**SILENCIO ADMINISTRATIVO – Definición**

El silencio administrativo es un acto ficto que surge luego de que transcurre el plazo legal para que la Administración responda a una petición. El sentido de la decisión administrativa que se suple con el acto ficto puede ser negativo o positivo. Por regla general, el legislador dispuso que cuando opera el silencio administrativo frente a una petición, la decisión es de carácter negativo. Excepcionalmente, cuando la ley expresamente lo admite, el silencio administrativo ante una petición será en sentido positivo.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO ‒ Silencio positivo contractual – Prerrogativa de contratistas**

[n]o es dable extender los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo a peticiones de terceros ajenos al vínculo negocial surgido entre el contratista y la entidad estatal con la celebración del contrato, puesto que respecto de estas terceras personas no se predican los beneficios derivados de quien tiene la calidad de contratista, por carecer de un vínculo negocial, reconocido por la ley, que sea fuente de obligaciones y derechos, como sí ocurre entre las partes del contrato.

En consecuencia, ante personas extrañas o ajenas al contrato se acude a la regla general del silencio administrativo negativo prevista en el artículo 83 del CPACA y, por consiguiente, si una petición presentada por un tercero ante la entidad contratante no es respondida oportunamente, y transcurre el plazo de tres meses previsto en esa norma, se entenderá que la respuesta de la entidad contratante es negativa de manera ficta o presunta.

**DERECHO DE PETICIÓN – Ejercicio ‒ Procesos de contratación – Sujetos habilitados**

[c]ualquier ciudadano puede presentar peticiones ante una entidad estatal durante la ejecución de un contrato, pero respecto de éstas, no opera el silencio administrativo positivo

[E]l interventor no es parte del contrato estatal supervisado, es un tercero, por ende, sus peticiones en relación con dicho contrato no están cubiertas por el silencio administrativo positivo. Lo anterior con la aclaración de que las peticiones que haga el interventor respecto del contrato de interventoría, en calidad de contratista, sí están cubiertas por ese tipo de silencio.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO – Positivo ‒ Improcedencia – Peticiones al contratista**

[…] Sólo las peticiones del contratista pueden ser objeto de la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Éste no opera en sentido contrario, esto es, frente a las peticiones que la entidad contratante haga al contratista.

Bogotá D.C., **27/12/2019 Hora 13:47:34s**

Señora

Gloria Milena Orjuela

**N° Radicado: 2201913000009700**

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000007976

Temas: Silencio administrativo positivo

Tipo de asunto consultado: Favorece al contratista o también a terceros Cordial saludo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de noviembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del articulo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Problemas planteados

La solicitante pregunta lo siguiente: “a) ¿es correcto afirmar que cualquier ciudadano puede formular solicitudes en el curso de la ejecución del contrato y les aplicaría lo que señala este artículo [num.16, artículo 25 de la Ley 80 de 1993]?; b)¿debe interpretarse que únicamente las partes del contrato Entidad Estatal – Contratista, están cobijados en este numeral; c) ¿también aplicaría para otras partes de la relación contractual, como interventores? y d)¿qué interpretación se le da al último párrafo del numeral citado?”.

# Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) el silencio administrativo ii) y el silencio administrativo positivo en materia contractual.

# El silencio administrativo

Por lo general las decisiones de la Administración son expresas, ya sea que consten por escrito o que se expresen verbalmente. Sin embargo, también es posible que sean fictas o presuntas, cuando la ley así lo contempla. Es así como el silencio administrativo, por virtud de la ley, ocurre como un mecanismo de sanción a la Administración morosa frente a peticiones de contenido individual[[1]](#footnote-1), que permite crear un acto administrativo formal, ante la ausencia de respuesta de la Administración, para derivar determinados efectos frente al interesado en la petición.

El silencio administrativo es un acto ficto que surge luego de que transcurre el plazo legal para que la Administración responda a una petición. El sentido de la decisión administrativa que se suple con el acto ficto puede ser negativo o positivo. Por regla general, el legislador dispuso que cuando opera el silencio administrativo frente a una petición, la decisión es de carácter negativo[[2]](#footnote-2). Excepcionalmente, cuando la ley expresamente lo admite, el silencio administrativo ante una petición será en sentido positivo[[3]](#footnote-3).

El silencio administrativo, sea negativo o positivo, es una presunción legal que permite terminar una actuación administrativa, para evitar la indefinición de la relación creada con la Administración, con el fin de que aquel pueda tomar otras medidas, como por ejemplo recurrir el acto ficto, someterlo a control judicial o, si le es favorable, hacerlo valer ante la propia Administración o terceros. Respecto de su naturaleza la doctrina sostiene:

“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 administrativa (…) 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.”[[4]](#footnote-4)

# El silencio administrativo positivo en materia contractual

Un ámbito en donde el legislador estableció la ocurrencia del silencio administrativo positivo es en la contratación estatal. El numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagró al respecto lo siguiente:

“Artículo. 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (…)

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

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 679 de 1994, que en el artículo 15 precisó lo siguiente:

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

En vigencia de las normas citadas, el reglamento circunscribió la ocurrencia del silencio administrativo positivo en materia contractual a las peticiones que el contratista formulaba a la entidad, de forma exclusiva y unidireccional. El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, y consideró que tanto la norma de la Ley 80 de 1993 como la del Decreto 679 de 1994 debían aplicarse sin dejar de lado la regulación del antiguo Código Contencioso Administrativo -dada la época de la sentencia- e identificó cuatro requisitos para que surja el acto ficto positivo[[5]](#footnote-5). En consideración al objeto de la presente consulta, se citan las consideraciones hechas sobre el primer requisito, relativo a quién debe presentar la petición que puede derivar en un silencio administrativo positivo:

En virtud del *primer* requisito, la solicitud la debe “presentar el contratista”, lo que parece obvio, aunque sólo en forma aparente, porque en realidad eso no lo establece el art. 25.16 de la ley 80. Lo que dispone es que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato…” si la entidad no se pronuncia en 3 meses se configura el silencio positivo, y resulta que en esa etapa perfectamente pueden formular peticiones, relacionadas con el contrato, la compañía de seguros que ampara al contratista, otras entidades estatales o los ciudadanos –por ejemplo las veedurías, y en general cualquiera persona-. De entenderse literalmente la norma, toda petición en esta etapa, sin importar de quien provenga, produciría el silencio positivo.

Sin embargo, el art. 15 del decreto reglamentario citado, interpretando correctamente el espíritu de la ley, establece que la solicitud debe provenir del contratista, para que, eventualmente, produzca el silencio positivo. La Sala comparte este criterio, porque es razonable y consulta el sentido natural de la norma. Por tanto otra solicitud, en caso de mora de la administración en responderla, dará lugar a que se configure el silencio administrativo negativo, que es la regla general que contempla el CCA.

En esta decisión el Consejo de Estado reafirmó que existen límites jurisprudenciales establecidos para que se configure el silencio administrativo positivo en la contratación estatal, como los siguientes ejemplos: i) no opera en los contratos de los operadores de servicios públicos domiciliarios porque éstos se rigen prevalentemente por el derecho privado, con aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. Igual ocurre respecto de otras entidades estatales excluidas del régimen de Contratación Estatal General; ii) no opera frente a una petición de pacto arbitral, pues excluir al juez natural del contrato para acudir al arbitraje requiere de pacto expreso y no presunto; iii) aunque el Consejo de Estado había considerado que el silencio administrativo positivo no podía servir para constituir un título ejecutivo, en dicha oportunidad replanteó los argumentos, para en su lugar, entender que el silencio administrativo positivo también era posible, según las circunstancias en que haya sido formulada la petición que lo originó.

La tesis expuesta se mantuvo incólume a pesar de que el Decreto 679 de 1994 fue derogado por el Decreto 734 de 2002, toda vez que, este último reglamento mantuvo una disposición sobre la aplicación del silencio administrativo positivo en los siguientes términos:

“Artículo 8.1.9. Del silencio administrativo positivo. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.”

Con la expedición del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, se derogó íntegramente el Decreto 734 de 2012, y la nueva reglamentación no reglamentó el silencio administrativo positivo, por lo que podría pensarse que la delimitación de este silencio perdió vigencia.

En el contexto expuesto, se observa que el silencio administrativo positivo, en el ámbito de la contratación estatal, ha sido entendido, tanto por los reglamentos del Estatuto General de Contratación Estatal, en un principio, como por la jurisprudencia imperante, como una garantía en favor de las peticiones que el contratista eleve ante la entidad contratante, durante la ejecución del contrato, con el fin de evitar que la solicitudes presentadas con ocasión del desarrollo del contrato queden sin definición a causa de la mora de la administración en responder.

De conformidad con lo anterior, esta subdirección considera que no es dable extender los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo a peticiones de terceros ajenos al vínculo negocial surgido entre el contratista y la entidad estatal con la celebración del contrato, puesto que respecto de estas terceras personas no se predican los beneficios derivados de quien tiene la calidad de contratista, por carecer de un vínculo negocial, reconocido por la ley, que sea fuente de obligaciones y derechos, como sí ocurre entre las partes del contrato.

En consecuencia, ante personas extrañas o ajenas al contrato se acude a la regla general del silencio administrativo negativo prevista en el artículo 83 del CPACA y, por consiguiente, si una petición presentada por un tercero ante la entidad contratante no es respondida oportunamente, y transcurre el plazo de tres meses previsto en esa norma, se entenderá que la respuesta de la entidad contratante es negativa de manera ficta o presunta.

Finalmente, respecto del inciso final del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, resta decir que dicha disposición advierte que el deber de responder las peticiones de los contratistas no se inhibe por el hecho de la ocurrencia del silencio administrativo positivo y, en consecuencia, los funcionarios públicos que tuvieron a cargo el deber funcional de dar respuesta de la petición podrán ver comprometida su responsabilidad, ante el inicio de un juicio disciplinario de la conducta, en los términos de la ley que juzga el correcto ejercicio de la función pública[[6]](#footnote-6).

# Respuesta

En cuanto a la pregunta a): cualquier ciudadano puede presentar peticiones ante una entidad estatal durante la ejecución de un contrato, pero respecto de éstas, no opera el silencio administrativo positivo.

De la pregunta b): sólo las peticiones del contratista pueden ser objeto de la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Éste no opera en sentido contrario, esto es, frente a las peticiones que la entidad contratante haga al contratista.

Respecto de la pregunta c): el interventor no es parte del contrato estatal supervisado, es un tercero, por ende, sus peticiones en relación con dicho contrato no están cubiertas por el silencio administrativo positivo. Lo anterior con la aclaración de que las peticiones que haga el interventor respecto del contrato de interventoría, en calidad de contratista, sí están cubiertas por ese tipo de silencio.

Finalmente, la pregunta d): la ocurrencia del silencio administrativo positivo no exime de la eventual responsabilidad que pueda surgir para los funcionarios públicos que tuvieron el deber de responder la petición dentro de los términos de ley.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Felipe Bastidas Paredes

1. SANTOMIFIO GAMBOA, Jaime O. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 252. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 83 de la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 84 de la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. Op. Cit., p. 252-253. [↑](#footnote-ref-4)
5. “*primer* requisito, la solicitud la debe ‘presentar el contratista’(…) El *segundo* requisito, establece que la solicitud se debe ‘presentar a la administración’, lo que parece obvio, porque así lo establece, expresamente, el art. 25.16 de la ley 80, y también su decreto reglamentario. Por tanto, las peticiones, reclamaciones u observaciones que también suele presentar el Estado al contratista, por distintas razones derivadas de la celebración del contrato, no configurarán este silencio (…) El *tercer* requisito exige que la petición se presente durante la ejecución del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación (…) El *cuarto* requisito que establece la ley, destacado atrás, exige de la administración responda oportunamente la petición, plazo sobre el cual se justifica hacer una precisión adicional. Se suele entender que ese término es de 3 meses, lo que es incorrecto, pues éste es el que prevé la ley para que se configure el silencio, no el plazo de respuesta a la petición” (Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 21 de febrero de 2011, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 17.555). [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 734 de 2002 – C.D.U. [↑](#footnote-ref-6)