i>	Lógica
<i>Rousseau, J. J.:</i>	El Contrato Social
<i>Scotto, Duns:</i>	Obras
<i>Schreier, Fritz:</i>	Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho
<i>Stammler, Rudolf:</i>	Filosofía del Derecho
<i>Verdross, Alfred:</i>	La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental
<i>Vinogradoff, Paul:</i>	Introducción al Derecho
<i>Welzel, Hans:</i>	Derecho Natural y Justicia Material

CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Dr. Jairo E. Duque Pérez

SILENCIO ADMINISTRATIVO o teoría de la ABSTENCION ADMINISTRATIVA

(Continuación)

Para evitar que la tardanza de la Administración en resolver los recursos administrativos haga imposible la acusación jurisdiccional de sus actos, el art. 80 del C. C. Administrativo, hoy modificado por el parágrafo del art. 18 del Dto. 2733 del 59, estatuye que la vía administrativa se considera agotada cuando, interpuestos alguno o algunos de los recursos, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.

Duguit explica así el origen de la institución:

“Convine añadir que la ley misma ha favorecido esta protección jurisdiccional del administrado. Prohíbe, en efecto, al administrador, sustraerse con su silencio a la intervención de

los jueces. Durante largo tiempo la Administración Activa podía impedir al administrado interponer un recurso jurisdiccional; no respondía a su demanda, y de este modo, como no había acto administrativo, el Consejo de Estado no podía intervenir. Ya el decreto de 2 de noviembre de 1864 había procurado un remedio relativo contra tal riesgo. Decidía que si el ministro, en el caso del recurso gubernativo, dejaba transcurrir cuatro meses sin contestar, este silencio debía considerarse como una decisión de denegación que podía ser impugnada ante el Consejo de Estado”.

“La ley de 17 de julio de 1900 (art. 3º), vino a generalizar esta disposición. Dispone en efecto, “*Que en los asuntos contenciosos que no puedan plantearse ante el Consejo de Estado más que bajo la forma de recursos contra una decisión administrativa, cuando haya transcurrido un plazo de más de cuatro meses sin que se hubiere dictado ninguna decisión, las partes interesadas pueden considerar su demanda como rechazada y recurrir ante el Consejo de Estado*”.

Según las disposiciones legales citadas, el silencio administrativo está condicionado por los siguientes requisitos:

- 1º) Que se trate de un acto administrativo susceptible de atacarse por vía administrativa; esto es, acto individual, en ningún caso acto general, ni material.
- 2º) Que en tiempo oportuno el titular del derecho subjetivo que tal acto lesiona, haya interpuesto cualquiera de los recursos administrativos estudiados (reposición y apelación).
- 3º) Que haya transcurrido un mes sin que la Administración decida; término que se cuenta desde el día en que se vence el plazo que el particular tiene para ocurrir en vía administrativa y no desde el día en que se interpuso el recurso.
- 4º) Que el particular *quiera* ocurrir a la vía jurisdiccional, ya que es facultativo considerar agotada la vía administrativa por la falta de decisión de la Administración.
- 5º) Que la acción judicial (de plena jurisdicción o nulidad según el caso) se promueva en cualquier momento comprendido entre el primer mes y 4 meses desde que la Administración decida el recurso pendiente.

De los anteriores presupuestos y muy especialmente del 4º, se colige que la institución que se analiza consagra una preciosa garantía para

el particular de la que éste puede hacer uso o nó; por tanto si prefiere esperar que la Administración decida el recurso pendiente, no por ello caducará el derecho de acusar judicialmente el acto siempre que promueva la acción dentro de los términos legales que deben computarse desde la fecha en que la Administración profiera la decisión del recurso. Una interpretación distinta de las normas que establecen el silencio las despojaría del carácter de garantía, para convertirlas en obligación a cargo del particular, lo que pugna con el carácter protector de las instituciones contencioso-administrativas.

En respanlo de la anterior tesis invocamos la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina nacional y la doctrina extranjera.

Dice la jurisprudencia:

“El derecho consagrado en el artículo 80 para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de silencio de la Administración, es una FACULTAD para el particular de que éste puede o nó aprovecharse, y que en esta virtud, el término de 4 meses de que habla la disposición (hoy 1 mes) no puede tenerse en cuenta para la prescripción de la acción sobre el restablecimiento del derecho” (Tulio Enrique Tascón - Derecho Contencioso Administrativo página 171).

Dice la doctrina nacional:

“EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION. Se acaba de expresar la importancia que dentro de los intereses de la administración y de los particulares tiene la ABSTENCION en el ejercicio de la facultad discrecional. Con el fin de dar a los particulares una garantía de sus derechos, frente a la potestad discrecional de la Administración para determinar el momento en que deban ser desatados los recursos interpuestos contro sus actos, nuestro código contencioso administrativo incorporó al derecho colombiano, el fenómeno denominado SILENCIO DE LA ADMINISTRACION.

En relación con el art. 80 del C. C. A., debemos observar:

- 1º) NO SE TRATA DE UNA FIJACION DE TERMINO A LOS FUNCIONARIOS QUE CONOCEN DE LOS RECURSOS, sino de UNA FACULTAD QUE SE OTOR-

GA A LOS PARTICULARES, de la cual pueden hacer uso a su arbitrio”.

- 2º) A nuestro modo de ver el término de cuatro meses es sólo el *mínimum* de tiempo para que se entienda negado el recurso. Es decir, si vencido el término señalado el interesado no ocurre a la vía jurisdiccional, *puede* hacerlo en cualquier tiempo posterior, antes de la respectiva resolución.
- 3º) Para que opere el “silencio administrativo” se requiere que haya un primer acto, contra el cual haya recurrido el particular” (Conferencias de Derecho Administrativo U. Javeriana, Profesor Alvaro Copete Lizarralde).

El Dr. Mario Rodríguez en sus notas de clase, acepta la solución dada, esto es, que el sólo transcurso del término de un mes no priva automáticamente a la administración de la competencia para conocer del recurso y por ende, el término para la interposición de la acción NO SE CUENTA desde esta época. Tomamos textualmente:

“Yo me inclino por la solución contraria. Manuel J. Argañarás, autor argentino, hace un estudio muy completo sobre los problemas que plantea el silencio de la administración y llega a la conclusión de que a falta de disposición expresa de la ley EL TERMINO NO OPERA AUTOMATICAMENTE, sin que queda a opción del directamente interesado en el recurso, pues de lo contrario se prestaría a sorpresas para la Administración y a una interpretación desfavorable para el mismo demandante para cuyo favor se ideó el beneficio de la acción por retardación, como se llama en la Argentina el problema del silencio administrativo”.

Y posteriormente para impugnar el criterio de Sarria que sostiene la tesis contraria, advierte:

“Creo que hay un argumento definitivo para rebatir la tesis de Sarria y es que el Dto. 2733 del 59, autoriza a la Administración para revocar directamente el acto administrativo de oficio o a solicitud de parte en los casos allí contemplados o sea cuando el acto es manifiestamente contrario a la C. N., o a las leyes, cuando contradice el interés general o cuando causa injusto agravio a una persona, revocación que puede acometer directamente el funcionario, que emitió el acto o el superior jerárquico de ese funcionario, de oficio o a

petición de parte, aún DESPUES DE INICIADA LA ACCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA y siempre y cuando no se haya proferido sentencia. Entonces no veo con que fundamento sostiene Sarria que AUTOMATICAMENTE, después de pasado el mes de interpuesto el recurso, queda la administración inhibida de seguir conociendo del negocio (14).

Dice la doctrina extranjera:

“CARACTER JURIDICO DEL TERMINO PARA DECIDIR.

Es evidente que la negación tácita no se funda en presunción alguna, como ya dijimos, sino que consiste en fijar un término, pasado el cual, tiene el interesado EXPEDITA la vía contenciosa; *pero no significa que él esté obligado a promover recurso, a menos que una ley lo disponga*. En cambio, cuando hay resolución denegatoria expresa, la ley fija un término. Esto se explica porque la Administración pública crea entonces una *situación jurídica* que para ella es necesario consolidar, ya que está segura de su derecho y por eso ha dictado resolución expresa.

CUANDO NO HA DICTADO RESOLUCION, puede el interesado insistir y esperar si lo prefiere, sin hacer uso de su facultad de demandar inmediatamente de vencido el término que a la Administración le fija la ley. Esta interpretación es la más lógica y jurídicamente fundada, pues la Administración puede mejor pensada la cosa, admitir la reclamación, con beneficio para ella y para el recurrente, y sobre todo para el orden jurídico, pues entonces se evita un litigio”. (Rafael Bielsa “Sobre lo Contencioso Administrativo” pág. 137 y 138).

En igual sentido se pronuncia Manuel J. Argañarás en las páginas 92 y 93 de su obra “Tratado de lo Contencioso-Administrativo”.

- (14) Entre los autores nacionales que se oponen a esta interpretación, figuran Eustorgio Sarria y Rafael Marriaga; este último, quien a la vez estima que la Administración pierde automáticamente su competencia para decidir el recurso pendiente por el sólo vencimiento del término de un mes, considera que el particular está obligado a comprobar ante el Juez administrativo con la respectiva certificación, que interpuso en tiempo el recurso y no fue decidido dentro del mes. De esto deduce “que la oportunidad para acudir al tribunal competente debe contarse a partir de la fecha de expedición de la mencionada constancia” (Derecho Contencioso - Administrativo Colombiano, pág. 221).

Regulación Doctrinaria del Silencio Administrativo.

Dos sistemas sigue la doctrina sobre la aplicación del silencio: a) la retardación en decidir implica DENEGACION del recurso; b) la morosidad en pronunciarse la Administración entraña decisión FAVORABLE al interesado recurrente.

En ambos casos se trata de actos administrativos tácitos; con el primero se crea una situación de certeza en favor del administrado, quien puede promover el recurso contencioso-administrativo, ya que no sería justo obligarlo, como dice Bielsa, a esperar indefinidamente, meses o años, a que la Administración decida; con la decisión favorable por retardación, se hace innecesario el recurso o acción contencioso-administrativa pues el particular resulta plenamente satisfecho en su interés, por la REVOCACION TACITA del acto impugnado en vía administrativa.

Nuestro derecho acoge el primer sistema sin perjuicio de que en casos especialísimos admita el segundo, lo que sucede por ejemplo en la ley 155 de 1.959 que sanciona las prácticas monopolistas. Conforme a esta ley, cuando varias empresas dedicadas al mismo ramo, proyectan fusionarse o integrarse en cualquier forma de sociedad y van a aportar un capital conjunto superior a los 20 millones de pesos, deben comunicarlo al Gobierno para que éste, previo concepto del Consejo Nacional de Planeación, pueda objetar esa operación si entraña el peligro de un monopolio, pero si en el término de 30 días no se han hecho las objeciones aludidas, la proyectada fusión se *entiende aprobada* (15).

Parece indudable que de los dos criterios doctrinarios expuestos, el segundo tutela más efectivamente el derecho del particular recurrente ya que lo dispensa de ocurrir ante el Juez administrativo en demanda contra el acto de la Administración; pero puede suceder que la implícita decisión favorable que en ese caso ampara al administrado, corra la misma suerte que la reclamación pendiente y no sea cumplida espontáneamente por la autoridad requiriéndose entonces la intervención judicial en un trámite de mera ejecución y no en proceso de cognición del derecho del particular.

Si se estableciera por ejemplo, que la tardanza de la Administración en decidir un recurso contra un acto de aforo de una contribución

(15) El último inciso del art. 1º del Acto Legislativo Nro. 1 de 1.960, modificatorio del art. 121 de la C. N., consagra también una especie de suspensión implícita de los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones especiales del estado de sitio, cuando la Corte no falla sobre su exequibilidad, dentro del término de seis días.

implicara resolución favorable al particular, no podría exigirse a éste el pago en cuantía superior a la que fija el interés del recurso pendiente; y si la impugnación comprende la totalidad de la suma, la Administración no puede iniciar el juicio de apremio por jurisdicción coactiva contra el contribuyente, ni de ninguna otra manera pretender el pago de una obligación que resultó, por el acto tácito, carente de causa.

En nuestro derecho el sólo transcurso del término produce automáticamente el silencio Administrativo sin necesidad de ulterior gestión del particular, quien desde entonces puede considerar denegado el recurso y pasar a la vía judicial. En otros ordenamientos jurídicos como el español, italiano y argentino, v. gr., se debe denunciar la mora de la Administración mediante un escrito en que el interesado solicita nuevamente la decisión del asunto pendiente y transcurrido un lapso desde esta súplica sin producirse la resolución definitiva, el particular estará habilitado para iniciar la acción contencioso-administrativa correspondiente. (16)

El silencio administrativo plantea una serie de cuestiones de sumo interés entre las que se distinguen principalmente, las dos siguientes:

- 1ª) Si transcurrido el plazo del silencio administrativo, la Administración pierde la competencia para resolver el recurso planteado;
- 2ª) Si la resolución tardía de la Administración esto es, fuera del plazo del silencio, rehabilita el plazo para recurrir contra ella.

En el derecho español los anteriores puntos han originado discusión, pero entre nosotros están definidos por la ley.

Por ser el silencio una mera facilidad que se brinda al particular para que acuda ante la Jurisdicción C. A., es indudable que no ENTRAÑA UNA RESOLUCION DEL ASUNTO y, precisamente porque el asunto está sin resolver puede la Administración decidir, estimando o rechazando el recurso ya que, no ha perdido su competencia.

Así se deduce del art. 22 del Decreto 2733 de 1.959 que le confiere a la Administración la facultad de revocar sus actos en cualquier tiempo a menos que, tratándose de actos que se hallen sometidos al control de los Tribunales C. Administrativos, SE HAYA DICTADO SENTENCIA DEFINITIVA.

Si la Administración decide favorablemente el recurso del particular, el juicio administrativo termina por sustracción de materia;

(16) Argañarás cita el art. 7º del Código de Buenos Aires como estatuto que exige la denuncia de la mora; pero los Códigos de San Luis, Córdoba, Santa Fe y la Rioja entre otros, siguen el primer sistema.

en caso contrario, la resolución tardía de la Administración no incide en el juicio pendiente; en éste supuesto, tal decisión es irrelevante.

Finalmente cuando la providencia administrativa se dicta en tiempo oportuno pero se retarda la NOTIFICACION por no cumplirse dentro de los términos establecidos en el art. 74 y pertinentes del Dto. 2733, debe entenderse que el plazo para recurrir comienza a correr desde el momento de la notificación.

El silencio Administrativo y la Acción por Retardación.

Las disposiciones legales que dejamos citadas (art. 80 C. C. A. y 18 del Dto. 2733 del 59) condicionan la institución del silencio administrativo a la previa y oportuna interposición de los recursos administrativos. Se pregunta si es dable extenderla a los frecuentes casos en que la Administración se abstiene de resolver una petición legítima que haga el particular y que no revista las formalidades de "recurso administrativo".

Sea lo primero advertir que tal como está plasmada la figura en los textos legales prealudidos, no abarca los casos de abstención de la Administración y por ello puede creerse que en éstos rige la absoluta discrecionalidad de la autoridad.

Sin embargo tal conclusión repugnaría con el espíritu protector de las normas que rigen la actividad administrativa y en general las instituciones contencioso-administrativas. Si la Administración nada responde al particular, estando obligada a pronunciarse, se perfila un caso de denegación de justicia que puede dar origen a una responsabilidad extracontractual del Estado y la acción estaría dirigida entonces a obtener una total indemnización el particular por el abuso de la Administración al no decidir. (17)

(17) Waline le da a la institución un alcance general que es el más adecuado con el interés de los administrados. Dice textualmente: "Un administrado dirige una demanda a la Administración. Si ésta se allana a lo pedido, no hay dificultad. Si opone un rechazo formal, el administrado puede dirigirse al juez, impugnando el rechazo sufrido. Pero si aquella nada responde, no va a encontrarse el administrado desamparado, expuesto a una denegación de justicia? Así era efectivamente, antes; pero por el decreto de 12 de noviembre de 1867 (art. 7º) y por la ley de 17 de julio de 1900 (art. 3º), se ha establecido la siguiente regla: cuando una RECLAMACION ha sido dirigida a la Administración, el silencio de ésta, prolongado durante cuatro meses, equivale a un rechazo de la reclamación. El administrado se encuentra en presencia de lo que se llama una resolución implícita de rechazo, y puede atacarla por un recurso contencioso" (Manuel Élémentaire de Droit Administratif ed. 1936, pág. 96).

En el mismo sentido se pronuncia el derecho argentino, (ver Argañarás o. c., pág. y ss.).

A esta conclusión es forzoso arribar si se tiene en cuenta que el Estado es responsable tanto de sus hechos como de sus abstenciones, cuando con ellos causa perjuicios a los gobernados. Dentro de la palabra "Hecho" (fait), se hallan comprendidas, para la mayor parte de la doctrina, tanto la responsabilidad por acción como la responsabilidad por omisión del Estado. (18)

En el caso que nos ocupa, el particular puede obtener judicialmente el resarcimiento del perjuicio causado por la omisión de la Administración en decidir, mediante el empleo del contencioso de reparación directa según la doctrina que informa los artículos 68 del C. C. A. y el art. 20 del Dto. 528 de 1.964 en concordancia con los literales "a" y "c" de los artículos 30 y 32 ibídem.

Desviaciones de la Jurisprudencia Nacional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, que en los últimos años ha sentado pautas en la evolución de nuestro derecho administrativo, se ha pronunciado sobre algunos aspectos del instituto que se comenta, tal como pasa a indicarse.

En sentencia del 15 de septiembre de 1955 esa entidad dijo refiriéndose al texto del artículo 273 del C. C. A.: "El art. 273 del C. C. A., manda en forma categórica, que los tres meses de la caducidad de la acción contenciosa de impuestos deben contarse sólo desde la fecha de ejecutoria de la última decisión". Y al exigir una última decisión necesariamente se descarta la posibilidad de la aplicación del art. 80, que considera agotada la posibilidad de la aplicación del art. 80, que considera agotada la vía administrativa cuando, interpuestos algunos de los recursos gubernativos, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión que resuelva sobre ellos". (19)

En materia tributaria la legislación consagra algunas innovaciones al procedimiento gubernativo, introduciendo recursos no contemplados en el trámite administrativo común, con el fin de facilitar al particular sus reclamaciones, y a la vez, con la mira de evitarle la promoción de la acción judicial. De estas modificaciones al sistema ordinario dan testimonio la Ley 81 de 1960 y el Decreto Extraordinario Nº 1651 de 1.961, por el cual se dictan normas procedimentales para su aplicación.

(18) Toullier, C. B. M.: Jurisprudencia sobre Responsabilidad Extra-contractual en el derecho Público y Privado, Tomo I., pág. 215.

(19) Sentencia citada por Ortega y Torres en el Código Contencioso Administrativo, edición de 1959, pág. 365.

El art. 53 del precitado Decreto estatuye:

“Queda agotada la vía gubernativa cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de reclamación, reposición y apelación, o por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar el recurso de reposición”.

Del artículo transcrito podría deducirse que el silencio administrativo repugna al procedimiento administrativo fiscal y que necesariamente debe producirse un acto expreso (el acto que confirma el de aforo, asignación o liquidación) cuya revisión constituye el objeto del juicio contencioso-administrativo. En esta forma el texto citado resultaría congruente con el art. 273 del C. C. A., y lógicamente, con el fragmento de fallo arriba anotado.

Esta opinión lejos de ajustarse al espíritu protector de los derechos del administrado que fluye de las normas que consagran el silencio administrativo, lo contraría y desconoce en uno de los campos de más frecuentes fruiciones entre el Administrador y sus súbditos. Le sería fácil a aquél dilatar el trámite de los recursos administrativos y no tomar decisión alguna, y mientras tanto privar al particular de la oportunidad de presentar demanda judicial. Esta solución resulta tanto más absurda si se tiene en cuenta que en materia tributaria el recurrente debe cubrir el importe de la contribución discutida para que se abra el trámite gubernativo y jurisdiccional.

El Consejo de Estado en fallo del cual fue ponente el Dr. Guillermo González Charry, da a entender que la vía administrativa debe necesariamente agotarse con *decisión expresa* de la Administración cuando el interesado, sin estar obligado a promover el recurso de reposición, hace uso de este remedio legal en ejercicio de la facultad que le concede el Decreto 2733 de 1959. Tomo textualmente de la providencia citada:

“Ha sido tesis constante de esta Sala, que el recurso de reposición contra actos de la Administración, no es necesario para abrir el campo a la vía contencioso-administrativa, a menos que en forma categórica, expresa y clara, así se determine por la ley, lo que no ocurre para los casos generales. Pero, se ha agregado que cuando dicho recurso se ha intentado, aún no siendo obligatorio, es preciso que el interesado espere a que la Administración resuelva, pues que habiendo partido de él la iniciativa para que aquella prolongara su actuación más allá de lo legalmente necesario, *debe aguardarse a la decisión que en últimas pronuncie*, pues sólo entonces quedará agotada la vía gubernativa y

expedita la que es idónea para llegar a los tribunales de lo contencioso”. (20)

Si la tesis que se trasluce de esta sentencia es la improcedencia del silencio administrativo cuando el interesado promueve, haciendo uso de la facultad que le reconoce la ley, el recurso de reposición contra un acto administrativo que lesiona su derecho, no dudamos en señalar la aludida providencia como nuevo brote de desviación jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo.

Es cierto que cuando el particular ejercita el recurso administrativo aludido por su espontánea iniciativa, extiende las facultades de la Administración “más allá de lo legalmente necesario”, pero no por ello la está facultando implícitamente para que retarde a su antojo la decisión pedida. En este evento el particular interesado también está amparado con el silencio administrativo y puede entonces, transcurrido el mes desde la fecha de interposición del recurso, incoar la acción contencioso-administrativa.

Esta conclusión se deduce del tenor literal del párrafo del artículo décimoctavo del Decreto 2733 que condiciona el agotamiento de la vía administrativa por retardación de la Administración en decidir, a la interposición “de algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores” y por tanto, para el caso, a la interposición del recurso de reposición cuando el interesado lo promueve en ejercicio de la opción que le concede el artículo décimoquinto del premencionado Decreto.

Aceptar la tesis que el fallo pretende insinuar, es infringir ostensiblemente los textos citados y restringir caprichosamente el alcance de una institución general que, como el silencio administrativo, consagra una especial garantía a los administrados en sus relaciones jurídicas con la Administración Pública.

(20) Fallo publicado en el Tomo LXII de Anales del Consejo de Estado, Número 387-391, Segunda Parte, pág. 672.