



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Bogotá D.C., tres (03) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Expediente número: 05-001-23-33-000-2013-01457-01.

Número Interno: 0569-2014.

Actor: MARIELA OLIVA CASTAÑO DE CADAVID.

Demandado: MUNICIPIO DE CAUCASIA ANTIOQUIA.

Tema: Caducidad del medio de control frente a actos producto del silencio administrativo negativo.

Auto interlocutorio O-094-2016

ASUNTO

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la apoderada de la demandante contra el auto proferido el 22 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia con el que rechazó la demanda presente en este asunto.

ANTECEDENTES



Demanda¹:

La actora formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo negativo producto de la petición formulada el 21 de septiembre de 2012 que fue objeto de la respuesta parcial a través de oficio número 100-09-10-11659 de 24 de septiembre de 2012, expedido por el Alcalde del Municipio de Caucasia Antioquía.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que i) se declare administrativamente responsable al Municipio de Caucasia – Antioquia de la reliquidación de los honorarios por concepto de las secciones ordinarias y extraordinarias en que participó la actora en calidad de concejal durante los períodos constitucionales 2001 a 2003, ii) se condene al reconocimiento y pago de la indexación de las diferencias de los honorarios, iii) se condene al pago de los intereses moratorios de las diferencias de los honorarios, iv) se actualicen las sumas a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 del CPACA, y v) se condene al ente municipal demandado en costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de la demanda expresó que se desempeñó como concejal del Municipio de Caucasia – Antioquia en el periodo constitucional 2001 a 2003 y que recibió a título de honorarios por sección, el equivalente al salario básico legal diario que devengaba el Alcalde en dicho periodo constitucional, no obstante y como quiera que los honorarios no tuvieron en cuenta

¹ Folios 1 a 12.

la inclusión de todos los factores salariales que percibía el mandatario municipal de conformidad a lo dispuesto en el Régimen Político y Municipal, el 21 de septiembre de 2012 la demandante formuló una petición tendiente al reconocimiento y pago del reajuste de los honorarios percibidos.

El ente municipal a través de oficio 100-09-10-11659 de 24 de septiembre de 2012 señaló entre otras cosas que realizaría algunas actuaciones tendientes a obtener un concepto especializado de algunas entidades oficiales respecto de la viabilidad de la solicitud formulada y en consecuencia estaría dando respuesta de fondo en un término de 30 días.

LA PROVIDENCIA APELADA²

El Tribunal Administrativo de Antioquia el 22 de noviembre de 2013 rechazó la demanda de la referencia por considerar que respecto del acto demandado, se configuró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que el oficio No. 100-09-10-11-659 de 24 de septiembre de 2012, por medio del cual se negó la solicitud de la reliquidación de los honorarios devengados por la demandante en su calidad de ex concejal, se notificó el 26 de septiembre de 2012, por lo que se consideró que la oportunidad para presentar la demanda fenecía el 11 de marzo de 2013 y no el 23 de julio de 2013.

² Folio 55 a 57.



Señaló que el término de caducidad se suspendió desde el 16 de enero de 2013 al 28 de febrero del mismo año, por la presentación de la solicitud de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial Delegada.

RECURSO DE APELACIÓN³

La apoderada del demandante sostuvo que como quiera que la entidad no allegó la respuesta de fondo al derecho de petición formulado, se configuró el silencio administrativo de la administración y por tanto la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho puede presentarse en cualquier momento.

En el escrito de apelación reformula las pretensiones de la demanda de acuerdo con la situación fáctica presentada y con el agotamiento del requisito de procedibilidad llevado a cabo en este asunto.

CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴,

³ Folio 60 a 64 cuaderno principal.

⁴ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de



el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico.

En atención a la situación presentada en el sub examine, resulta necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

La mención de un acto administrativo expreso que no resuelve de fondo una petición, en la pretensión de nulidad encaminada a la nulidad del acto ficto negativo, ¿tiene la entidad suficiente para considerar que ha demandado un acto expreso y no el ficto producto del silencio administrativo?

¿Cuál es la decisión procesal adecuada que debe adoptar el funcionario judicial que se percate de un error en la formulación de la pretensión de nulidad cuando se incluye un acto expreso que no resuelve de fondo la petición pero a su vez anuncia que demanda un acto ficto negativo?

¿Cuál es la oportunidad para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en relación a los actos producto del silencio administrativo?

Para dar respuesta a lo anterior, la Subsección se pronunciará sobre los siguientes aspectos: i) garantía de acceso a la

queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



Administración de Justicia, ii) primacía de lo sustancial sobre las ritualidades o formas, iii) actos producto del silencio administrativo negativo, y iv) caso concreto.

i) Garantía de acceso a la Administración de Justicia

El acceso a la administración de justicia es un derecho supra constitucional⁵, institucionalizado para que cualquier persona, independientemente de su condición política, filosófica, económica, social, cultural, de origen nacional o familiar, acuda al sistema previsto en nuestro ordenamiento jurídico⁶ para dirimir los diversos conflictos que se presenten, con la finalidad de garantizar la pacífica convivencia entre los miembros de una sociedad.

Desde la perspectiva del juez, este derecho debe comportar la responsabilidad de hacer efectivos los mandatos constitucionales que rigen el Estado Social y Democrático de Derecho y que consagran a la justicia como un valor superior que debe guiar al Estado, a través de principios como la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

ii) Primacía de lo sustancial sobre las ritualidades o formas

⁵ los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por ende del ordenamiento interno

⁶ Artículo 217 de la Carta Política de 1991.

Este principio⁷ está expresamente consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de 1991⁸, el artículo 1 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996 y el artículo 11 de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012, y se erige sobre el criterio de justicia material y garantía eficaz de tutela de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la ley sustancial con la finalidad legítima de prevalecer sobre las formalidades.

Ha de recordarse que esta Corporación⁹ respecto de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, señaló:

“El Consejo de Estado INTERPRETA la demanda tomando la orden constitucional de prevalencia del derecho sustancial. En efecto: La Carta de 1991 introdujo, entre sus muchas variaciones al Estado y como parte fundamental, en materia de la Administración de Justicia el principio administrador en el proceso judicial relativo a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228). Impuso al juzgador ver la materia real del litigio con prescindencia de la forma; le dio una capacidad de acción, y con ella, lo convirtió en un verdadero rector del proceso con poderes de interpretación”

⁷ El Profesor Alexy en su texto “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” y “Teoría de los Derechos” define a los principios como aquellos “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diversos grados y “que ordenan que se realice algo la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”

⁸ “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (Negrita fuera de texto).

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. María Elena Gómez Giraldo. Auto del 8 de noviembre de 2001. Exp. 15001-23-31-000-1994-0135-01(12853).

auténtica, se recaba, al exigirle que los juicios deben ser expresión del derecho sustancial; y al no distinguir éste, lo extendió al procedimiento y rituación del mismo y al acto de definición: la sentencia”

Lo anterior, permite evidenciar que el juzgador a efecto de garantizar el debido acceso a la administración de justicia debe evitar el exceso de ritual y por ende debe aplicar el principio de la prevalencia del derecho sustancial, favorabilidad e interpretación integral y coherente de la demanda, cuando la falta de técnica jurídica impida establecer de manera expresa lo pretendido por el administrado y *“los elementos formalmente omitidos estén implícitos o pueden deducirse de su texto”¹⁰.*

Sea oportuno reiterar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha sido garante de hacer efectivo este principio constitucional y para ello, ha señalado que *“...para admitir la demanda, el juez debe revisar que cumpla los requisitos y formalidades legales, pues, puede inadmitirla y exponer los defectos para que el demandante los subsane so pena de rechazo, con el fin de evitar decisiones inhibitorias...”¹¹”*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION A, PONENTE: ALFONSO VARGAS RINCON, ACTOR: JOSE SAID AREVALO SANCHEZ, DEMANDADO: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL, Número de Radicación 68001-23-31-000-2005-02297-01.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION: SECCION CUARTA. PONENTE: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACTOR : BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. DEMANDADO : DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN Expediente 25000-23-27-000-2011-00179-01,

Sea prudente señalar que ésta consideración no exime a la parte demandante de cumplir con las cargas procesales que técnica y legalmente le corresponden, sino que implica que el juez debe utilizar todas las herramientas legales disponibles a efectos de que la parte cumpla con ellas y no sacrificar así el derecho por las formalidades previstas en la ley.

iii) Actos producto del silencio administrativo negativo.

El silencio administrativo constituye para la Administración “...*el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean...*”¹²; y para el administrado, el “...*mecanismo de sanción morosa...*”¹³ que le garantiza el ejercicio del derecho constitucional de petición¹⁴ y el acceso a la administración de justicia¹⁵.

En el régimen jurídico colombiano el silencio administrativo puede ser positivo¹⁶ o negativo, siendo éste último la regla general.

La figura del silencio administrativo negativo, nace en nuestro ordenamiento jurídico como una ficción de carácter legal¹⁷ que ha sido definida por el legislador en los siguientes términos:

¹² Sayagués Iaso, Enrique de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 435.

¹³ Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, página 221.

¹⁴ Artículo 23 de la Constitución Política de 1991.

¹⁵ 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.

¹⁶ Sólo opera en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales y su efecto es la producción de una decisión positiva.

Ley 1437 de 2011. Artículo 83. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio 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.

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.

Dicha decisión tiene inmersa una facultad en cabeza del administrado de i) esperar a que la administración algún día se

¹⁷ Tomado del Manual del Acto Administrativo del Doctor Luis Enrique Berrocal Guerrero. Sexta edición. Bogotá, Colombia.

pronuncie, ii) hacer uso de los recursos¹⁸ en contra del acto ficto, o iii) formular a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la demanda en contra del acto presunto.¹⁹

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.

iv) Caso concreto.

¹⁸ Establecidos en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁹ 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.”

Analizado el asunto *sub judice* la Sala considera que existe una imprecisión en la demanda al tenor literal de lo señalado en la pretensión primera²⁰, en cuanto expresamente se solicita:

“Que se declare la nulidad del Acto Administrativo Negativo, oficio número 100-09-10-11659 de fecha de expedición 24 de septiembre de 2012, recibido el 16 de septiembre de 2012, expedido por el Municipio de Caucasia – Antioquia, expedido por el señor JOSE NADIN ARABIA ABISSAD, Alcalde Municipal a través de los cuales negaron las peticiones sobre el reconocimiento y pago de la reliquidación de los honorarios devengados por la señora ex concejala: MARIELA CASTAÑO DE CADAVID, por no haberse incluidos todos los factores salariales devengados por el señor alcalde de esta época.” - Folio 3 -

De la lectura de la pretensión se advierte claramente que lo pretendido por la parte demandante es la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que nace a la vida jurídica con ocasión de la petición formulada el 21 de septiembre de 2012 y el silencio en su respuesta de fondo por parte de la administración y que si bien se incluye un acto expreso, ha de concluirse que con

²⁰ Folio 3 que expresamente señala: Primera: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo Negativo, oficio número 100-09-10-11659 de fecha de expedición 24 de septiembre de 2012, recibido el 16 de septiembre de 2012, expedido por el Municipio de Caucasia – Antioquia, expedido por el señor JOSE NADIN ARABIA ABISSAD, Alcalde Municipal a través de los cuales negaron las peticiones sobre el reconocimiento y pago de la reliquidación de los honorarios devengados por la señora ex concejala: MARIELA CASTAÑO DE CADAVID, por no haberse incluidos todos los factores salariales devengados por el señor alcalde de esta época.

éste no se dio respuesta a lo pedido, es más, con el mismo de difirió en el tiempo la decisión.

En efecto, en el oficio No. 100-09-10-11659, indicó que no era claro que el Municipio de Caucasia fuera el competente para ordenar el reconocimiento y pago de las sumas de dinero no pagadas a la solicitante y que como quiera que este asunto implica determinar el alcance de las diversas normas que se han producido en relación con los honorarios de los concejales el Municipio, “...previo a cualquier decisión de fondo, debe procederse a obtener conceptos especializados de organismos oficiales (...), los cuales procederemos a formular de la manera más breve posible, con la finalidad de que, con fundamento en el parágrafo único del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, en un término máximo de treinta días se le estará dando la respuesta de fondo que en derecho sea pertinente...”²¹

Del contenido que *in extenso* se citó en los párrafos anteriores, se advierten dos situaciones a saber; la primera, hace alusión a la supuesta falta de competencia de la Alcaldía para resolver la petición formulada por la actora y la segunda, el señalamiento de un plazo para resolver o dar respuesta de fondo a la petición formulada por ésta.

En tratándose del primer evento, la Subsección considera prudente señalar que cuando el derecho fundamental de petición se dirige ante un autoridad que no es la competente, ésta por

²¹ Folio 14 del cuaderno principal.



disposición legal²², debe comunicarlo de inmediato al interesado y dentro del término remitirla al competente, enviando copia del oficio remisorio al peticionario.

En desarrollo de lo anterior, para el caso en concreto y en observancia a los medios probatorios allegados, no se advierte que la actuación administrativa del Municipio de Caucasia haya estado encaminada a dar cumplimiento al artículo 21 de la Ley 1437 de 2011; y tampoco, que con la decisión se haya concluido la actuación de la Administración Municipal, máxime cuando a renglón seguido, se indicó que dada la complejidad del asunto, el ente territorial resolvería la petición en treinta (30) días, circunstancia que le fue expresada a la peticionaria en el oficio de 24 de septiembre de 2012.

Es por ello que se concluye que con el oficio expreso emanado de la administración no hubo respuesta de fondo a la petición ni tampoco se hizo una remisión por competencia del asunto a otro órgano de la administración, por lo que en últimas este acto no era enjuiciable ante la jurisdicción.

Ahora bien, como quiera que el legislador previó en el párrafo del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, que cuando no es posible resolver la petición en el plazo de 15 días siguientes a su recepción, la entidad puede resolverla en un término que no excede el doble del tiempo inicialmente previsto, se tiene que en el caso en concreto, la entidad territorial no efectuó con

²² Artículo 21 de la Ley 1437 de 2011.

posterioridad a la expedición del oficio 100-09-1011659 actuación tendiente a resolver de fondo la petición formulada por la actora, y en consecuencia, respecto de la solicitud formulada el 21 de septiembre de 2012, se configuró el silencio administrativo negativo.

Cabe precisar que “...no basta un procedimiento sobre el objeto de la petición sino que la contestación de la Administración debe contener la respuesta al problema planteado por el ciudadano, lo que resulta esencial en el desarrollo de la actividad administrativa y en el cumplimiento de sus fines consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política...”²³

En virtud a las consideraciones que anteceden, esta Corporación determina que la finalidad de la demanda que con ocasión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la demandante es la de que se declare la nulidad del acto ficto presunto que se generó con la omisión de respuesta de fondo a la petición de 21 de septiembre de 2012 y en consecuencia la oportunidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo al tenor de lo dispuesto en el literal d), numeral 1) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 es en cualquier tiempo.

Ahora bien, el hecho de que la parte accionante haya incluido en su primera pretensión la mención del oficio expreso emanado de

²³ Corte Constitucional. Sentencia T -395 de 3 de agosto de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



la administración, ello por sí mismo no era razón suficiente para que se procediera al rechazo por caducidad del medio de control, en la medida en que claramente se desprende, como ya se dijo, que éste no constituye una real respuesta a la petición y se convierte en indicación de que existiría una posterior respuesta a la misma, que nunca se dió según los hechos de la demanda.

Este error en la formulación de la pretensión no puede, en aras de la real garantía del acceso a la administración de justicia, conllevar a que se declare la caducidad del medio de control contra un acto que no resuelve lo pedido.

En su lugar, debió el a-quo señalar la irrelevancia de dicha mención del acto expreso en la pretensión y proceder a computar el término de caducidad conforme las circunstancias reales del caso. En últimas, siendo estrictamente apegados al ordenamiento procesal, se debió optar a) por inadmitir la demanda para que se ajustara la pretensión al verdadero acto ficto demandado o, b) rechazar la misma respecto de la pretendida nulidad del oficio, conservando la misma pretensión pero frente al acto presunto.

Por lo precedente, se revocará la providencia de 22 de noviembre de 2013, que rechazó la demanda de la referencia, y en su lugar, se ordena al Tribunal Administrativo de Antioquia, realizar nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.



Todo lo anterior, sin perjuicio del análisis que sobre prescripción de derechos deba hacerse con posterioridad en el proceso, por ser un fenómeno jurídico diferente al de la caducidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de 22 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que rechazó la demanda de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Antioquia que realice nuevamente el estudio de admisión de la demanda, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos de ley.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI” y en los libros radicadores.



La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

EADP/HOM