

CAPITULO SEXTO
INICIACION Y TRAMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1. Generalidades	150
2. Derecho de petición	150
- Persona interesada	153
- Mecanismos de presentación de la solicitud	153
- Características de la petición	154
- Modalidades de la petición	155
- Interés general y particular	155
- Petición de informaciones	156
- Limitaciones al derecho de petición de información	159
- Protección judicial de la petición de documentos	161
- Consultas	162
- Resolución de la petición	163
- Entidades objeto de la petición	166
3. Cumplimiento de un deber legal	166
4. Iniciación de oficio	167
5. Trámite y formación del expediente	168
- Formación del expediente y acumulación	169
- Trámite del derecho de petición	169
- Trámite en el ejercicio de un deber legal	174
- Trámite de la actuación por iniciación oficiosa	174
6. Conflictos de competencia administrativa	174
7. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas	178
8. Adopción de decisiones en vía administrativa	182
- Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa.	
Silencio administrativo	183
- Silencio negativo	185
- Silencio positivo	190

CAPITULO SEXTO

INICIACION Y TRAMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS¹²⁵

Sumario: 1. Generalidades. 2. Derecho de petición. Persona interesada. Mecanismos de presentación de la solicitud. Características de la petición. Modalidades de la petición. Interés general y particular. Petición de informaciones. Limitaciones al derecho de petición de información. Protección judicial de la petición de documentos. Consultas. Resolución de la petición. Entidades objeto de la petición. **3. Cumplimiento de un deber legal. 4. Iniciación de oficio. 5. Trámite y formación del expediente.** Formación del expediente y acumulación. Trámite del derecho de petición. Trámite en el ejercicio de un deber legal. Trámite de la actuación por iniciación oficiosa. **6. Conflictos de competencia administrativa. 7. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas. 8. Adopción de decisiones en vía administrativa.** Decisiones fictas o presuntas. Silencio administrativo. Silencio negativo. Silencio positivo.

125. *Vid.* Andueza, José Guillermo. "El derecho de Petición en la Ley Orgánica de Procedimientos", en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*. Universidad Central de Venezuela, Vol. IV, 1980-1981-, pp. 107 y ss. Brewer - Carías, Allan R. "Ley Orgánica..." *op. cit.*, *supra* nota 56, pp. 179 y ss. Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, p.p. 545 - 575. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31. Fraga Gabino. *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1986. González Rodríguez, Miguel. *Derecho Contencioso Administrativo*, pp., 1-43 y *Derecho Procesal Administrativo*, *Op. cit.* *supra* nota 59. Moles Coubet, Antonio. Introducción al Procedimiento Administrativo, en archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Vol. IV. 1980-1981 pp. 16 y ss. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios Generales que rigen la nueva legislación Contenciosa Administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Medellín, No. 65, Universidad Pontificia Bolivariana, Abril-Junio de 1984. p. 103.

1. GENERALIDADES

Estudiados los conceptos básicos sobre el Acto Administrativo y sus relaciones con el procedimiento, debemos acercarnos a las razones procesales que llevan, a quien ejerce funciones administrativas, a producir un acto decisorio, lo cual significa adentrarnos en la teoría de las fuentes de las actuaciones administrativas. El ordenamiento colombiano, en procura de garantizar una máxima protección ciudadana en esta materia, establece en el Art. 4o. del Código Contencioso Administrativo, las diferentes puertas de entrada al mundo de las actuaciones administrativas. La característica fundamental del sistema de iniciación del procedimiento administrativo, es el del abandono al carácter exclusivo de iniciación a la simple voluntad estatal, y el reconocimiento a las personas interesadas de acceso inmediato a las autoridades a través del llamado derecho de petición. Mecanismo de origen constitucional y con naturaleza de derecho fundamental. El artículo 4 del Decreto 01 de 1984, determina que las actuaciones administrativas pueden iniciarse: por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general; por quienes lo ejercitan, en interés particular; por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal, y por las autoridades, oficiosamente.

2. DERECHO DE PETICION

El derecho de petición es un derecho fundamental de origen constitucional, que posibilita el acceso de las personas a las autoridades públicas y privadas y obliga a éstas a responder prontamente a lo requerido por los solicitantes¹²⁶. El debido proceso para su aplicación ha sido desarrollado por el legislador no sólo en las normas generales del Decreto 01 de 1984, sino, también, en los diferentes procedimientos especiales que ya hemos enunciado. Desde este punto de vista, no sólo

126. Artículo 23 de la Constitución Política de Colombia: "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".

constituye un derecho, sino, también, una de las más claras garantías con que gozan los asociados en cualquier Estado organizado jurídicamente.

Como derecho fundamental, el derecho de petición significa que su aplicación consolida el Estado de Derecho, en la medida en que respeta aspectos básicos de la vida y la individualidad de las personas. Como garantía, implica las vías adecuadas para su oportuna aplicación y protección.

La Corte Constitucional de manera reiterada ha profundizado su carácter de norma fundamental de la vida política del Estado. Es más, su efectividad la liga de manera inevitable a las mismas razones que justifican la existencia del Estado. Se trata, indica la Corte, de uno de los... "derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente, el servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas..."¹²⁷.

Adicional a su carácter de derecho fundamental, resulta evidente, por las mismas razones, que desde el punto de vista específico este derecho puede ser calificado como subjetivo y concretamente como uno de los derechos subjetivos del derecho público. Es decir, que tiene directa relación con los intereses y razones de la persona frente al Estado y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el sólo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo. La petición implica rompimiento del Estado inaccesible y ratificación del institucionalizado. En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: "...El Derecho de Petición, cuyo propósito es el de buscar un acercamiento entre el administrado y el Estado,

127. Corte Constitucional, Sentencia T-012; 25 de mayo de 1992; Sala de Revisión No. 5; M.P. José Gregorio Hernández; Sentencia T-503; 25 de agosto de 1992; Sala de Revisión No. 6 M.P. Simón Rodríguez.

otorgándole al ciudadano un instrumento idóneo con el cual acudir ante él en busca de una información o con el fin de que se produzca un pronunciamiento oportuno por parte del aparato estatal, es una garantía propia del sistema de gobierno democrático y manifestación de la soberanía popular..."¹²⁸.

Congruente con lo anterior, no queda difícil sostener que el derecho de petición constituye un verdadero derecho político, que al estatuirse constitucionalmente, faculta a toda persona para concurrir ante cualesquiera autoridades, exponiéndoles sus criterios o iniciativas, o solicitando de ellas su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo. Menester es admitir, por lo tanto, la amplia posibilidad de acción que tiene el derecho de petición en la órbita de los poderes estatales, ya que puede ejecutarse ante todos los poderes públicos -ejecutivo, legislativo y jurisdiccional-, (ante este último, sólo en asuntos no relacionados con los procesos judiciales).

Confirman lo anterior, las afirmaciones del profesor Vidal Perdomo, cuando sostiene que el derecho de petición no es más que "... un derecho de presencia ante los órganos políticos del Estado, ante los que asumen las decisiones de carácter político y de otra índole... 'Constituye igualmente' ...un instrumento que supera las limitaciones de la democracia representativa..."¹²⁹.

Analizando el artículo 23 Constitucional, encontramos que son varios los elementos normativos expresados por el constituyente para estructurar el derecho de petición, los cuales debemos conjugar sistemática y armónicamente con el fin de dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Carta, sin entrar, no solo a distorsionar la voluntad del constituyente, sino específicamente a los derechos subjetivos

128. Corte Constitucional; Sentencia T- 567; 23 de octubre de 1992 Sala de Revisión No. 3; M.P. José Gregorio Hernández. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia de junio 10 de 1992; C.P. Dolly Pedraza de Arenas; "...toda persona tiene derecho de pedirle al Estado que se aplique su poder social en su defensa y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y efectivamente su petición: Ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber acreditado..."

129. Vidal Perdomo, Jaime. "Principios generales...", *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 117-119.

eventualmente involucrados. Estos elementos son los siguientes: Persona interesada. Mecanismo de presentación de la petición. Características de la petición. Modalidades de petición. Resolución de la petición. Entidades objeto de la petición. Veamos cada uno de ellos.

Persona interesada

Puede ser cualquier persona. La Constitución no hace diferencia, razón que nos permite sostener que el interesado puede ser persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, en fin, cualquier sujeto de derecho que tenga la necesidad de dirigirse a las autoridades públicas en busca de satisfacer un interés particular o general.

Restringir el acceso de cualquier persona por razón de ciudadanía, nacionalidad o cualquier otro motivo, no sólo constituiría violación a la Carta Fundamental, por establecimiento de excepciones que la norma no establece, sino también podría hacer que la administración quedara sujeta a posibles juicios de responsabilidad. Nuestro sistema del derecho de petición, es amplio y generoso desde el punto de vista de su ejercicio y tal se le concede a todos aquellos que reúnan el carácter de persona.

Mecanismos de presentación de la solicitud

La Constitución no establece un sistema específico de acceso a las autoridades públicas para el ejercicio del derecho de petición, situación ésta que nos permite afirmar que se puede realizar por cualquier medio entendible para el funcionario estatal, sea este medio escrito, verbal, gestual, etc. Todos los medios serán no sólo válidos, sino también de recibo por quien sea competente para obtener o resolver peticiones. En este sentido el Decreto 01 de 1984, en su Art. 5, establece la obligación para las autoridades de recibir cualquier petición y si es necesario, para efectos probatorios, transcribirlas. Lo importante es que el medio de acceso sea entendible y claro por el funcionario.

La Corte Suprema de Justicia, al ejercer el control de constitucionalidad, del Art. 11 del Dec. 01 de 1984, se pronunció precisamente en este sentido. Tratándose de una vía expedita para el respeto de un derecho, el legislador no puede hacer diferencias en cuanto a los medios de ejercer el derecho de petición. La ley no puede establecer unos mecanismos de mejor estirpe que otros ¹³⁰.

No obstante, el legislador ha destacado dos sistemas, que por sus características, son los más usados y de más fácil acceso por parte de los particulares: el verbal y el escrito.

Características de la petición

El constituyente ha calificado la petición como necesariamente respetuosa. Podría considerarse que si la petición no es respetuosa, puede ser objeto de rechazo o de no contestación por parte de la autoridad. La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, entendiendo lo irrespetuoso de cualquier decisión, como eximente de obligación de respuesta para las autoridades, en la medida en que se incumple los presupuestos del Art. 23 Constitucional. Dedujo la Corte de esta característica lo siguiente: "...el único límite que impone la Constitución para no poder ser titular del derecho de obtener pronta resolución a las peticiones, es que la petición se haya formulado de manera irrespetuosa. Dicho de otra manera, la petición irrespetuosa exime a las autoridades de resolver prontamente. En cualquier otro caso, es obligación de ellas actuar con prontitud, dentro de los términos que la ley establezca..."¹³¹.

130. Corte Suprema de Justicia, Sala plena, sentencia de noviembre 22 de 1984, demanda de inexecutableidad contra el artículo 11 del Decreto 01 de 1984. M.P. doctor Alfonso Patiño Rosselli; la Corte declaró inexecutable la parte final de la norma antes citada que establecía una diferencia entre el derecho de petición iniciado por escrito y el iniciado verbalmente; el artículo en cuestión dice: "Petición Incompleta; cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que faltan; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas. Si es verbal, no se le dará trámite". Dijo la Corte: "el tratamiento consagrado por la expresión objeto de la demanda vulnera el derecho de petición de las personas que se hallen en las circunstancias de que trata dicho fragmento y, por supuesto, el de obtener pronta resolución".

131. Corte Constitucional; sentencia T-495. 12 de agosto de 1992; Sala de Revisión No. 1 M.P. Ciro Angarita Barón.

Modalidades de petición

Se pueden observar en derecho colombiano varias modalidades del derecho de petición: en interés general, en interés particular, petición de informaciones, consultas y algunas otras modalidades particulares que se han establecido en legislaciones especiales.

Interés general y particular

La Constitución distingue dos clases de derecho de petición: el derecho de petición subjetivo y el derecho de petición popular. El primero se refiere propiamente a aquellas reclamaciones individuales que buscan el reconocimiento, por parte de la administración, o del Estado, de un derecho subjetivo del ciudadano; entre nosotros, éste sería un caso específico del ejercicio del derecho de petición en interés particular. La segunda modalidad de petición tiene su fundamento en la necesidad de protección del bien común y el interés general; consiste en el pronunciamiento de los asociados frente a las autoridades en procura de obtener respuesta a sus necesidades comunes; esta modalidad consagrada en nuestra Carta Fundamental desde 1886, fue recogida por el constituyente de 1991, al estipular que se podrán presentar ante las autoridades peticiones de carácter general¹³².

La petición de carácter popular, se configura en los casos en que se le pida a las autoridades la adopción de determinadas medidas económicas, sociales o administrativas, o se les solicita actuar en uno u otro sentido, pero siempre con vistas a un pronunciamiento que afecte al conglomerado por igual. En opinión de Vidal, se pretende "... que se adopte por el Estado una política que se juzga de conveniencia nacional... Es decir, influir en los criterios con los cuales se toman las decisiones del Estado..."¹³³.

132. Andueza, José Guillermo. *Op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 107-113.

133. *Cfr.*, Vidal Perdomo, Jaime. "Principios generales...", *op. cit.*, p. 119.

Petición de informaciones

La información constituye en todas sus modalidades, núcleo fundamental del estado de derecho, la convivencia ciudadana y el desarrollo democrático de las sociedades. Se torna en instrumento indispensable para garantizar el principio de la transparencia de la actividad pública. Implica, desde el punto de vista procesal, la más significativa garantía de control directo por parte de los asociados de la actividad, gestión y resultados de la administración pública. Su reconocimiento constitucional y legal aproxima a la consolidación de la institucionalización del poder y el alejamiento a la omnipotencia de quienes detentan los destinos administrativos o estatales.

Por razones históricas, en nuestro derecho se le ha considerado a la petición de información como una especie del derecho de petición. El artículo 17 del Decreto 01 de 1984, así lo entiende, al concebir la institución como elemento peculiar del derecho de petición. El derecho de petición "...incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos...". No obstante la claridad del ordenamiento positivo sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la petición de información, el Consejo de Estado, a través de sentencia de tutela, comenzó a edificar el carácter autónomo de la institución^{133A}.

Sin entrar a mediar en esta interesante discusión, que por lo demás lo que está demostrando es la importancia creciente de la figura del derecho de petición en nuestro medio, bástenos indicar que las raíces constitucionales de la solicitud de información resultan innegables. Es más, se deduce su reconocimiento como derecho fundamental, ya sea por la vía del Art. 23 Constitucional o del Art. 20 de la Carta, que lo comprendería igualmente en la afirmación genérica de que "...se

^{133A}. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: Sentencia de Diciembre 4 de 1992. C.P.: Yesid Rojas Serrano: "... el derecho de acceso a los documentos públicos tiene íntima relación con el de petición, hasta el punto de llegar a considerarse como una de sus modalidades. Sin embargo, aquel se distingue por su especificidad del derecho general de petición; tiene autonomía y fisonomía particulares, hasta el punto de contar con su propia reglamentación legal y con rango constitucional en el Art. 74...".

garantiza a toda persona... recibir información veraz e imparcial... información en nuestra opinión que tiene que ver necesariamente con la que posean las autoridades públicas. La información que posean ellas también debe ser veraz e imparcial e inalterada, conservando plenamente las razones de su origen, fundamentación o utilización. En síntesis, la información estatal no puede, en situaciones de normalidad, desconocer los postulados del Art. 20 Constitucional^{133B}.

Si a lo anterior agregamos, desde el punto de vista de los resultados, el perentorio reconocimiento del Art. 74 Constitucional sobre el derecho de todas las personas al acceso a los documentos públicos, encontramos entonces una relación normativa fundamental que aborda todos los aspectos de la institución, convirtiéndola, como lo anotábamos, en un importante mecanismo de participación y control público a la actividad estatal.

Analizando los elementos estructurales de la institución, encontramos que comparte con el derecho de petición, el carácter de medio instrumental de acceso a la administración, a través de la respectiva solicitud, y el elemento finalístico de aquél, en el sentido de que el derecho no se garantiza simplemente con la solicitud, sino que la misma debe ser materialmente resuelta por la administración, permitiendo el acceso a la información requerida, salvo que se observen causales constitucionales o legales para negarla. El derecho de petición de información se consolida plenamente con el acceso efectivo a la información por el interesado.

La información solicitada puede ser o no documental; puede reposar en archivos de cualquier índole o naturaleza, e incluso constarle de manera directa al funcionario o agente estatal, sin que se encuentre materializada en documento alguno.

^{133B}. La Declaración Universal y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se pronuncian en igual sentido, respectivamente indican lo siguiente: Art. 19: "...Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión...". Art. 13: "...Libertad de pensamiento y de expresión: 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...".

El Decreto 01 de 1984, clasifica la información respecto a un determinado organismo en general y particular. La primera hace referencia a la acción de las autoridades y tiene por objeto permitir al público interesado, el acceso a documentos relativos a su origen, naturaleza, estructura, funcionamiento, procedimientos, métodos, sistemas para el trámite de los diversos asuntos a su cargo, responsables de las consultas internas, recibo de documentos, manuales de funcionamiento, etc. En fin, permitir el acceso a cualquier información que permita conocer y evaluar la forma de su desenvolvimiento dentro del contexto estatal (Art.18 C. C. A.).

La información especial o particular hace referencia a otro tipo de información que se produzca en el interior del organismo como efecto del ejercicio de sus funciones o que por cualquiera otra razón repose en su poder. Esta información, insistimos, puede o no constar en documentos públicos. Confirma esta apreciación el Art. 24 de la Ley 57 de 1985, que determina claramente que la solicitud de información puede, incluso, comprender no solo certificación sobre documentos que reposen en los archivos oficiales, sino, también, "sobre hechos que las mismas tengan conocimiento".

En consideración al principio de la transparencia, tratándose de documentos, de manera expresa el Art. 74 constitucional, garantiza el acceso a los mismos. La ley, para el caso el Decreto 01 de 1984 y la Ley 57 de 1985, viabiliza la posibilidad de obtener de los mismos las copias que el interesado requiera. De no ser así, se estaría violando el mandato constitucional y el derecho fundamental a la información. Reitera lo anterior el Art. 29 inciso 3 del Código Contencioso Administrativo, al establecer la regla general de la publicidad de todas las partes integrantes del expediente administrativo, las cuales podrán ser examinadas por cualquier persona, y también el derecho de solicitar en cualquier estado del mismo copias y certificaciones dentro de un plazo no superior a tres días. En cuanto a los procesos disciplinarios el Art. 19 de la Ley 547 de 1985, determina expresamente, que las mismas no estarán sometidas a reserva. En las copias que sobre estas actuaciones expidan los funcionarios, a solicitud de los particulares, se incluirá como garantía de imparcialidad, y con el fin de que la información no quede fuera del contexto, las explicaciones de las personas inculpadas.

El derecho, por lo tanto, a iniciativa del solicitante, se ejercita, así sea, para simplemente consultar los documentos o para consultarlos y obtener copia de los mismos. (Art. 19 Decreto 10 de 1984). El examen de documentos queda en todo caso, sujeto a la tutela y responsabilidad inmediata del funcionario que la entidad asigne y dentro del horario que para tal efecto se establezca. Esto como elemental principio de orden y política interna de los organismos públicos. (Art. 21 Decreto 01 de 1984. Art. 16 Ley 57 de 1985). No obstante lo general de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y de la Ley 57 de 1985, en cuanto al derecho de petición, el gobierno nacional expidió el decreto reglamentario 0837 de 1989, a través del cual reguló este derecho frente a la documentación contractual estatal. Estableció el Art. 1o. del mencionado decreto que, "...toda persona natural o jurídica, tendrá derecho a consultar las ofertas o propuestas presentadas en las licitaciones o concursos de méritos públicos o privados abiertas por ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas dotadas de personería jurídica, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado en el orden nacional...".

El anterior derecho conforme al Art. 4o., del decreto, comprende igualmente el de obtener copias de los documentos respectivos y deberá ser ejercido a partir del cierre de la respectiva licitación o concurso.

Las entidades objeto del derecho de información son, en la práctica, las mismas enunciadas para el derecho de petición. La regla general es que se puede intentar ante cualquier dependencia, repartición o autoridad estatal o particular con funciones públicas o administrativas. No obstante, la Ley 57 de 1985, en Art. 14 establece un listado, en nuestra opinión, igualmente enunciativo sobre las entidades estatales sujeto a este derecho.

Limitaciones al derecho de petición de información

Los planteamientos anteriormente expuestos, corresponden a la regla general sobre el derecho de petición de información. Regla general

que debe predominar en todo estado de derecho y que solo puede ser excepcionada en los casos en que la misma Constitución o el legislador lo establezcan. La jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha entendido. En providencia de 1976 se expresó lo siguiente: "...Es obvio que la publicidad de la actuación de los órganos públicos, no puede ser un principio absoluto. Porque existen razones de seguridad nacional, de alta conveniencia pública o social, de eficiencia del servicio, etc., que pueden hacer aconsejable o necesario mitigar el rigor de la regla; pero como claramente lo preceptúa el Art. 320 las excepciones solo pueden emanar de la propia Constitución o de la Ley. Es así como se ha instituido la reserva del sumario, la reserva en asuntos tributarios, la reserva en materias relacionadas con la defensa nacional, con la seguridad del Estado, con el manejo de las relaciones exteriores, etc. Si de la propia Constitución se deriva la regla general de la publicidad y, además, por ministerio de la Ley se reserva a ésta la posibilidad de precisar las excepciones al principio, resulta evidente que ni el gobierno en función reglamentaria, ni mucho menos otras autoridades inferiores de la administración pueden hacerlo...^{133C}. En este sentido el Art. 19 del Decreto 01 de 1984, estableció que el derecho de las personas a la información y documentos oficiales, podía ser negado si se refería a uno de aquellos documentos que la Constitución Política o las leyes autorizaran tratar como reservados. El Art. 12, de la Ley 57 de 1985 reproduce igual postulado de excepción, pero agrega que también estarán sujetos a reserva aquellos que hacen referencia a la defensa o seguridad nacional. En todo caso, la reserva de un documento en Colombia, no podrá ser superior a treinta años, contados a partir de la fecha de su expedición. Vencido este término los documentos adquieren el carácter de históricos y podrán ser consultados por cualquier persona y respecto de ellos se podrán igualmente expedir las copias que sean requeridas. (Art. 13 Ley 57 de 1985).

La reserva no es aplicable al ejercicio de las funciones públicas. Quiere decir esto que si en el trámite ordinario de una actuación administrativa, se hace indispensable aportar un documento que tenga el carácter de

^{133C}. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de Mayo 26 de 1976.

reservado, la autoridad que lo posea no podrá negarse a esta solicitud. De todas formas la autoridad receptora del mismo deberá proporcionarle al documento la protección y reserva adecuadas dentro de la respectiva actuación. El Art. 20 del Decreto 10 de 1984, así lo autoriza. "...Las excepciones que autoriza el artículo anterior, no podrán invocarse para enervar el ejercicio de las facultades que la Constitución Política o la Ley confieren a los órganos del poder público cuando obran según las normas de procedimiento aplicable, pero éstos conservarán el deber de mantener reserva, si la ley no dispone otra cosa...". Lo dispuesto en este artículo fue reproducido por el Art. 20 de la Ley 57 de 1985.

Algunos casos de documentos sujetos a reservas los encontramos en asuntos de relaciones exteriores (C. P. Art. 78). En los asuntos privados (C. P. Art. 38). Asuntos penales Código de Procedimiento Penal (C. P. Art. 356). Actas del Consejo de Estado (C. C. A., Art. 110) Informes de la Superintendencia Bancaria (Ley 45 de 1923).

Protección judicial de la petición de documentos

Considerando que la negativa a proporcionar información o documentos por calificación que se haga de reservado de los mismos, es un instrumento excepcional, el legislador ha previsto que toda decisión al respecto deba ser expresa y motivada. El Art. 21 de Ley 57 de 1985 establece expresamente que la administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante la providencia motivadora que señale su carácter reservado, indicando de manera exacta las disposiciones legales o constitucionales que le dan fundamento jurídico.

Si la administración niega y el solicitante considera infundadas las razones expresadas en el Acto Administrativo, el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, se prevé la intervención de los tribunales administrativos de departamento con el fin de que resuelvan el conflicto. Intervención que se realiza a través de un proceso sumarísimo especial, a iniciativa de la administración o de la persona supuestamente afectada con la decisión de la administración. Si bien es cierto que no es clara la

iniciativa de la persona interesada ante el Tribunal, de no aceptarse la posibilidad de que demande directamente, resultaría la Administración con poderes exorbitantes lo que haría nulatorio el derecho de petición de documentos.

El objeto de la demanda ante el Tribunal es el de que éste decida, si se acepta la petición formulada o si la misma es procedente parcialmente. El Tribunal cuenta con diez días hábiles para decidir. Este término se interrumpirá en caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente^{133D}.

Consultas

El ordenamiento positivo incluye como otra modalidad del derecho de petición, el de formular consultas a las autoridades públicas. Este mecanismo didáctico de colaboración de las autoridades para con los particulares, se diferencia radicalmente de las otras formas del derecho de petición. Mientras en los anteriores el objetivo es la formación de un acto administrativo o la obtención de una información, en el presente asunto la finalidad es la obtención de un concepto sobre la interpretación del ordenamiento jurídico.

Los conceptos no obligan a la Administración y los particulares se encuentran en libertad de aceptarlos o no. No son actos administrativos, en la medida en que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos, salvo que la administración con posterioridad los convierta en obligatorios. No siendo actos administrativos, frente a ellos resulta imposible ejercitar los recursos de vía gubernativa o las acciones contencioso administrativas. Sería absurdo pretender que la administración modificara a través de uno de estos mecanismos, una interpretación jurídica que no produce efectos jurídicos.

^{133D}. Rey Cantor, Ernesto. Acceso a los documentos y recursos de insistencia. Empresa Editorial de Cundinamarca - Edicundi.

Las consultas podrán formularse de manera escrita o verbal y deberán tramitarse conforme los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad. (Art. 25).

Resolución de la petición

En estricto sentido se trata de la adopción de una decisión; de la expedición de un acto administrativo. Sin embargo, desde la óptica de la teoría del derecho de petición, constituye el elemento central del mismo, su finalidad concreta y específica. La petición conforme al Art. 23 Constitucional debe ser resuelta, en el sentido que la Administración considere, pero resuelta. De contrario se estaría desconociendo su alcance, contenido y burlando el mandato constitucional y en consecuencia un derecho fundamental.

Desde este punto de vista, el derecho de petición resulta eminentemente teleológico. Pretende un pronunciamiento específico de las autoridades respecto de la petición realizada por el interesado. Faltando la resolución no se ha consolidado el derecho de petición. La Corte Constitucional y Consejo de Estado, analizando este aspecto de la institución coinciden en que es lo fundamental de la misma. En diversas oportunidades la primera de las Corporaciones ha manifestado lo siguiente: "...El derecho de petición involucra no sólo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución. Sin este último elemento el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo. En el presente caso la pronta resolución no se ha manifestado y, por el contrario, se han dilatado los términos de decisión de manera ostensible, de lo que resulta el desconocimiento de un derecho fundamental..."¹³⁴.

134. Corte Constitucional, sentencia T-567; 23 de octubre de 1992; Sala de Revisión No. 3 M.P.: José Gregorio Hernández. Sentencia T-426. 24 de junio de 1992. Sala de Revisión No. 2. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Consejo de Estado: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de noviembre de 1992. C.P.: Carlos Arturo Orjuela: "...Atender el derecho de petición no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular: La respuesta de la administración tiene que atemperarse al orden legal vigente y a su capacidad para satisfacer los requerimientos de quienes tocan a sus puertas como peticionarios..."

La resolución, por su parte, debe ser sustancial. En otras palabras, no se cumple con una simple respuesta. Se consolida con una resolución material de la solicitud sin importar, esto sí, el sentido de la misma. Ha querido el constituyente que no se altere el derecho fundamental de petición y los intereses de las personas, pretendiendo cumplir en sentido meramente formal las peticiones formuladas. Con mucha facilidad esta norma fundamental sería objeto de burla si se aceptara cualquier tipo de respuesta. La Corte Constitucional al respecto ha indicado lo siguiente: "...En lo pertinente el Art. 23 de la actual Constitución consagra el derecho de petición en los mismos términos que venían de la anterior... es de anotar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino, de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente..."¹³⁵.

El anterior planteamiento sustantivo, contradice decisiones del Consejo de Estado que admitían eventualmente la estructuración de fondo de resolución con la configuración del silencio administrativo negativo. Tesis que dicho sea, no fue uniforme en el interior de la Sala Plena de la Corporación. La decisión mayoritaria del Consejo indicó lo siguiente: "...la acción de tutela no puede prosperar, por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley. (Silencio administrativo), y, de otra, porque al existir esa decisión los interesados tienen otros recursos o medios de defensa..."¹³⁶.

La Corporación considera que es suficiente con la estructuración de un acto ficto o presunto para el nacimiento de la decisión en el derecho

135. Corte Constitucional. Sentencia T-481. 10 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 7 M.P.: Jaime Sanín Greiffstein. Sentencia T.-495 del 12 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 3 M.P. Ciro Angarita B.

136. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de junio de 1992. M.P. Libardo Rodríguez. Se reitera en sentencias del 21 de julio de 1992 y 11 de septiembre de 1992. C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

de petición. Esta posición nos resulta desafortunada, en la medida en que el silencio es una simple presunción, pero que en la realidad no lleva expreso pronunciamiento de la administración. Las tesis minoritarias de la Corporación así lo dejan entrever. En el salvamento de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna se expuso, sobre este propósito, lo siguiente: "...El silencio administrativo, en verdad, no existe. Es una ficción que ha creado la Ley en beneficio del administrado. Si el silencio administrativo negativo hace suponer que se emitió el acto, sólo para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción, como se trata de proteger ahora un derecho fundamental -el de petición- no ve el suscrito, cómo puede denegarse una tutela cuando el titular de ese derecho estima y demuestra que la autoridad del caso omitió su deber de responder oportunamente..."¹³⁷.

La Corte Constitucional es de tesis totalmente contraria a la dominante en el Consejo de Estado. Fundada en la teoría de la resolución sustancial, material o de fondo de toda petición, considera que en la configuración del silencio administrativo, no existe una verdadera resolución. Todo lo contrario, es una mera y formal respuesta presunta que no reúne las expectativas del Art. 23 Constitucional. Al respecto sostiene lo siguiente: "... por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra, no queda satisfecho con el silencio administrativo-negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la Ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración... pero en forma alguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia..."¹³⁸.

Bajo estas circunstancias, solo podría considerarse contestada la petición si ella verdaderamente aborda la totalidad del problema formulado, sin importar el sentido que la administración le otorgue a la misma.

137. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna, a la Sentencia del 10 de junio de 1992.

138. Corte Constitucional. Sentencia T-481. 10 de agosto de 1992. Sala de Revisión No. 7 M.P. Jaime Sanín Greiffstein.

Entidades objeto de la petición

Conforme la Constitución de 1991, pueden ser objeto del derecho de petición, tanto las autoridades públicas sin distingo alguno, como las organizaciones privadas en los términos que disponga la Ley. Tratándose de las primeras, sin necesidad de norma que las defina, podemos entender a todas aquellas que de manera principal o secundaria, ejercitan funciones públicas o se ocupan de asuntos de esta naturaleza. A manera simplemente indicativa, el Código Contencioso Administrativo en su Art. 1o. nos ofrece un listado de algunas de esas autoridades: Los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, las entidades descentralizadas, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y las Contralorías regionales, la Corte Electoral (Consejo Nacional Electoral) y la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como las entidades privadas, cuando cumplan funciones administrativas.

Se deja abierta igualmente la posibilidad en el Art. 23 Constitucional, para que el derecho de petición, se ejercite frente a organizaciones privadas, sin necesidad de que cumplan funciones públicas o administrativas. Se trata de una evidente amplificación del derecho de petición, al mundo de la actividad privada, al cual tan solo era posible acceder por la vía jurisdiccional.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

Contrariamente a lo expuesto con relación a las actuaciones administrativas iniciadas en ejercicio del derecho de petición, eventos en los cuales la iniciación depende directamente de la manifestación de la voluntad del peticionario, en el caso presente, el individuo actúa cumpliendo un mandato legal que impone a la persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada o el realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa.

El escrito con que se ha de iniciar esta clase de actuaciones es de obligatorio recibimiento por parte de las autoridades, las que

igualmente están en la obligación de advertir al interesado las omisiones que tenga, con el fin de que dentro de los términos indicados en el artículo 12 del reglamento, subsane tales omisiones.

En los casos en que las autoridades sean renuentes a aceptar la documentación presentada, el interesado se remitirá al funcionario competente del Ministerio Público y realizará ante él los actos necesarios para cumplir con su deber. El funcionario del Ministerio Público ordenará, si lo estima, iniciar el trámite legal. En el cumplimiento de un deber legal, el ordenamiento es el que prevé las oportunidades en que ha de darse inicio a una actuación administrativa.

El Art. 27 del Código Contencioso Administrativo, establece la reglamentación para el ejercicio de esta modalidad de iniciación de las actuaciones administrativas. En el inciso 3o. se hace remisión a las normas del Código Contencioso que son de aplicación a las actuaciones que se generen por estos medios. En nuestra opinión, la indicación de este inciso no constituye una barrera normativa para que otras disposiciones de las actuaciones administrativas sean igualmente de aplicación en los procedimientos generados. De no aceptarse esta interpretación, se cometería el error de garantizar debidamente la totalidad de aspectos del proceso administrativo. No aceptamos la tesis defendida, por quienes encuentran en el inciso final del artículo 27 una norma especial, eventualmente limitativa de la aplicación plena del Código Contencioso Administrativo.

4. INICIACION DE OFICIO

Se presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa, en todos aquellos eventos en que sólo por voluntad de la misma administración se da inicio al procedimiento administrativo. Esta actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le llevan al convencimiento de que se hace necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquiera otra medida con efectos jurídicos. La voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de una actuación oficiosa, aunque sí puede ser tenida como antecedente para iniciar la misma.

Conforme al Código Contencioso Administrativo, las actuaciones iniciadas de oficio deberán respetar la totalidad de reglas indicadas a propósito de cualquier actuación administrativa, fundamentalmente aquellas que hacen referencia al debido proceso administrativo y no exclusivamente los artículos sobre intervención de terceros, régimen probatorio o adopción de decisiones que se indican en el inciso 2 del Art. 28 del Código Contencioso Administrativo, sino la totalidad de normas aplicables a las actuaciones administrativas. Esto en razón a que el inciso 2o. del Art. 28 es meramente indicativo y no puede constituirse en una restricción a las demás normas garantizadoras, establecidas en el mismo ordenamiento para el procedimiento administrativo.

5. TRAMITE Y FORMACION DEL EXPEDIENTE

Estudiando el que podríamos considerar primer momento en el proceso de la actuación administrativa, nos corresponde a continuación emprender el análisis de los elementos dinámicos-legales que permiten reunir los acervos requeridos para la estructuración consiguiente del acto administrativo. Esta etapa que hemos denominado del trámite y formación del expediente, se caracteriza por la reunión de ingredientes garantizadores del debido proceso administrativo e igualmente por su carácter eminentemente temporal y finalístico, en la medida en que a través de él se debe lograr la conformación plenamente legal de la voluntad de la administración.

El trámite administrativo varía de acuerdo con las diferentes fuentes de la actuación administrativa. El legislador ha establecido para las diferentes instituciones de iniciación del proceso administrativo, características diversas que ameritan una presentación independiente. Si a lo anterior agregamos que la mayoría de los procedimientos existentes en Colombia establecen trámites diversos para sus actuaciones, tenemos entonces un gran universo de procedimientos, los cuales abordaremos exclusivamente desde la óptica del procedimiento general establecida en el Código Contencioso Administrativo.

Formación del expediente y acumulación

Cualquier actuación que se inicie por parte de la administración, implica la formación de un expediente administrativo, que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un sistema de seguridad formal, que por simples razones de economía y eficacia debe ser respetado si se pretende que la administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación.

La formación del expediente garantiza, igualmente, el principio de la unidad procesal que debe garantizar toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el Art. 3o. del Estatuto Contencioso Administrativo. Para estos efectos, el legislador ha establecido la figura de la acumulación de expedientes, la cual como indica el Art. 29 del Decreto 01 de 1984, tiene por finalidad unificar documentación y expedientes que tiendan a producir actos con los mismos efectos. Se evita de esta manera la expedición de decisiones contradictorias. La acumulación puede ser de oficio o a solicitud de persona interesada. Puede implicar relaciones entre las autoridades de una misma dependencia o respecto de dos o más entidades. En este último caso, indica el Art. 29 inciso 2 del Decreto 01 de 1984, la acumulación se hará al primer expediente o actuación incoada, convirtiéndose, en virtud de esta regla, en competente la autoridad que primero actuó.

Sin embargo, esta regla puede ocasionar conflictos positivos o negativos de competencias entre las autoridades administrativas, asunto que debe ser resuelto dentro del contexto normativo de los artículos 33 y 88 del Código Contencioso Administrativo. Procedimiento que explicaremos más adelante en el presente trabajo.

Trámite del derecho de petición

- El desarrollo del proceso de la actuación administrativa iniciado en ejercicio del derecho de petición, en interés general o particular, en forma verbal o escrita, consta de un período de duración de 15 días

hábiles (artículo 6 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con los artículos 121 del Código de Procedimiento Civil y 62 del Código de Régimen Político y Municipal), al final de los cuales corresponde a la administración resolver las respectivas peticiones; este término no es absoluto; en los eventos en que no fuere posible resolver o contestar la petición, se prolonga hasta por el término de tres meses, señalado en el artículo 40 como límite máximo el que, vencido, da lugar a la decisión ficta del silencio negativo. Esto desde el punto de vista de la decisión que corresponda, porque, de todas maneras, la configuración del silencio puede acarrear responsabilidad disciplinaria, si el mismo se produce por negligencia o falta de cuidado, o atención por parte de la autoridad o funcionario competente.

Hay que entender, en estos casos, que para poder prolongar el término de resolución, el funcionario deberá informarlo al interesado, expresando los motivos de la demora; de lo contrario, incurrirá en causal de mala conducta, tal como lo señala el artículo 7 del Decreto 01 de 1984¹³⁹.

- Con la petición y sus anexos se formará un expediente al cual se irán anexando todas las demás actuaciones que se realicen en la tramitación (artículo 29). Durante este período se podrán pedir y decretar pruebas y allegar toda clase de informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado (artículo 34). Precisamente, lo expuesto tiene directa concordancia con lo señalado en el artículo 12, tratándose de la petición que hace el funcionario al solicitante de informaciones y documentos adicionales, cuando fuere imposible resolver con los aportados. En estos casos, los términos se interrumpirán hasta el momento en que el interesado aporte los

139. En igual sentido, Consejo de Estado, Sección 2a. Providencia de Diciembre 12 de 1983. González Rodríguez, Miguel. *Op. cit.* p. 15 Conforme pues, a la Ley 58 de 1982, Art. 1. Párrafo 2, y al Decreto 01 de 1984, Art. 6. Es deber de los funcionarios públicos, cuando encuentren que no les es posible decidir una petición dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de ella, no sólo para efectos de salvar su responsabilidad disciplinaria, prevista en el Art. 76 del Estatuto, sino para extender el término de que disponen para resolver hasta de tres meses, a partir del cual el peticionario puede hacer uso de la figura del silencio administrativo... informar tal circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se resolverá...".

documentos o informaciones que satisfagan el requerimiento realizado por el funcionario. Esta interrupción no podrá ser superior a dos meses, o sea que el peticionario interesado deberá aportar lo requerido en este período, o de lo contrario se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud (artículos 12 y 13), o que la administración resuelva continuar con la misma de oficio, esto aplicando el Art. 8 del Código Contencioso por la vía del Art. 9o. del mismo Estatuto.

- Tratándose del desarrollo de actuaciones administrativas de este tipo, pueden presentarse casos en los cuales una autoridad posea documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto; en estos casos, a petición del interesado o de oficio, se acumularán en un solo expediente. Se procederá en igual sentido con los documentos que se tramiten ante distintas autoridades, tal y como lo expresamos a propósito de la acumulación de expedientes.

- El funcionario competente puede advertir la presencia de terceros determinados o indeterminados que puedan estar directamente interesados en los resultados de la decisión. Se les citará a la dirección que se conozca y la citación deberá contener claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición. Si se trata de un tercero determinado, el cual fuere imposible citar, o de un tercero no determinado, el funcionario o autoridad competente ordenará realizar la citación mediante publicación, para lo cual el interesado deberá proveer lo necesario dentro de los cinco días (5) siguientes a la orden de realizarlas. La publicación se hará mediante inserción de un extracto en el que se identifique el objeto de la petición, en la publicación oficial de la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local (artículos 14, 15 y 16).

- Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien sí cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente, o dentro del término de diez (10) días a partir de la recepción si obró por escrito. En este último caso, el funcionario a

quien se hizo la petición deberá enviar por escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días (artículo 33).

Cabría complementar la anterior idea resaltando la obligación que tienen los funcionarios encargados de realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, de declararse impedidos por las causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil; lo mismo que por haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado o haber sido recomendado por él para llegar al cargo que ocupa el funcionario o haber sido designado por éste como referencia con el mismo fin.

- El derecho de petición es desistible en cualquier tiempo, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si lo consideran necesario para el interés público; en tal caso, expedirán resolución motivada. (Arts. 8 y 9).

- Por lo que respecta al derecho de petición de informaciones, se varía respecto de lo expuesto en el término para resolverlas, que es de 10 días, pasados los cuales, si no se ha obtenido respuesta se entenderá que la respectiva solicitud ha sido aceptada. (Silencio positivo). En consecuencia el documento a revisarse o a entregarse deberá ser puesto a disposición del interesado dentro de los dos días siguientes. El funcionario renuente podría soportar, previo proceso disciplinario, la pérdida del empleo. (Art. 22 Decreto 01 de 1984; Art. 25 Ley 57 de 1985).

Si la Administración resuelve responder negativamente la petición de información, así lo notificará al peticionario y al agente del Ministerio Público. Contra estos actos se procederá por la vía gubernativa de manera ordinaria e incluso podrán ser objeto de las acciones contenciosas. No obstante, en este aspecto pueden producirse algunos conflictos interpretativos entre el Art. 23 del Código Contencioso Administrativo, que es el que contiene lo antes expuesto, y el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, norma posterior que establece un procedimiento especial de protección al derecho de petición de documentos.

Según una primera tesis, el acto que niega la petición de información, podría ser solamente objeto de control a iniciativa de la persona afectada, a través de las acciones ordinarias de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. Se insiste por los defensores de esta tesis, que la única vía que tendría una persona afectada, con la decisión negativa de la administración, sería ésta, por cuanto el Art. 21 de la Ley 57 de 1985, no les da la iniciativa de acudir al procedimiento especial en ella establecido. La Ley 57 depositó exclusivamente en las autoridades la posibilidad de utilizar el procedimiento especial del Art. 21. Este indica la disposición que las autoridades, "...ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida...". Es decir, que si las autoridades se niegan a enviar el asunto al Tribunal, la persona interesada eventualmente se queda sin defensa posible frente a la jurisdicción. De aquí que esta primera tesis sostenga la vigencia del Art. 23 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto que otorga a los particulares acciones ordinarias para acudir ante la jurisdicción contenciosa en defensa del derecho de petición de documentos.

El anterior planteamiento no es de nuestro recibo. Tal y como lo expusimos al estudiar la protección judicial a la petición de documentos, la Ley 57 de 1985, ha establecido un procedimiento especial, que no solamente deja fuera el uso de las acciones ordinarias en casos como el que nos ocupa, sino que en nuestra opinión deroga tácitamente el Art. 23 del Decreto 01 de 1984. El procedimiento especial de la Ley 57 no sólo habilita para su ejercicio a las autoridades, sino también a la persona interesada, que es la que tiene el apremio de la consulta o de la obtención del documento. Absurdo resultaría que el legislador hubiere establecido un corto procedimiento para uso exclusivo de las autoridades y dejado el largo y tedioso trámite de las acciones ordinarias para las personas interesadas.

- Para las consultas el término de resolución de la petición es de 30 días. (Art. 25). Sin embargo, aquí no son de aplicación directa las normas comunes del Código Contencioso, en razón a que técnicamente no se está en la producción de un acto administrativo.

Trámite en el ejercicio de un deber legal

Por regla general, el proceso no varía sustancialmente; se le aplica, en especial, los contenidos de los artículos 5, incisos 4 y 5; 11, 12, 13, 14, 15; es decir, tratándose del cumplimiento de un deber legal, las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas actuaciones se presenten por escrito, para lo cual podrán elaborar formularios con el fin que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes. Es igualmente aplicable lo que se refiere a las autenticaciones de las copias. En todo lo demás, el desarrollo es igual al expuesto en el punto anterior.

Trámite de la actuación por iniciación oficiosa

Salvo las advertencias hechas en numerales anteriores, el proceso no sufre mayores alteraciones, por lo que considero oportuno tener en cuenta lo expresado respecto del derecho de petición. No obstante, el Código destaca algunas disposiciones, como son los Art. 14, 34 y 35, lo que no quiere decir que, exclusivamente, con dichas disposiciones deba adelantarse la actuación administrativa. La iniciación oficiosa es simplemente otra de las fuentes de las actuaciones administrativas, razón por la cual se encuentra sujeta a las demás reglas del procedimiento general del Decreto 01 de 1984.

6. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

La interpretación del régimen de atribuciones y facultades para las autoridades, establecidos en el ordenamiento, puede llevar algunas veces a conceptos enfrentados que necesitan ser prontamente resueltos con el fin de garantizar las finalidades estatales y los derechos de los asociados. En este sentido los Art. 33 y 88 del Código Contencioso Administrativo, establecen dos procedimientos de solución para este tipo de controversias: el primero, de carácter eminentemente administrativo y el segundo, de tipo jurisdiccional. Conjugando estas disposiciones la solución al conflicto de competencias tendría que seguir el siguiente trámite:

- Si la petición se presenta ante funcionario que es incompetente, éste deberá manifestar su falta de competencia en el acto al interesado, si la petición es verbal; o dentro de los diez días siguientes si el peticionario obró por escrito. (Art. 33).

- Si la petición fue escrita, el funcionario que se considera incompetente enviará el expediente o el escrito respectivo al funcionario que se considera es el competente. (Art. 33). Si este último también se considera incompetente deberá enviar el asunto ante el tercero imparcial, que para el caso será el Tribunal Administrativo de Departamento o el Consejo de Estado. (Art. 88).

- Si el segundo de los funcionarios no manifiesta, o no es incompetente, los términos para resolver la petición se prorrogarán en diez días (Art. 33).

Recibido el expediente y efectuado el reparto, el Consejero Ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver dentro de los diez días.

- Si el conflicto es positivo, es decir, ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado y se seguirá un trámite similar al antes indicado.

- Los conflictos de competencia administrativa ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, se promoverán de oficio o a solicitud de parte interesada.

De la anterior relación procedimental se desprenden algunas características especiales y algunos problemas concretos del trámite del conflicto de competencias. Estos son los siguientes:

- El conflicto de competencias debe haber sido provocado de manera positiva o negativa por alguna o algunas de las partes involucradas en la actuación administrativa. De lo contrario resulta imposible pensar en que se pueda acudir a los procedimientos señalados en las normas

anteriores. En esto, el Art. 88 del Código Contencioso Administrativo es supremamente claro. Es necesario el conflicto entre autoridades para que se configure el objeto de la acción sobre competencias administrativas. El conflicto no es un típico conflicto de interpretación respecto de la competencia por parte de la persona interesada; debe ser entre autoridades que se disputen un negocio o que lo rechacen declarándose incompetentes. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, así lo ha entendido: En providencia de 1990, señaló lo siguiente: "...y si de lo manifestado por ella, como de lo acreditado documentalmente en el expediente, aparece que las autoridades administrativas del orden nacional que se señalan como contendientes no se han declarado expresamente competentes ni incompetentes para ejercer la función de vigilancia y control... no puede hablarse entonces, de que entre ellas exista conflicto alguno, pues, como se colige de los textos legales y lo ha reiterado la jurisprudencia, para que surja jurídicamente el mismo, siempre se requerirá que cuando mínimo dos autoridades se disputen acerca de la facultad para conocer o no de cierto asunto. Solo entonces emerge el conflicto y se concreta la facultad para quien debe dirimirlo, de intervenir en su dilucidación..."¹⁴⁰.

- Otro aspecto por destacar, es el de la titularidad de la acción sobre conflictos de competencias administrativas, señalada en el Art. 88 del Decreto 01 de 1984, conforme a la redacción del artículo 18 del Decreto 2304 de 1989. En nuestra opinión, el ordenamiento positivo al respecto, es claro y contundente: La titularidad de la acción la tienen tanto las entidades involucradas en el conflicto de competencias, como cualquier persona que tenga un interés directo en que se resuelva el conflicto. Esta conclusión se deriva de la acción del inciso 1o. del Art. 18 del Decreto 2304 de 1989, que indica lo siguiente: "...los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte...". Quiere el legislador indicar con esto, que de oficio será, cuando alguna entidad, organismo o autoridad resuelvan acudir ante la jurisdicción para resolver el litigio que impide continuar claramente

140. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Auto de Oct. 1o. de 1990; C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez; exp. C.- 140.

con una actuación administrativa; y, cuando la norma se refiere a "solicitud de parte", quiere significar que el sujeto de derecho, el cual es parte interesada en la respectiva actuación administrativa, que considere menoscabados sus derechos y garantías procesales ante una indefinición de competencias, puede acudir en ejercicio de esta acción ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa y obtener pronta resolución al conflicto. De no interpretarse en este sentido se caería en absurdas situaciones de negación no solo de justicia, sino también de los derechos fundamentales de los asociados.

No obstante la claridad del anterior planteamiento, la jurisprudencia de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, en algunas oportunidades ha dado interpretación diversa al presente asunto. Ha considerado que sólo la administración es la habilitada por la ley para acudir ante los tribunales en ejercicio de esta acción. En providencia de 1991, indicó lo siguiente: "...a). El Decreto 2304 de 1989, expresamente suprimió la posibilidad de que cualquier persona que demuestre interés directo, pueda intentar la acción ante esta jurisdicción, como sí lo preveía el Decreto 01 de 1984. Así que sólo quedaron como titulares de la acción de definición de competencias administrativas las propias entidades administrativas protagonistas del conflicto de competencias. b). Que dicho conflicto se 'promoverá a solicitud de parte' como lo expresa el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del 88 del C. C. A., tiene el significado de que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa, ante los entes administrativos, tendientes a que el conflicto se suscite por éstos, a su vez, frente a la presente jurisdicción y con observancia del procedimiento previsto en el susodicho Art. 18 Incs. 2, 3 y 4 'Promover', según el diccionario de la lengua española tiene la acepción de: 'iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro'; 'resolver' equivale a: 'hallar la solución a un problema' y 'dirimir' denota: 'componer una controversia'. Así que utilizando la misma terminología del Art. 88, los particulares pueden gestionar ante la administración, que se someta a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencias presentado en su seno para que sea el juez administrativo quien lo resuelva..."¹⁴¹.

141. Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 11 de feb. 1991; C.P. José Padilla Villar. Exp. : C - 124. Esta tesis fue reiterada en auto de junio 13 de 1991 C.P.: Miguel González Rodríguez. Exp. C-177.

La anterior tesis no fue, sin embargo, adoptada por unanimidad; votos salvados como los de los Consejeros Alvaro Lecompte Luna, Carlos Betancur Jaramillo y Amado Gutiérrez, sostienen la tesis que expusimos en el sentido de admitir una amplia posibilidad de titulares de la acción. Por lo demás, la interpretación mayoritaria, nos resulta incongruente con el respeto sustancial a los derechos. Una interpretación gramatical, en contra de los intereses de la persona involucrada directamente en el conflicto.

- El conflicto de competencias debe haberse planteado durante la etapa de la actuación administrativa, es decir, durante la formación del acto y no cuando éste hubiere sido adoptado. En este último caso, nos encontramos ante un vicio en la legalidad del mismo. Vicio de incompetencia que podría generar la nulidad del acto.

7. REGIMEN PROBATORIO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Quiso el constituyente colombiano que toda decisión tendiente a producir efectos jurídicos, debía contener los fundamentos probatorios suficientes que le permitan válidamente nacer a la vida jurídica. Este principio garante de los derechos ciudadanos tiene su consagración en el Art. 29 de la Constitución Nacional cuando indica que **"... el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."**. Agrega la norma, como complemento jurídico necesario a la proposición del debido proceso, que además de lo anterior toda persona tiene derecho **"... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra..."**.

Este principio obtiene desarrollo legal, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas en los artículos 3, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo. En la primera de las disposiciones se instituyen en el derecho colombiano, los elementos guías o principios interpretativos que deben regir cualquier actuación de los

administradores públicos en el ejercicio de sus funciones. Dos de estas premisas resultan pertinentes tratándose del debido proceso, fundamentalmente cuando se pretende encontrar las razones fácticas que rodean el caso, plenamente sustentadas: El principio de la imparcialidad y el principio de la contradicción (incisos 6 y 8 del artículo 3 del Decreto 01 de 1984).

El principio de la imparcialidad invita a las autoridades a que por ninguna razón realicen discriminación de las personas involucradas en las actuaciones administrativas. Que a todos los ciudadanos se les brinden iguales garantías procesales, sin entrar a alterar en manera alguna las posibilidades procesales que ellos tengan. El principio de la contradicción, por su parte, le reitera a las autoridades públicas la obligación que tienen de admitir la controversia de todas aquellas situaciones fácticas en que se encuentren vinculados los particulares. Es decir, el principio de contradicción resulta de la esencia misma del proceso administrativo, la evaluación y opinión de las partes sobre el alcance de los medios de prueba. Significa que todas aquellas pruebas, que en consideración de una de las partes interesadas resulten valiosas para su defensa, no pueden ser rechazadas unilateralmente.

Los artículos 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo se inscriben precisamente dentro de estos postulados filosóficos del Estado de Derecho, determinando que la necesidad de la controversia en el interior de las actuaciones administrativas sea plena. Que las decisiones que deban adoptar las autoridades se hagan sobre la base de las opiniones expresadas por los mismos y con fundamento en las pruebas e informes disponibles, sobre todo si se trata de afectar derechos de naturaleza individual o particular, e incluso en el caso del artículo 36, sin importar que la decisión sea discrecional; por cuanto debe tener fundamento en la Ley y en razones fácticas, y por lo cual también, "... debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa..." y los hechos sólo pueden ser determinados probatoriamente.

Estos principios no son meras arbitrariedades legislativas, corresponden a toda una evolución del derecho que rompe con los estadios de la arbitrariedad y pretende la consagración de niveles

institucionales. De legalidad plena en las autoridades administrativas. De sujeción permanente al derecho positivo, cuando deba adoptarse una decisión que cree situaciones en derecho frente a los asociados.

El profesor Hernando Devis Echandía¹⁴², en su estudio sobre las pruebas, identifica precisamente la necesidad probatoria como un presupuesto para la validez misma de toda decisión, así sea administrativa o judicial. *"...el principio de la necesidad de la prueba se refiere al imperio de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial (administrativa), estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualesquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades... Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad..."*.

En diferentes oportunidades la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado, tratándose de los procesos administrativos, sobre la necesidad de que los mismos sean fallados con observancia plena de las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente. El Consejo de Estado¹⁴³, manifestó lo siguiente sobre las pruebas dentro del proceso administrativo: *"...Es principio jurídico-procesal que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica... porque, como ha de recordarse o precisarse, las pruebas judiciales conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al Juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas o medios probatorios, van a llevar al Juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un hecho voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales o inmateriales. Ese principio actual que lleva al convencimiento del Juez con base en la apreciación de conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es aplicable, no solo al Juez en el sentido estricto o restringido del*

142. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*; Tomo II; pruebas judiciales; VIII Edición; Editorial A.B.C. Bogotá, 1984.

143. Consejo de Estado; Sentencia de Julio 10 de 1991; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 2da.; C.P. Alvaro Lecompte Luna. Expediente 3011

vocablo, al que administra la justicia como funcionario, o como Corporación, de la rama jurisdiccional del poder público, sino también a quien, en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido...". Así, cuando una autoridad administrativa, como la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus distintas dependencias competentes ejerce sus facultades de cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su cargo, y promueve que se les exija su responsabilidad por las faltas que cometan, ha de encontrar luz en las pruebas apreciadas en conjunto como factores que determinen la responsabilidad que nazca de la conducta del funcionario investigado disciplinariamente. De allí que el acto administrativo que emita el Procurador General de la Nación, en ejercicio del poder disciplinario externo, debe estar antecedido de la recopilación de pruebas o medios probatorios que permita llegar razonadamente a un pronunciamiento que consulte los postulados de la sana crítica de esas pruebas o medios probatorios. Y si de ello brota el convencimiento acerca de la responsabilidad disciplinaria del funcionario oficial, el acto administrativo disciplinario está acorde con esa convicción como si se tratara de una sentencia emitida por los jueces propiamente dichos. En otras palabras, el agente de la Procuraduría es, cuando ejerce sus facultades disciplinarias, un Juez en el sentido de persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar.

Los anteriores presupuestos, que además son recogidos en el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los aspectos probatorios de las actuaciones administrativas, permiten concluir, lo siguiente: - La decisión sea administrativa o no, debe necesariamente estar sustentada en pruebas aportadas al proceso. - Las partes gozan de amplias posibilidades de solicitar la incorporación de los medios de pruebas que consideren adecuados para resolver el conflicto suscitado. - Los medios de prueba deben ser evaluados por el juzgador conforme a los postulados de la sana crítica, evitándose, en todos los casos, decidir el asunto fundado en simples razones objetivas o en presunciones que carezcan de sustentos dentro del respectivo expediente.

La prueba se nos torna entonces, en la base indiscutible de cualquier conclusión en el derecho. Tratándose de las actuaciones administrativas el Art. 34 del Código Contencioso Administrativo, señala el carácter no rituado del régimen probatorio y deja las puertas abiertas para que los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil, se aporten a las actuaciones administrativas. Indica la norma lo siguiente: "...durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado...". Desde este punto de vista se debe acudir irremediabilmente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, tanto en la parte general de la prueba, como en especial en todo lo que tiene que ver con cada uno de los medios de prueba.

8. ADOPCION DE DECISIONES EN VIA ADMINISTRATIVA

Cumplidos los términos ya expresados y habiéndose, dentro de ellos, dado oportunidad a los interesados y a los terceros de hacer valer sus derechos, expresar sus opiniones, solicitar y practicar pruebas, y respetadas todas las garantías de que gozan los asociados en todo proceso que hagan parte, las autoridades procederán a decidir, resolviendo la actuación administrativa con base en las pruebas e informes disponibles en el acervo documental aportado al expediente. El acto aquí producido deberá ser adecuadamente motivado con base en el análisis documental -probatorio-, dentro de las normas de la sana crítica y resolviendo siempre en derecho, las cuestiones planteadas tanto en la iniciación del procedimiento administrativo como durante su trámite.

Cumplido lo expresado y manifestada la intención volitiva de la administración, se produce una decisión que además de ser un acopio pleno de la legalidad y validez, debe estar determinada para producir determinados efectos jurídicos. Es decir, debe ser en todo sentido un acto administrativo. La decisión es el acto tal y como lo expusimos en el Capítulo Tercero de esta obra, así no se hubieren realizado los procedimientos tendientes a su publicitación. En este momento es que se pueden diferenciar los fenómenos de la validez y de la eficacia:

mientras la decisión lleva todo el contenido de legalidad del acto, problema de validez; la eficacia del mismo se logra mediante la exteriorización a través de los procedimientos de publicitación.

La decisión de la administración puede provenir como lo explicamos a propósito del régimen probatorio, de procedimientos tendientes a producir decisiones eminentemente regladas, sujetas, en estricto sentido, a un severo régimen jurídico; o también de procedimientos caracterizados por su flexibilidad en torno a la decisión y conocidos como discrecionales. Lo característico de ambos, según lo dispuesto en los Arts. 35 y 36 del Decreto 01 de 1984, es la fundamentación de la decisión, en pruebas y normas jurídicas pertinentes. De lo contrario se trataría de actos arbitrarios e incursos en posibles vicios de legalidad que podrían provocar su declaratoria de nulidad.

Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa.

Silencio administrativo

No toda decisión de la administración es de carácter expreso, escrita o verbal. El legislador ha previsto algunas hipótesis en las cuales, en nuestra opinión, como mecanismo de sanción a la administración morosa, presume el surgimiento de actos administrativos formales con determinados efectos frente a los interesados. Es de observarse que este fenómeno es peculiar de las actuaciones administrativas tendientes a la producción de actos individuales, subjetivos o personales, y de ninguna manera a los actos generales, abstractos o impersonales, donde siempre debe existir una expresa manifestación del órgano estatal o de la autoridad para que el acto surja como tal.

El anterior fenómeno es conocido en la doctrina como decisiones fictas o presuntas, productos del silencio de la administración. En el caso colombiano el legislador ha establecido por excepción, decisiones de esta naturaleza tanto en la vía administrativa como en la gubernativa. La primera, para darle un término a los procedimientos iniciados a través de las peticiones, en cumplimiento de un deber legal u oficiosamente. La segunda, para concluir presuntivamente los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos. Estas

decisiones pueden igualmente adoptar el carácter de negativas o positivas. Negativas en todos los casos en que el legislador no le hubiere dado efecto especial a la decisión ficta. Desde este punto de vista se constituye la regla general del silencio en el derecho colombiano. Positivas, de manera concreta en los casos en que el legislador hubiere establecido este efecto para el producto del silencio de la administración.

El silencio administrativo es el transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que vencido hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio; constituye una simple presunción de origen legal para interrumpir la actuación, garantizando de esta manera al interesado su debido proceso, en especial el derecho a una decisión que ponga término en algún sentido a sus relaciones con la administración.

Constituye una ficción en la medida en que el legislador le da vida a un acto que no tiene existencia real. Se trata, por lo tanto, como lo advertíamos al estudiar las características del derecho de petición, de una solución formal y procedimental, no sustancial a la actuación administrativa¹⁴⁴. Tan cierto será lo anterior, que si nos aproximamos al concepto de acto administrativo, estaríamos ante la carencia absoluta de manifestación de voluntad del órgano que ejerce funciones administrativas. Técnicamente podríamos afirmar que es darle vida jurídica a lo inexistente.

No obstante las anteriores aproximaciones al fenómeno, doctrinariamente se le atribuyen dos precisos efectos: Primero, el de mecanismo procesal, en la medida en que se puede argumentar para dar por terminada una actuación. Segundo, sustancial, pues al establecerle un límite - sanción a la administración, pretende garantizar el debido proceso por el simple transcurso del tiempo.

144. Véase lo expuesto en las notas 136 a 138.

Silencio negativo

Es la regla general. Ante toda ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de la cual no se hubieren establecido efectos especiales, se presume que el transcurso del tiempo produce un acto con efectos negativos. El Art. 40 del Decreto 01 de 1984, lo regula frente a las actuaciones administrativas y establece que procede, "...transcurrido un lapso de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva...". La redacción de este artículo no resulta afortunada frente a lo que doctrinalmente se ha entendido como el silencio administrativo. La norma circunscribe el surgimiento del silencio a la no notificación de una decisión que resuelva, y no, como doctrinalmente se expuso, a la inexistencia de pronunciamiento decisorio por parte de la administración. Esta falta de técnica en la redacción puede llevar a discusiones, ya resueltas por nuestra jurisprudencia, en torno al surgimiento del acto administrativo. Esto, porque de ocurrir, la administración ya hubiere adoptado un acto, mas no lo hubiere publicitado; de todas maneras, conforme a nuestro ordenamiento se configuraría el silencio administrativo.

Las autoridades, no obstante la configuración del silencio administrativo, continúan siendo competentes para decidir la respectiva petición. Es más, el inciso 2o. del Art. 40 del Código Contencioso Administrativo, es claro en indicar que por el sólo hecho del silencio las autoridades no quedan exentas, ni pueden excusarse para no decidir la petición inicial. Esta competencia para decidir la petición inicial de todas maneras se pierde cuando el interesado, al vencimiento de los tres meses, hubiere hecho uso de los recursos de la vía gubernativa, contra el acto presunto, fundado precisamente en que la decisión ficta le es contraria por su carácter de negativa.

El problema de la estructuración probatoria de la decisión ficta, le es trasladado por obvias razones procesales a la persona interesada. Resulta evidente que los actos fictos o presuntos, derivados del silencio negativo, no pueden ser notificados por la administración, razón por la cual el llamado a estructurarlo con el fin de que le sirva

de prueba, es el mismo particular comprometido en el derecho de petición. Esta prueba tendrá que formarse con el documento contentivo de la petición y la afirmación de que no se ha producido notificación alguna de decisión por parte de la administración. Corresponderá a la administración demostrar que sí ha cumplido con sus obligaciones procesales en la conformación del acto administrativo.

No obstante el anterior planteamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado es aún más flexible desde el punto de vista probatorio. Considera que no es una carga del peticionario demostrar la existencia del silencio administrativo. Dice la Corporación lo siguiente: "...cuando el demandante se funda en el silencio de la administración, le basta afirmar que ésta no ha resuelto en tiempo el recurso correspondiente...". Para el caso se debe entender que la administración no ha resuelto la respectiva petición. Agrega el Consejo lo siguiente: "...Es ese el hecho negativo que no requiere, sin embargo, prueba especial, positiva, porque el fenómeno del silencio administrativo -como medio exceptivo que es de poner término al procedimiento gubernativo- está basado en la mora, inercia o desidia de la administración; y mal podría exigirse al demandante que acreditara esa actitud mediante constancias o certificaciones de la misma entidad gubernativa que no ha atendido oportunamente sus reclamos. Exigir esa prueba sería hacer nulatorio el derecho ... pues el interesado podría hallarse en simple imposibilidad física de acreditar que la administración no ha resuelto su reclamo... no sobra agregar que si el demandante afirma que la administración no ha resuelto el recurso dentro de los términos legales, y con base en ello promueve la acción contenciosa, y no resulta ello ser cierto, el perjudicado es el propio demandante, pues la acción respectiva puede quedar condenada al fracaso..." 145.

No obstante la amplitud mostrada por el Consejo de Estado, consideramos que por elementales razones, la invocación de silencio negativo, así sea para interponer recursos o acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, debe ir acompañada de la prueba, de que la actuación evidentemente se inició, o de que los recursos fueron

145. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 2da.; Auto del 3 de junio de 1970.

realmente interpuestos. De lo contrario, tanto el funcionario administrativo como el juez contencioso administrativo, carecerían de argumentos ciertos para determinar por lo menos el transcurso de los tres meses de que habla el artículo 40. En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado. En providencia de 1989 indicó lo siguiente: "... Cuando se invoca el silencio administrativo no es necesario probar que la entidad administrativa no ha respondido. Pero sí debe probarse con la copia respectiva, que se hizo la petición y se interpusieron los recursos, para así poder calcular, de acuerdo con la fecha de recibo plasmada en dicha copia, si ha transcurrido el lapso de tiempo que la ley ha previsto para que se entiendan negadas la petición y los recursos, y que fue lo pedido ante la administración. En ausencia de este documento, ni siquiera cabe aquí la posibilidad de hablar de silencio administrativo..."^{145A}.

La persona afectada por el silencio de la administración puede optar: por esperar a que la administración resuelva en cualquier momento su petición, o puede igualmente, después de configurado el silencio, interponer los recursos de ley contra el presunto acto administrativo emanado del silencio de la administración. Estos recursos podrán interponerse en cualquier tiempo, según lo dispone el Art. 51 del Código Contencioso Administrativo. La razón es lógica, el silencio administrativo, como tanto se ha insistido, es una sanción para la administración morosa en el ejercicio de sus funciones. El afectado puede interponer los recursos de reposición y apelación, conforme las reglas del Decreto 01 de 1984. Algún sector de la doctrina, especialmente el profesor y tratadista Miguel González Rodríguez ¹⁴⁶, consideran innecesaria la utilización del recurso de reposición y recomiendan la utilización directa del recurso de apelación. La razón que invoca es eminentemente de conveniencia, pues si la administración no ha resuelto la petición, mucho menos habrá de

145A. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 2da. Sentencia de mayo 15 de 1989; C.P.: Clara Forero de Castro. Exp. 3753

146. González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*; Ediciones Rosaristas, Bogotá 1984; p.32.

resolver la reposición, razón por la cual es preferible acudir directamente ante el inmediato superior a través del recurso de apelación. Esta opinión la compartimos, fundados en lo dispuesto en el inciso 3o. del Art. 51. del Decreto 01 de 1984, que deja abierta la posibilidad para que se haga uso directamente del recurso de apelación cuando así lo considere la persona afectada.

De tratarse el funcionario moroso, de aquellos que no tienen superior jerárquico, es posible demandar directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo en la actuación administrativa. Concluimos lo anterior, precisamente de la no obligatoriedad del recurso de reposición. En estos mismos términos se ha pronunciado el Consejo de Estado en el fallo de 1989 indicando lo siguiente: "...si formulada una petición, transcorre el término de tres meses establecido en el Art. 40 del C. C. A., se configura un acto presunto negativo y si contra él sólo cabe el recurso de reposición, la vía gubernativa se ha agotado si no se interpone dicho recurso, según lo establece el Art. 63 del mismo Código..."^{146A}.

Un problema de reflexión se presenta en cuanto lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas frente al acto ficto o presunto. Conflicto que emana no solo de la concepción doctrinal del silencio, sino también de la misma redacción de los artículos 40 y 60 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 23 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el 136 del Código Contencioso Administrativo en cuanto tiene que ver con la caducidad de las acciones. El litigio interpretativo implica evidentes consecuencias desde el punto de vista de la protección judicial a los derechos ciudadanos. La tesis que adoptemos, incide de manera clara en la sustancia misma de los derechos fundamentales, específicamente en el debido proceso.

^{146A}. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 29 de marzo de 1989; C.P.: Aydeé Anzola Linares. Exp. No. 3751.

Son dos las posiciones que se han enfrentado en torno a este problema interpretativo. La primera tesis sostiene la vigencia plena del Art. 136, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo con las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989 y la consecuente caducidad de cuatro meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configura el silencio negativo. La segunda sostiene la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el Art. 23 del 2304 de 1989, sobre caducidad de la acción tratándose del acto presunto, y la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa en cualquier tiempo.

La primera tesis es defendida por el profesor Miguel González Rodríguez, en la obra antes citada, cuando indica lo siguiente: "Como la disposición posterior de un mismo estatuto o código prevalece sobre la disposición o disposiciones precedentes, según una regla de aplicación de derecho de la ley, aun cuando la administración no pierda la competencia para pronunciarse después de vencidos los plazos, no le queda otro camino al administrado que el accionar contra el acto ficto o presunto dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de los plazos y conservar y mantener la esperanza de que la administración lo haga antes que transcurran los cuatro meses de caducidad de la acción, caso en el cual, como dijimos, el pronunciamiento tardío podría considerarse como válido, en cuanto sea favorable para el peticionario o recurrente, que, ante ello, podría desistir expresamente de la acción que ejerció".

Posición contraria es defendida por el profesor Carlos Betancur Jaramillo, para quien el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, fue evidentemente modificado por el Art. 23 del Decreto 2304 de 1989, al establecer los cuatro meses de caducidad. Norma que en su momento debía haberse interpretado de manera sistemática con los artículos 1 y 7 del mencionado decreto, los cuales desafortunadamente fueron declarados inexecutable en sentencia del 20 de junio de 1990 por la Corte Suprema de Justicia. Desaparecidos del ordenamiento dichos artículos la caducidad del 136 no tiene operancia. Agrega el tratadista que dicha disposición debe ser inaplicada por inconstitucional. "...si lo dicho tiene aplicación frente al silencio por la no resolución oportuna de los recursos. (Art. 60 del C.C.A.), con mayor razón deberá aplicarse en relación con el silencio

ante la petición inicial. (Art. 40 del C.C.A.)... la soluciones propuestas acatan el carácter de privilegio que para el administrado tiene el silencio. No sería equitativo sostener hoy, luego de la inexequibilidad de los Arts. 1 y 7 del Decreto 2304, que la acción le caduca a quien permaneció paciente en espera de la decisión de los recursos, aun después de vencido el plazo que la administración tenía para hacerlo y cuando ésta ya no pierde la competencia. La aceptación de la fórmula contraria, no solo premiaría a la administración morosa, sino que constituiría una verdadera trampa para los administrados..."¹⁴⁷.

Silencio positivo

El silencio positivo constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano. Implica, por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión favorable al peticionario. Desde nuestro punto de vista, es para la administración morosa una sanción aún mucho más grave que la producida por el silencio negativo. Se parte de que supuestamente son favorables al solicitante las pretensiones invocadas en su escrito petitorio. Solamente procede en los casos en que expresamente el legislador ha previsto este efecto para los actos fictos.

El término para contar el silencio positivo será desde el inicio mismo de la respectiva actuación, siempre y cuando que la petición que la origina reúna los requisitos establecidos en la ley para su invocación. Para estos efectos el Art. 42 del Decreto 01 de 1984, determina que la copia de la petición, a que hace referencia el inciso final del Art. 5o., es decir, aquella en que conste la fecha de su presentación y el número y clase de los documentos anexos, debidamente autenticada por el funcionario respectivo, deberá ser protocolizada junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, es decir, dentro de los tres meses siguientes al inicio de la actuación.

147. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*; 3a. Edición 1992; Señal Editora; pp. 110 y 111.

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

De haberse desconocido los términos de los Arts. 41 y 42 del Decreto 01 de 1984, para la prueba y configuración del silencio administrativo positivo, pueden las autoridades revocar directamente el acto ficto derivado de un silencio administrativo a través de una protocolización espúrea. En nuestra opinión esta revocación es directa sin necesidad de solicitar al peticionario permiso alguno. Así lo dispone el Art. 73 del Código Contencioso Administrativo, cuando dispone que "...habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo, positivo, si se dan las causales previstas en el Art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales..."