

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

EXPEDIENTE No. : 16165

FECHA : Octubre 7 de 1999

CONSEJERO PONENTE : Dr. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

<TESIS - Relatoría Consejo de Estado>.

SILENCIO POSITIVO CONTRACTUAL - Requisitos y configuración / SILENCIO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - Validez dentro del término de ejecución contractual / TITULO EJECUTIVO - Inexistencia / FUENTE DE OBLIGACIONES - Inexistencia / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Supuestos de la existencia real

De conformidad con lo establecido en el C.C.A. (artículo [41](#)) el silencio administrativo positivo se conforma "solamente" en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales. En el Estatuto contractual se indica que "se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo", en las solicitudes que se presenten en el curso de ejecución del contrato, si la Entidad Estatal no se pronuncia dentro del término legal (tres meses; num. 16 artículo [25](#) ley 80 de 1993). Esas pretensiones, deben contener implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; este derecho es anterior a la petición y requiere solamente la formalidad o declaración del contratante público. El silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; no se puede edificar sobre la nada. Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista, requieren de declaraciones del Contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalicen el derecho a hacerlo. Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo. Cuando la ley para efecto de la dinámica de la operación contractual sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la Administración, en responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entenderse desde luego que lo petitionado por aquel deben ser asuntos a definir con relación a su actividad contractual, del contratista - o del contratante -, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo. Lo anterior implica, que las peticiones del contratista al contratante distintas a ese fin objetivo descrito, no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deban entenderse aceptadas presuntamente. Considerar lo contrario significaría: - Que las situaciones conferidas, presuntamente, sin título justo, operarían contra derecho; - Que la irregularidad del funcionario moroso en responder concedería, en algunos eventos, titularidad para hacer o ejecutar sin sustento jurídico. El contratista se colocaría contra el interés público; primaría una situación subjetiva irregular sobre aquel; - El contratista si bien tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición - no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el

contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc. Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del "deber de resolver las peticiones" a cargo de la Administración. Las obligaciones en materia contractual sólo tienen su causa, de una parte en actos jurídicos como la ley, el contrato mismo, los convenios sobrevinientes a éste y dentro de su ejecución, como además, en los actos administrativos de la Administración contratante o en "hechos del príncipe", estos que son también actos jurídicos. De otra parte en el incumplimiento contractual y en hechos exógenos al contrato pero que lo afectan de reflejo - imprevisibles y de variación de las circunstancias de ejecución. Se destaca de la ley que el silencio u omisión de la Administración Contratante respecto de las peticiones del contratista por fuera del término de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga dentro "en el curso de la ejecución del contrato". En este caso el ejecutante afirma la existencia del silencio positivo respecto de peticiones no respondidas, después del término de ejecución del contrato. De otra parte cuando la petición, como en este caso, refiriera o versara sobre el restablecimiento financiero del contrato o para el pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que él cree tener derecho etc., tampoco la omisión de respuesta constituiría silencio administrativo positivo, y mucho menos la omisión configuraría título ejecutivo. La no respuesta Administrativa o crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, porque como ya se precisó, porque el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre - verdaderamente - con los requisitos descritos antes, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario. La mera escritura de protocolización del alegado "silencio" - apariencia formal - no configura la real existencia de éste. De esas pruebas, se deduce que, de una parte, no se configuró el silencio administrativo y, de otra, no existe título ejecutivo. - En primer lugar por dos aspectos concurrentes: Uno porque la solicitud del contratista al contratante público no tiene como antecedente derechos preexistentes, del contratista y, otro, porque la petición de aquel se presentó después de la ejecución, es decir no dentro del curso de ésta (se recalca que el contrato terminó el 31 de marzo de 1996 y la solicitud se formuló el día 6 de abril siguiente); - En segundo lugar porque la omisión del Contratante público en responder la petición de restablecimiento financiero del contratista no configura ni silencio administrativo positivo ni título ejecutivo; así se explicó. En efecto la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal requiere de una solución expresa, o a voluntad de las partes o por otro mecanismo de solución de controversias previsto en la ley. Del artículo [27](#) de la ley 80 de 1993, se deduce que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal pende del cumplimiento de precisas condiciones legales; dentro de las cuales está: en primer lugar, el acuerdo mutuo y la adopción de medidas administrativas que aseguren los pagos y reconocimientos al contratista y, segundo lugar y en defecto de estos, otros mecanismos de solución de conflictos, extrajudiciales y judiciales.

NOTA DE RELATORIA. Se reitera el auto de 26 de septiembre de 1996; Exp. 12147; Actor: Edilberto Torres Rodriguez; Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo; auto del 6 de noviembre de 1996; Exp. 11696; Actor: Ingenieros Constructores Gayco S.A.; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes

(Auto de 7 de octubre de 1999, Sección Tercera, Exp. 16165, Ponente: Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Actor: CONSORCIO ALFONSO OROZCO, JUAN RAMON LOPEZ Y EDUARDO CAÑON).

<ENCABEZADO DEL EXPEDIENTE>.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Santafé de Bogotá, siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Consejera Ponente: DOCTORA MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

Referencia: Expediente No. 16.165

Demandante: Consorcio Alfonso Orozco, Juan Ramón López y Eduardo Cañón

Demandado: Empresa de Servicios de Valledupar S. A.- EMDUPAR S.A -

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el auto proferido el día 10 de diciembre de 1998 por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante el cual dispuso negar el mandamiento ejecutivo.

II- ANTECEDENTES.

A- Demanda ejecutiva.

El Consorcio Alfonso Orozco, Juan Ramón López y Eduardo Cañón, representado por apoderado judicial, mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 1998 en el Tribunal Administrativo del Cesar, formuló demanda ejecutiva contra la Empresa de Servicios de Valledupar S. A.- EMDUPAR S.A., para que se libre orden de pago en su favor por la suma de noventa y dos millones cincuenta y tres mil quinientos ochenta pesos (\$92'653.580), "los intereses a que haya lugar y las costas de este proceso, incluidas las agencias en derecho".

El actor fundamentó sus pretensiones en lo siguiente:

1. El 24 de junio de 1994 le fue adjudicado el grupo XIII de la licitación pública internacional No. LPI - EMD - 002 - 93 por medio de la resolución 269.
2. El 27 de junio de 1994, suscribió con EMDUPAR el contrato de obra pública 044 que tuvo por objeto la construcción de la planta de tratamiento de aguas negras (planta sur) del alcantarillado de la ciudad de Valledupar de acuerdo al plan maestro de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad.
3. El 6 de abril de 1995, a través de la interventoría, formuló solicitud a la entidad demandada con el objeto de que se restableciera el equilibrio económico y financiero del contrato, roto por el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales de la entidad contratante. Reclamó el reconocimiento y pago de \$93'653.580,00 por ese concepto.
4. EMDUPAR S.A. no se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados durante los tres meses siguientes a su presentación, por lo cual debe entenderse que la decisión fue favorable a las pretensiones del solicitante conforme lo establece

la ley (num. 16 art. 25 ley 80 de 1993 y art. 15 dec. 679 de 1994).

5. El acto administrativo presunto que surge del silencio administrativo positivo ordenó reconocer y pagar al Consorcio la suma de \$92'653.580, para restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, roto por el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales de la entidad contratante.

6. El 6 de diciembre de 1995 el representante del Consorcio protocolizó la copia de la reclamación de perjuicios y sus anexos mediante escritura pública 3.747 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar, en cumplimiento de lo normado en la ley (art. 42 dec. 01 de 1984)

7. El 24 de agosto de 1998, las parte liquidaron el contrato. La entidad ejecutada no reconoció los perjuicios reconocidos mediante el silencio administrativo positivo. Argumentó:

"xi. En razón del silencio administrativo positivo que ha operado en el caso sub - lite la EMPRESA DE SERVICIOS DE VALLEDUPAR S.A- EMDUPAR S.A. está en la obligación de pagar al CONSORCIO ALFONSO OROZCO - JUAN RAMÓN LÓPEZ - EDUARDO CAYÓN la suma líquida de dinero de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$91'653.580).

xii. La escritura pública número 3.747 de 1995 junto con los demás documentos anexos a la demanda conforman un título complejo que amerita la ejecución que demando. (fol. 141)

B- Pruebas aportadas.

- Copia del escrito de conformación del consorcio demandante (fols. 2 y 3).

- Certificado de existencia y representación legal de la EMDUPAR S. A. expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar (fols. 4 a 6).

- Copia auténtica de la resolución 269 del 24 de junio de 1995, por la cual se le adjudica el contrato de las obras correspondientes al grupo XII de la licitación pública internacional No. LPI - EMD - 002 - 93 (fols. 7 a 9).

- Copia auténtica del contrato de obra pública 044 del 27 de junio de 1994, que tuvo por objeto la construcción de la planta de tratamiento de aguas negras (planta sur) del alcantarillado de la ciudad de Valledupar (Fols. 10 a 35).

- Copia del pliego de licitación para construcción de obras del plan maestro de acueducto y alcantarillado de Valledupar (fols. 36 a 105).

- Copia auténtica del contrato de consultoría 926 de 1994 celebrado entre EMDUPAR S.A. y el Consorcio Gómez, Cajiao y Asociados, CIA Ltda - Francisco Fuentes para la interventoría del contrato 044 (fol.

- Segunda copia de la escritura 3.747 del 6 de diciembre de 1995 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar por medio de la cual el representante del Consorcio protocolizó la copia de la reclamación de perjuicios y sus anexos (fols. 106 a 131).

- Copia auténtica del acta de liquidación del contrato suscrita por las partes el 24 de agosto de 1998 (fols. 132 a 134).

- Copia de la póliza tomada por el ejecutante para garantizar a EMDUPAR S.A. la estabilidad de

las obras correspondientes al contrato 044 (fol. 136).

C. Auto apelado.

El Tribunal negó el mandamiento de pago deprecado.

Consideró que omisión de la entidad contratante, que se presentó al no responder a tiempo la solicitud de reconocimiento y pago que le formuló el consorcio contratista, no es constitutivo de título ejecutivo.

Afirmó que la norma legal invocada, num. 16 art. 25 ley 80 de 1993, consagra uno de los principios contractuales cual es el de economía:

"que busca en todas las fases de la contratación, desde la precontractual, ejecución y terminación del contrato, se garantice al contratista particular una selección objetiva y evita la imposición de trámites diferentes a los consagrados en la ley."

Precisó en relación con el silencio positivo, lo siguiente:

" este goza de ser tomado como una decisión presunta, por la falencia de la administración, al no dar una respuesta solicitada en tiempo, por lo anterior este no debe mirarse como un acto administrativo; esta figura solo opera en los casos expresamente señalados en la ley y por último se puede establecer que su fin es el de no permitir que las actuaciones que se adelanten con la administración no pierdan dinamismo y con esto logrará cumplir los fines del Estado.

"Se agrega en este punto, que en el postulado consagrado en el inciso citado arriba, el cual consagra el silencio administrativo positivo, por la no respuesta oportuna de la administración, en asuntos relacionados con el contrato celebrado, tiene como objeto, que se de respuesta al contratista sobre situaciones que tienen que ver con prestaciones contractuales, surgidas del contrato mismo, además evitar la pérdida de la dinámica en la operación contractual y que la entidad demandada (administración), profiera decisiones que no toquen con el fondo del asunto, al respecto en sentencia del 16 de marzo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se estableció que el principio señalado 'no le permite a aquella (administración) valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de los requisitos para no decidir o proferir decisiones inhibitorias (.)'

La Sala se niega a consagrar a esta figura como creadora de obligaciones, por cuanto estas sólo pueden nacer de un acuerdo entre las partes, dentro del contrato o durante su ejecución, el silencio administrativo positivo, el cual surge de la solicitud presentada, en el caso sub iudice, por el Consorcio Alfonso Orozco () a la Empresa (.) EMDUPAR, con el objeto de que le pague obligaciones contractuales incumplidas y así restablecer el equilibrio contractual; esta decisión presunta no es constitutiva de título ejecutivo (.)"

Adujo finalmente el Tribunal que:

. El documento presentado por el demandante no proviene del deudor, de una sentencia judicial o de policía que imponga una obligación a cargo de éste.

. Las características propias de los títulos ejecutivos no se presentan en el caso concreto, puesto que no resalta del alegado título la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.

D. Fundamentos del recurso.

El demandante apeló la anterior decisión con el objeto de que sea revocada y en su lugar se libere el mandamiento ejecutivo solicitado.

Adujo que:

. Del silencio administrativo positivo invocado se desprende una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la entidad demandada, porque se trata de un acto administrativo presunto que produce todos los efectos patrimoniales legales de la decisión favorable que se pidió.

. La decisión impugnada se aparta de las disposiciones legales que reglan el silencio administrativo (arts. 41 y 42 C.C.A.), por que se niega a reconocer los efectos de esta figura.

Afirmó igualmente:

" La argumentación del a quo, por un lado, en el sentido de negarse a consagrarle a la figura precitada como creadora de obligaciones, por cuanto estas sólo pueden nacer de acuerdo entre las partes, dentro del contrato o durante su ejecución, peca realmente por liviana, pues, olvida el Tribunal que la ley también es fuente creadora de obligaciones, como la que el padre tiene para con sus hijos menores, y en éste orden de ideas los artículos ya referenciados sumados a la pasividad, negligencia o sencillamente silencio de la administración, por intermedio de la entidad interventora, crearon a su cargo (de la administración EMDUPAR), la obligación de cancelar a los actores a partir de la liquidación del contrato una suma clara, expresa y determinada de dinero; por otro lado, con la misma lógica que se infiere de la lectura de la providencia atacada, de negarle los efectos patrimoniales a la figura del silencio administrativo positivo, podríamos negarle a nuestro capricho infinidad de efectos en cualquiera de las circunstancias en que se invocara que, desde luego no puede tener la facultad decisoria en un proceso administrativo, pues, ello, resultaría francamente desobligante en una seria administración de justicia."

III- CONSIDERACIONES.

Corresponde a la Sala pronunciarse, para decidir, sobre el recurso de apelación dirigido con el auto que denegó librar el mandamiento de pago - auto interlocutorio dictado por el Tribunal en asunto de dos instancias -, en virtud de la competencia funcional y material que le atribuye la ley (arts. 505, inc. 2o. C.P.C. y 129 C.C.A.).

El recurrente, pretende ejecutar a EMDUPAR S.A. con fundamento en la aseveración relativa a la existencia del silencio administrativo positivo que se produjo, en su sentir, a consecuencia de que el ente contratante no respondió la solicitud que le formuló, para que restablezca el equilibrio financiero del contrato de obra pública 044 de 1994.

El Tribunal manifestó que la no respuesta administrativa, que fue protocolizada ante notario, no constituye título ejecutivo al no contener una obligación clara, expresa y exigible.

Procederá la Sala a determinar si, de un lado, la falta de respuesta del contratante público al contratista, omisión, concluye en silencio administrativo y, de otra, si éste constituye título ejecutivo.

A- Generalidades sobre el silencio administrativo.

1- Normatividad en actuación administrativa.

Es un mecanismo legal consagrado con el propósito de hacer efectivos los principios de celeridad

y eficacia que orientan la actividad administrativa.

En las actuaciones administrativas, está regulado así:

"Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva

"Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inicio la actuación.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71,73 y 74"

(art. [41](#) del C.C.A).

En términos generales la expresión silencio administrativo deviene de la presunción de ley relativa a la respuesta tácita, por el no pronunciamiento frente a la solicitud. Esta respuesta puede ser negativa o positiva: cuando la ley indica que si no hay respuesta se entiende que se niega o se concede, según su caso.

Dicho de otro modo el silencio administrativo surge una ficción por virtud de la cual se abre el acceso a la instancia siguiente (silencio negativo) o se entiende otorgado aquello que se solicitó (silencio positivo)().

Los efectos que produce el silencio positivo son limitados, pues no se permite que a través de esta figura legal pueda adquirirse más de lo que hubiera podido otorgar la administración de manera expresa; los efectos están condicionados por la legalidad de lo pedido.

2- Doctrina.

El fundamento del silencio positivo lo analiza la doctrina de la siguiente manera:

. Ernesto García Trevijano:

"Con ella (la finalidad del silencio administrativo) no se pretende sanar vicios o legitimar actuaciones contrarias a la legalidad. Simplemente responde a la necesidad de dar una mayor agilidad en determinados sectores, evitando los perjuicios derivados de la inactividad formal de la Administración; "cómo podría el ordenamiento jurídico prever una técnica con la que precisamente se evita la adecuada aplicación de aquél?"

Tampoco es admisible sostener el automatismo radical del silencio positivo con base en el argumento de que la administración pudo y debió resolver expresamente antes del transcurso del plazo del silencio positivo. Y ello porque, en definitiva, la cuestión no se traduce simplemente en dos posibilidades: resolución expresa u otorgamiento en cualquier caso de lo pedido mediante la técnica del silencio positivo."

García de Enterría

"El silencio positivo tuvo siempre un sentido y una funcionalidad diferentes. El art. 95 LPA lo refirió a los supuestos de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control, preventivo o a posteriori, de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser

integrada por otra Administración superior. En este marco se comprende sin dificultad que el silencio de la Administración llamada a otorgar la autorización o aprobación pudiera sustituir a éstas pura y simplemente, suavizando así el rigor propio del control policial o de tutela, instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar y transcurrido un tiempo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el nihil obstat, la inexistencia del veto.".()

Fernando Garrido Falla

Afirma que es base de partida del silencio positivo: "que la disponibilidad sobre la actividad de que se trata pertenece al sujeto que se dirige en petición a la Administración y que lo que a ésta compete es un poder o facultad de veto que responde a su papel de vigilante del interés público; que dispone de un determinado lapso de tiempo para ejercerlo y que, si no lo ejerce, la actuación del peticionario surte plena eficacia jurídica.

(...)

Las entidades u organismos sometidos a cierto tipo de tutela o fiscalización superior,(.) actuaban en el ejercicio de su competencia, por lo que el principio era el de la validez y eficacia de sus actos (aunque sometidos a la condición suspensiva y resolutoria de que no fuesen desautorizados por la autoridad superior). Obviamente, si la desautorización no se producía, surtían plenamente sus efectos. En eso consistía la técnica del silencio positivo.

Y es éste, cabalmente, el régimen del silencio positivo en la ley 30/1992. " Que significa, si no, hablar de derechos preexistentes? Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del "peticionario. Pues si el derecho preexiste, es decir, si es anterior que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley - en el mejor de los casos - es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso - al igual que ocurre con otras instituciones de derecho público y constitucional - determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del "peticionario" (en realidad peticionario de que?) ().

Al explicar la evolución del silencio administrativo señaló respecto de su primera concepción:

"Extrapolando doctrinas privatistas: en las relaciones entre particulares, "surge la relación jurídica cuando la voluntad recepticia no se manifiesta expresamente? Aquí el principio qui tacet voluit puede estar justificado, pero "es aplicable a las relaciones particulares con la administración? Como la doctrina española de mediados de siglo apuntaba, esto significaría tanto como poner a la Administración (al interés público) en manos de los administrados (S. Royo - Villanova). Las peticiones más disparatadas de los administrados se convertirían en actos administrativos ().

Miguel Galindo Camacho

"Respecto al silencio administrativo Fernández de Velasco, citado por el Dr. Gabino Fraga opina: 'En derecho administrativo el silencio significa sustitución de la expresión concreta del órgano, por la abstracta prevenida por la ley'

Consiste en la abstención de la autoridad administrativa para realizar un acto previsto por la ley y generalmente solicitado por un administrado, es decir, consiste en una inactividad del órgano, cuya obligación es emitir o realizar el acto y expresarlo, bien sea acordándolo favorablemente o desfavorablemente." ()

3- Supuestos de la existencia real, no formal, del silencio positivo contractual.

A- Toda petición no respondida configura silencio positivo?.

De conformidad con lo establecido en el C.C.A. (art. 41) el silencio administrativo positivo se conforma "solamente" en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales.

En el Estatuto contractual se indica que "se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo", en las solicitudes que se presenten en el curso de ejecución del contrato, si la Entidad Estatal no se pronuncia dentro del término legal (tres meses; num. 16 art. 25 ley 80 de 1993).

Esas pretensiones, deben contener implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; este derecho es anterior a la petición y requiere solamente la formalidad o declaración del contratante público.

El silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; no se puede edificar sobre la nada.

Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista, requieren de declaraciones del Contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo.

La norma del silencio administrativo contractual, hace parte del título II "DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL", en el de economía.

Ese principio busca que en el procedimiento contractual como en el de su operación, la Administración cumplirá y establecerá los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva; no someterá a los particulares a trámites distintos o adicionales a los expresamente previstos; no podrá valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias; deberá tener en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados; deberán adelantarse los trámites rápidamente, y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato; se adoptarán procedimientos que garanticen entre otros la pronta solución de las diferencias y controversias que con la ejecución del contrato se presenten etc.

En el principio contractual "de la economía" se regula el referido silencio. En los antecedentes del Estatuto Contractual se justificó el silencio positivo como uno de los puntos destacados del principio mencionado ().

Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que

luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo.

Cuando la ley para efecto de la dinámica de la operación contractual sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la Administración, en responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entenderse desde luego que lo petitionado por aquel deben ser asuntos a definir con relación a su actividad contractual, del contratista - no del contratante -, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo.

Lo anterior implica, que las peticiones del contratista al contratante distintas a ese fin objetivo descrito, no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deban entenderse aceptadas presuntamente.

Considerar lo contrario significaría:

- que las situaciones conferidas, presuntamente, sin título justo, operarían contra derecho

- que la irregularidad del funcionario moroso en responder concedería, en algunos eventos, titularidad para hacer o ejecutar sin sustento jurídico. El contratista se colocaría contra el interés público; primaría una situación subjetiva irregular sobre aquel.

- que el convenio se lesionaría porque la petición del contratista, no respondida a tiempo, podría, en algunos eventos, conducir a la variación de las reglas negociales: por ejemplo cuando pidió el aumento del plazo, la variación económica en su favor, la reducción o extensión del objeto, la interpretación del contrato etc. "la no respuesta del contratante significa que éste decidió favorablemente?. La Sala considera que la respuesta es negativa. El contratista si bien tiene derecho a pedir - ejercicio del derecho de petición - no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc.

Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del "deber de resolver las peticiones" a cargo de la Administración.

En efecto, no es fuente de obligaciones la omisión al deber de resolver las peticiones. Pero si son fuentes de éstas los actos jurídicos y los hechos, entre otros la Constitución, la ley, los actos administrativos, los negocios (actos jurídicos); el delito, la culpa, el enriquecimiento sin justa causa (hechos jurídicos) etc.

Las obligaciones en materia contractual sólo tienen su causa, de una parte en actos jurídicos como la ley, el contrato mismo, los convenios sobrevinientes a éste y dentro de su ejecución, como además, en los actos administrativos de la Administración contratante o en "hechos del príncipe", estos que son también actos jurídicos. De otra parte en el incumplimiento contractual y en hechos exógenos al contrato pero que lo afectan de reflejo - imprevisibles y de variación de las circunstancias de ejecución - (hechos jurídicos).

B- Supuestos de hecho del silencio positivo contractual.

A términos de la ley 80 de 1993, numeral 16 del artículo [25](#), son necesarios los siguientes elementos; que:

- El contratista presente una solicitud ajustada a derecho.

- Se presente en el curso de la ejecución del contrato y, que
- La entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación.

Sobre lo anterior esta Corporación se ha pronunciado, en diversas oportunidades; así:

- "la Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio." () (Destacado con negrilla, por fuera del texto original).

- "el silencio contemplado en la ley 80 (num. 16 del art. 25) habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato; etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar. En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. () (Destacado con negrilla, por fuera del texto original).

Se destaca de la ley que el silencio u omisión de la Administración Contratante respecto de las peticiones del contratistas por fuera del término de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga dentro "en el curso de la ejecución del contrato".

En este caso el ejecutante afirma la existencia del silencio positivo respecto de peticiones no respondidas, después del término de ejecución del contrato.

De otra parte cuando la petición, como en este caso, refiriera o versara sobre el restablecimiento financiero del contrato o para el pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que él cree tener derecho etc., tampoco la omisión de respuesta constituiría silencio administrativo positivo, y mucho menos la omisión configuraría título ejecutivo.

C- No es título ejecutivo la omisión de responder de la Administración Contratante.

Ello tiene su causa en la ley.

El Código de Procedimiento Civil dispone, claramente, que sólo es título ejecutivo la obligación clara, expresa y exigible que se contiene en un documento, cuando el título es simple, o en varios documentos, cuando es complejo (art. 488).

La no respuesta Administrativa no crea ni establece, una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, porque como ya se precisó, porque el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre - verdaderamente - con los requisitos descritos antes, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario.

La mera escritura de protocolización del alegado "silencio" - apariencia formal - no configura la real existencia de éste.

Esta Corporación judicial sobre el punto ha dicho:

- "La Sala no comparte el criterio de las sociedades demandantes, toda vez, que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado que el simple silencio de la administración frente a una petición elevada por el contratista en el término de ejecución del contrato, no es constitutivo de título ejecutivo que permita librar mandamiento de pago en contra de una entidad pública." ()

En este caso los documentos de protocolización del aseverado silencio administrativo positivo, por el ejecutante, no integran título ejecutivo complejo:

Protocolizó el ejecutante varios documentos, en una escritura pública; 1) comunicación remitida por el contratista al ejecutado (contratante) y 2) su afirmación escrita de haber pasado más de tres meses sin que la Administración hubiera dado respuesta.

En cuanto al documento:

Esa escritura, documento público, no emana del deudor, ni tampoco es una sentencia de condena, proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, ni es otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, ni es providencia de la jurisdicción contencioso administrativa ni emanada de autoridad de policía, que apruebe liquidación de costas o señale honorarios de auxiliares de la justicia, como lo exige el C.P.C. (art. 488).

En cuanto a si es una obligación expresa, clara y exigible:

Tampoco se advierte que en la escritura pública conste una obligación expresa; ni clara. Simplemente está una petición y una afirmación de no respuesta.

Igualmente no se encuentra una obligación exigible. Es, que no se demuestra con el documento, de protocolización, una relación jurídica frente a la cual puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de plazo o condición.

d. Peticiones del contratista no respondidas por el contratante, de restablecimiento del equilibrio financiero, no configuran silencio administrativo positivo ni dan lugar a la acción ejecutiva,

Porque las diferencias contractuales deben resolverse mediante mecanismos de solución.

Por lo tanto cuando, como en este caso, se dé contención o controversia sobre determinado asunto contractual, las partes están obligadas a intentar solucionarla mediante la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en cuyo defecto, deben acudir al juez natural del contrato.

La Sala también se ha pronunciado en este punto:

"En materia contractual, el silencio positivo quedó definido en el artículo [25](#) de la ley 80 de 1.993 () Volviendo al caso, el silencio positivo ha surgido de una petición sin respuesta del Inpec, para que incluya en el acta de liquidación de los contratos 071/93 y 356/94 una partida por \$934'882.204, según anotó el peticionario, 'con el objeto de restablecer el equilibrio financiero del contrato'. Con todo, resulta inapropiado, como fruto del silencio, acudir al proceso ejecutivo

para hacer efectivo el derecho que nace del acto presunto, pues aquél no es título de ejecución "().

C- Caso concreto.

Está probado que:

- El plazo de ejecución del objeto contractual terminó el 31 de marzo de 1996 (fol. 132.)

-. La firma contratista reclamó a la Entidad contratante, después de la ejecución del objeto contractual, el día 6 de abril siguiente, el reconocimiento y pago de una suma de dinero, para lograr el restablecimiento del equilibrio contractual.

-. El contrato, de obra pública 044 de 1994, fue liquidado de mutuo acuerdo, dos años después, el día 24 de agosto de 1998.

-. La entidad contratante, frente a la cual se promovió la demanda ejecutiva, no respondió la solicitud del contratista, relativa reestablecerle el equilibrio financiero.

De esas pruebas, se deduce que, de una parte, no se configuró el silencio administrativo y, de otra, no existe título ejecutivo.

- En primer lugar por dos aspectos concurrentes: Uno porque la solicitud del contratista al contratante público no tiene como antecedente derechos preexistentes del contratista y, otro, porque la petición de aquel se presentó después de la ejecución, es decir no dentro del curso de ésta (Se recalca que el contrato terminó el 31 de marzo de 1996 y la solicitud se formuló el día 6 de abril siguiente).

- En segundo lugar porque la omisión del Contratante público en responder la petición de restablecimiento financiero del contratista no configura ni silencio administrativo positivo ni título ejecutivo; así se explicó. En efecto la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal requiere de una solución expresa, o a voluntad de las partes o por otro mecanismo de solución de controversias previsto en la ley. Dice la ley al respecto:

"las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de los pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trata." (art. 27 ley 80 1993).

De esa norma se deduce que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal pende del cumplimiento de precisas condiciones legales; dentro de las cuales está: En primer lugar, el acuerdo mutuo y la adopción de medidas administrativas que aseguren los pagos y reconocimientos al contratista y, segundo lugar y en defecto de estos, otros mecanismos de solución de conflictos, extrajudiciales y judiciales.

D- Conclusión.

Con fundamento en lo expuesto la Sala confirmará el auto apelado, dado que tal como lo definió el Tribunal, ni ocurrió el silencio administrativo positivo, ni los documentos presentados para ejecutar, protocolización del afirmado silencio positivo, contienen una obligación clara expresa y exigible (título ejecutivo) que permitan librar el mandamiento pedido.

Por lo tanto la decisión del Tribunal está ajustada a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

III- RESUELVE.

Confírmase el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar el 10 de diciembre de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

Presidente de Sala

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS

ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RICARDO HOYOS DUQUE



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

