

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO - Noción / DERECHO DE PETICION - Noción**

Según los dictados del artículo 23 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución. En armonía con el anterior precepto constitucional, el C.C.A., regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que éste se puede presentar en interés general o particular, para solicitar y obtener acceso a la información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades y para formular consultas escritas o verbales a la Administración en relación con las materias que tienen a su cargo. Para toda manifestación del derecho de petición, la ley prevé un procedimiento con el fin de que la Administración resuelva el objeto de la petición, así como, en especial, dispone un término para que el solicitante o administrado obtenga una respuesta. La Corte Constitucional, en relación con los aspectos básicos que rigen el derecho de petición, ha sostenido que se trata de un derecho fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, además de que con el ejercicio de este derecho se garantizan otros como el de información, participación política y libertad de expresión. De igual forma, esta Corporación ha manifestado que el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, toda vez que, “de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido”. Respecto de la oportunidad para obtener respuesta, como se advirtió, el C.C.A., y demás disposiciones que regulan los procedimientos administrativos, prevén los plazos con que cuenta la Administración para proferir una decisión, los cuales son de obligatorio cumplimiento, so pena de las sanciones a que haya lugar en relación con funcionarios que hubieren incurrido en la demora correspondiente.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca del derecho de petición, Corte Constitucional, Sentencia T-1089/01. MP: Manuel José Cepeda Espinoza.

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO - Definición / SILENCIO ADMINISTRATIVO - Clases**

Ahora bien, la ley otorga ciertos efectos al silencio por parte de la Administración en relación con la resolución de las peticiones que se le hubieren elevado, situación que se conoce y se ha denominado como el silencio administrativo. En este sentido, el silencio administrativo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”. Así pues, según la anterior definición y tal cual como esta consagrado en la legislación, el silencio administrativo puede ser negativo, el cual, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Administración, se debe entender que la decisión ha sido negativa. Se ha entendido que el silencio administrativo negativo puede ser sustancial o inicial, si la ausencia de pronunciamiento se produce en relación con las peticiones o solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición, es decir respecto de las cuales se inicia una actuación administrativa. Por su parte cuando el silencio de la Administración se refiere a los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa, sea frente a actos administrativos expresos o presuntos, se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo.

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO SUSTANCIAL - Opciones del interesado frente a tal decisión**

En cuanto a los requisitos para su configuración, según los artículos 40 y 60 del C.C.A., una vez transcurra el término 3 meses contado a partir de la presentación de una solicitud sin que se notifique decisión alguna por parte de la Administración –silencio administrativo sustancial o inicial– o, en caso de la resolución de los recursos propios de la vía gubernativa, luego de 2 meses contados a partir de su interposición sin que se hubiere notificado decisión expresa sobre ellos –silencio administrativo procesal o adjetivo–, será el peticionario, interesado o el particular el que a su voluntad, determine su ocurrencia. En este sentido, como lo ha dicho la jurisprudencia, si bien el silencio administrativo negativo opera por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de declaración judicial que lo reconozca, lo declare o lo constituya en los términos antes descritos, ello no significa que se configure de manera automática por la sola expiración del plazo consagrado en la ley para su configuración, comoquiera que en cuanto se trata de una garantía a favor del peticionario, quedará a voluntad de éste, determinar su efectiva ocurrencia a partir de la conducta que decida emprender puesto que, en relación con el silencio administrativo sustancial o inicial, el peticionario podrá a su arbitrio: “i) continuar esperando a que la Administración resuelva o decida su solicitud, tiempo durante el cual la autoridad administrativa continuará con el deber constitucional y legal de pronunciarse sobre la petición, independiente de que ya hubiere expirado el plazo legalmente establecido para atender la misma; ii) interponer, en cualquier momento, recursos en vía gubernativa contra el acto administrativo ficto o presunto; ó iii) acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, puesto que se entiende agotada la vía gubernativa.”.

### **SILENCIO ADMINISTRATIVO PROCESAL - Opciones que tiene el respecto de esa decisión**

Tratándose del silencio administrativo procesal o adjetivo, el recurrente “podrá, a su elección: i) continuar esperando a que la Administración resuelva los recursos interpuestos, caso en el cual, por no estar en firme, el acto impugnado carecerá de su carácter ejecutivo y ejecutorio, o ii) acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para impugnar las respectivas decisiones, toda vez que, al operar el silencio administrativo negativo consagrado en su beneficio, respecto de los recursos interpuestos, se entiende agotada la vía gubernativa.”.

### **SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Noción**

Por otra parte, el silencio de la Administración puede tener efectos estimatorios, es decir, únicamente en los casos en los cuales las disposiciones especiales así lo indiquen, luego de transcurrido el plazo para expedir una decisión, sin que se hubiere notificado decisión alguna, ese silencio de la autoridad equivale a una decisión positiva, esto es como si la Administración hubiere accedido a la petición del administrado, es lo que se conoce como silencio administrativo positivo. Según la doctrina, la finalidad o fundamento del silencio administrativo positivo, consiste en evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que a toda persona le asiste el derecho de que las solicitudes sean resueltas en forma oportuna. Asimismo se ha dicho que la finalidad intrínseca de esta figura dice relación con dar agilidad administrativa a determinados sectores.

### **SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Efectos / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Características**

La jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado acerca de los aspectos relevantes ha tener en consideración en relación con la configuración y los efectos del silencio administrativo positivo, para lo cual, a manera de síntesis, se pueden destacar los siguientes: El silencio positivo está concebido por el legislador para que produzca efectos de manera automática. De ahí que no pueda dejarse al arbitrio de la administración la posibilidad de suspender el plazo previsto para el mismo con la simple excusa de pedir datos, informes o documentación que no sea estrictamente necesaria. El término para la configuración del silencio administrativo positivo comienza a contarse a partir del día en el cual se inició la actuación. Administración sólo puede proceder al reconocimiento de los efectos del silencio administrativo positivo cuando éste ha operado, sin que le corresponda declarar su existencia. Con todo, el acto presunto podrá revocarse en los eventos previstos en el artículo 73 del C.C.A. La ocurrencia del silencio administrativo positivo despoja a la Administración de la competencia para decidir, razón por la cual, el pronunciamiento expreso de la Autoridad después de vencido el término se asemeja a un acto "inexistente por carencia de competencia". Lo anterior toda vez que la existencia y eficacia de esta figura devienen de la ley, por ello las actuaciones posteriores que contradigan el silencio administrativo serán inocuos. La existencia y los efectos del silencio administrativo no dependen de su formalización. "[L]a protocolización de la copia de la solicitud presentada a la administración a que hace referencia nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42 del CCA, se ha entendido como un mero trámite encaminado a darle forma a la resolución tácita para que quien pretenda hacer valer sus consecuencias pueda acreditarlo, tarea que la ley le ha confiado al notario en lugar del juez; por tal razón no hay término de caducidad para pedir dicha verificación. En el silencio positivo esa declaración ya está hecha y sólo resta describirla y aplicar sus consecuencias, con mayor razón en nuestra legislación donde no existe la denuncia de la mora.". El reconocimiento del silencio administrativo positivo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico, por tanto, no es posible reconocer actos presuntos que contradigan la ley o la Constitución. Tratándose del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, para su configuración, además del mero transcurso del tiempo sin que la Administración se pronuncie, se requiere de los siguientes presupuestos: i) La solicitud debe presentarse durante la ejecución del contrato; ii) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando; iii) No puede utilizarse esta figura para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) La petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; v) Lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante.

### **SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Revocatoria / REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RESULTANTES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Facultad de la Administración**

En el sistema normativo actualmente vigente, la revocatoria directa procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, pues, de una parte, las normas que consagran y regulan la institución no hacen distinción alguna y, de otra, la Ley 809 de 2.003, cuyo artículo 1° modificó el artículo 71 del C.C.A., hizo referencia expresa al tema. En relación con la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter general, al igual que ocurre con los particulares, el Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, establece, en forma precisa las causales que imponen a la Administración dicha

revocatoria, de oficio -como prerrogativa extraordinaria-, o a solicitud de parte - como posibilidad extraordinaria, diferente a la vía gubernativa e incompatible con ella-. Tales causales son las siguientes: Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera, de bulto, es decir, cualitativamente similar a la que da lugar a la suspensión provisional de los actos administrativos, por parte de esta Jurisdicción. Que haya inconformidad con el interés público o social, esto es que el acto administrativo en cuestión no consulte, o mejor, contraríe esos intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto "legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél", vinculándose a la noción del "mérito" del acto administrativo. Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

### **ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO - Revocatoria directa / REVOCATORIA DIRECTA SIN CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO - Presupuestos**

La misma ley ha previsto excepciones, desde luego de interpretación restrictiva, respecto de la regla general mencionada, los cuales corresponden a eventos en los que resulta jurídicamente procedente la revocatoria directa de actos particulares -especial pero no exclusivamente favorables-, sin que medie el consentimiento previo, expreso y escrito del titular. Si bien, frente a algunos eventos el tema de la revocatoria directa de los actos de contenido particular y concreto no ha sido un asunto pacífico en la Jurisprudencia, lo cierto es que para la Sala, en el presente asunto, no resulta necesario abordar la citada controversia, dado que, respecto de la revocatoria del acto ficto producto del silencio administrativo positivo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de su revocatoria en cualquiera de los siguientes casos: Cuando el acto resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que se configure alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A. Cuando el acto hubiese sido el resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que fuere evidente que ese acto hubiese "ocurrido" por medios ilegales. Así las cosas, la Administración podrá revocar el silencio administrativo positivo siempre que se hubiere configurado cualquiera de las causales del artículo 69 del C.C.A., o cuando fuere evidente que el acto presunto -proveniente a su vez del silencio administrativo positivo- hubiere ocurrido por medios ilegales. Ahora bien, como lo advierte el artículo 74 del C.C.A., la Administración, para revocar el silencio administrativo positivo, deberá adelantar la actuación administrativa en la forma prevista en el artículo 28 - actuaciones administrativas iniciadas de oficio- y demás normas concordantes; además, en el respectivo acto administrativo de revocatoria del acto presunto se deberá ordenar la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará el inicio de las acciones penales o disciplinarias correspondientes. Por su parte, el inciso final del artículo 74 del C.C.A., de manera expresa habilita al beneficiario del silencio administrativo positivo que hubiere obrado de buena fe, para que solicite la reparación del daño causado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en caso de que el acto presunto se revoque.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Genera en su beneficiario confianza fundamentada en la buena fe / IRREVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO - No es absoluta / REVOCATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - La Administración deberá ceñirse a las causales y al procedimiento previsto en**

## **la ley / REVOCATORIA ILEGAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Da lugar a la reparación del daño causado**

Como se advirtió, la ley, en los casos en que así lo determine, le otorga efectos positivos o estimatorios al silencio de la Administración en relación con las peticiones que de manera respetuosa le eleven los administrados. De manera que desde el momento en cual se configuran los presupuestos para la ocurrencia de esta figura administrativa, en principio, se crea una situación particular y concreta o se reconoce un derecho de igual categoría, lo cual, sin duda, genera en el beneficiario del silencio administrativo positivo la confianza fundamentada en la buena fe, que lo habilita para actuar en determinado sentido amparado en la legitimidad creada por dicha ficción administrativa. Precisamente, el respeto y garantía al principio de la buena fe –la cual se presume en virtud del artículo 83 de la Constitución Política–, de la confianza legítima, de la seguridad jurídica y del respeto a las situaciones jurídico subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona por virtud de la ley o de una decisión en firme por parte de la Administración, son las que fundamentan, en principio y en virtud del principio de inmutabilidad, que los actos administrativos de carácter particular y concreto estimatorios o favorables no puedan ser revocados sin el consentimiento expreso del particular. Con todo, se reitera, el aludido principio de irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto no es absoluto en la medida en que, cuando se trata de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, su revocatoria es posible aún sin el consentimiento del beneficiario, pero única y exclusivamente por las razones y causales previstas en la ley, las cuales, como se advirtió, se configuran cuando el silencio administrativo positivo reúna las causales de revocación previstas en el artículo 69 del C.C.A., o cuando fuere evidente que el acto ficto hubiere ocurrido por medios ilegales. Así pues, cuando quiera que la Administración pretenda revocar el silencio administrativo positivo deberá ceñirse, con estricto apego, a las causales y al procedimiento –artículo 74 del C.C.A.– que de manera expresa la ley dispone para ello, de lo contrario, cualquier ejercicio irregular de tales potestades daría lugar, eventualmente, a la reparación del daño causado al beneficiario en razón de la revocatoria ilegal del silencio administrativo positivo. Todas las anteriores consideraciones, esto es la importancia de la buena fe y del principio de la confianza legítima tratándose de los actos administrativos favorables de carácter particular y concreto, así como los presupuestos que debe atender la Administración para revocar una decisión administrativa presunta resultante del silencio administrativo positivo, sirven de marco general para resolver el interrogante principal que se le ha planteado a la Sala en esta oportunidad, consistente en definir cuál debe ser la acción procedente para demandar los perjuicios surgidos con ocasión de la revocatoria del silencio administrativo positivo.

## **REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO - Procedimiento / PERJUICIOS DERIVADOS DE LA REVOCATORIA DIRECTA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Acciones procedentes / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Revocatoria / ACCION PROCEDENTE - Indemnización de perjuicios**

Como se observa, la disposición legal transcrita [artículo 74 del C.C.A.], regula el procedimiento a seguir por parte de la Administración cuando pretenda revocar directamente un acto administrativo particular y concreto; para ello, una vez el órgano competente considere que se presentan los elementos fácticos y jurídicos que lo habilitan para revocar del respectivo acto administrativo, deberá dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 28 y concordantes del C.C.A., los cuales regulan, a su vez, el procedimiento a seguir en relación con las actuaciones

administrativas iniciadas de oficio. Luego de cumplir el anterior trámite, en el mismo acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo, la Administración deberá ordenar la cancelación de las escrituras que autoriza extender el artículo 42 del C.C.A., y ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias a que haya lugar. Por su parte, el segundo inciso de la norma legal en cita dispone que el beneficiario del silencio administrativo positivo ante la revocatoria del acto presunto podrá demandar la reparación del daño antijurídico ante esta Jurisdicción, siempre y cuando tal beneficiario hubiere actuado de buena fe. Como se observa, la ley no indica la acción que debe incoarse para acudir a esta Jurisdicción, sino que simplemente se limita a habilitar al beneficiario del silencio administrativo positivo para que pueda reclamar la reparación del daño ocasionado con la revocación, ante el funcionario judicial competente. No obstante, para determinar cuál es la acción procedente para estos efectos, debe armonizarse ese precepto legal con las normas generales que prevén y regulan las diferentes acciones o medios procesales de control, de naturaleza reparatoria o resarcitoria, tendientes a garantizar la protección y amparo, por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de las diferentes actuaciones, omisiones, hechos u operaciones que causen un daño antijurídico y que sean imputables a una entidad pública o, incluso, a una persona privada que desempeñe funciones propias de los diferentes órganos del Estado.

**REVOCATORIA DIRECTA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Acciones procedentes para reclamar los perjuicios derivados de dicha actuación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Cuando el daño sea consecuencia de la expedición ilegal o irregular del acto que revoca el silencio administrativo positivo / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Cuando el daño no devenga de la ilegalidad del acto / DAÑO ESPECIAL - Título jurídico de imputación**

Tratándose de la revocatoria de un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo, de conformidad con lo expuesto, debe precisarse que si el beneficiario de dicha decisión presunta pretende la reparación del daño ocasionado con la revocación, deberá incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto tal daño se hubiere generado en la expedición ilegal o irregular del acto administrativo que declare la revocatoria del acto presunto resultante del silencio administrativo positivo. En otras palabras, cuando quiera que el afectado considere que el acto de revocatoria de una decisión ficta resultante del silencio administrativo positivo estuviere adoleciendo de cualquiera de los vicios previstos en el inciso 2° del artículo 84 del C.C.A., deberá incoar la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, precisamente para que se declare la invalidez o nulidad del acto administrativo correspondiente y se restablezca el derecho a que haya lugar, además de la reparación de los perjuicios que se hubieren causado, según el caso. Lo anterior puede ocurrir, por ejemplo, cuando la Administración revoque un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo sin observar las causales o el procedimiento consagrado en la ley para estos efectos. Ahora bien, en todos aquellos casos en los cuales el beneficiario no formule cargo alguno contra la validez del acto administrativo de revocatoria de una decisión ficta proveniente del silencio administrativo positivo, sino que sólo alegue la causación de perjuicios fundamentado en la ocurrencia de un daño antijurídico, la acción procedente será la de reparación directa, en cuanto el daño no devenga de la ilegalidad del acto, en cuyo caso el título de imputación correspondiente sería el daño especial. En este caso entonces, cuando lo que se discute no es la legalidad del acto administrativo de revocación y por lo cual no se pretende la declaración de nulidad del referido acto, sino la reparación del daño con fundamento en el

principio de igualdad frente a las cargas públicas, se abre paso la acción de reparación directa. Así lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección cuando ha reconocido la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa cuando lo que se pretenda es reclamar la reparación de los perjuicios ocasionados por un acto administrativo legal. En consecuencia, en estos casos, comoquiera que no se pretende discutir la legalidad del acto administrativo de revocatoria directa sino que se busca la reparación de un daño frente al beneficiario del silencio que ha actuado de buena fe, la acción procedente no puede ser la de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que para incoar las pretensiones correspondientes la acción procedente será la de reparación directa.

### **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Deben acreditarse con independencia de la acción ejercida**

Claro está, como es apenas obvio, cualquiera sea la acción que se invoque, sea la de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, el beneficiario deberá acreditar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, es decir, la ocurrencia del daño antijurídico, la imputación del daño a la acción u omisión a la Autoridad Pública y el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación. En conclusión, el beneficiario de una decisión presunta resultante del silencio administrativo positivo que pretenda la indemnización de perjuicios causados por la revocatoria directa de dicho acto ficto, puede acudir a la jurisdicción: A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando lo que pretenda es desvirtuar la presunción de legalidad del acto revocatorio, o A través de la acción de reparación directa, cuando lo que persiga no sea la declaratoria de nulidad del acto de revocación directa, sino los perjuicios que tal revocatoria le hubiere ocasionado, en cuanto hubiere actuado de buena fe.

### **INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - No es causal de rechazo de la demanda / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Inadmisión / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedente de acuerdo con la causa petendi de la demanda**

Como se evidencia, la parte demandante, por un lado, en sus pretensiones, no incluyó una sola encaminada a obtener la declaratoria de nulidad o de ilegalidad del acto administrativo por medio del cual la DIAN revocó la decisión ficta proveniente del silencio administrativo positivo, es decir no pretende la declaratoria de nulidad del mencionado acto, razón por la cual pide que se le reconozcan directamente los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante causados desde la fecha de la tantas veces aludida revocación directa; pero por el otro lado, dentro de los hechos de la demanda, así como en algunos de los fundamentos de derecho alegados en el libelo, controvierte la legalidad y la validez del acto administrativo de revocación, todo lo cual permite concluir que dentro de una misma demanda se introdujeron, al mismo tiempo, razones de hecho y de derecho propias de dos acciones diferentes, esto es de fundamentos concernientes a la acción de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual de conformidad con la estructura normativa del C.C.A., resulta improcedente. Por consiguiente, resultaría incoherente jurídicamente que el interesado en una misma demanda, dentro de sus pretensiones no solicite la nulidad del acto administrativo, pero que a través de los hechos y fundamentos jurídicos en los cuales sustenta aquellas, eleve cargos que tienden a controvertir la validez o la presunción de legalidad del acto administrativo, respectivo. En casos como el presente, resulta imperativo que el Juez al momento de realizar el estudio de admisibilidad del libelo, analice la causa petendi y, por ende, los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales el actor ha identificado la causa generadora del daño, con el

fin de poder determinar cuál es la acción que corresponde incoar para cada caso, de conformidad con lo antes expuesto. Al respecto cabe recordar que esta Sección del Consejo de Estado ha señalado en distintas oportunidades que la indebida escogencia de la acción no constituye causal de rechazo de la demanda, toda vez que de conformidad con el artículo 143 ibídem corresponde al operador judicial inadmitir la demanda que carezca de los requisitos previstos en los artículos 137 y 138 del C.C.A., salvo que la acción se encuentre caducada, caso en el cual la misma se rechazará de plano. De tal manera que, cuando el demandante escoge indebidamente la acción y ésta no ha caducado, lo procedente es inadmitir la demanda y conceder un término de cinco días para que se corrija, so pena de rechazo; pero si la acción procedente ha caducado, la demanda será rechazada de plano. En el presente caso, según lo advertido por la Sala, aún cuando el demandante en sus pretensiones no solicitó la nulidad con el consiguiente restablecimiento del derecho del acto administrativo que revocó la decisión ficta proveniente del silencio administrativo, además de que a lo largo de los fundamentos de la demanda el actor aseguró haber actuado de buena fe en la configuración del silencio administrativo positivo, lo cierto es que al analizar la causa petendi en su integridad, se encuentra que los argumentos contenidos en el libelo se encuentran principalmente encaminados a controvertir la legalidad del acto administrativo positivo, razón por la cual hay lugar a concluir que la causa generadora del daño antijurídico alegado tendría su origen en la expedición de un acto administrativo carente de validez, en cuyo caso la acción procedente no puede ser otra que la de nulidad y restablecimiento del derecho.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedente en este caso / CADUCIDAD - Determinación / PRINCIPIO PRO DAMATO - Aplicación**

De conformidad con los anteriores apartes transcritos de la demanda y a pesar de que el demandante manifestó haber obrado de buena fe en la configuración del silencio administrativo positivo, resulta palmario y claro que la parte actora sí formuló cargos de ilegalidad contra la resolución de revocatoria, situación que, de conformidad con lo expuesto, resulta improcedente hacerlo cuando se incoa la acción de reparación directa. Así las cosas, en el caso concreto se trata de una indebida escogencia de la acción, comoquiera que la parte actora ejerció la acción de reparación directa, cuando, se reitera, según la demanda, dicha parte situó la causa generadora del daño antijurídico en la expedición de un acto administrativo respecto del cual formula censuras o cargos contra su validez por considerar que resulta contrario a la ley, para lo cual entonces, de conformidad con el artículo 85 del C.C.A., en concordancia con el artículo 84 de esta misma codificación, debió haber incoado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual, dado que la indebida escogencia de la acción no es causal por sí sola para el rechazo de la demanda, se revocará el auto impugnado con el fin de que el demandante proceda a adecuar la demanda a la acción Contencioso Administrativa que corresponda. Lo anterior teniendo en cuenta que en este momento procesal no se tiene seguridad acerca de la ocurrencia de la caducidad respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que en el expediente no se allegó constancia de ejecutoria de la Resolución 12550 del 25 de octubre de 2007 proferida por la DIAN; por tanto no hay certeza acerca de la fecha en la cual debe comenzar a contarse el término de caducidad de la acción. En consecuencia, toda vez que al analizar en su integridad la demanda se encuentra que el actor formuló cargos tendientes a controvertir la legalidad y validez del acto administrativo de revocatoria directa del silencio administrativo positivo y, dado que en este momento procesal para la Sala no es posible determinar con certeza la ocurrencia, o no, del fenómeno de la caducidad de la

acción, en aplicación del principio pro damato se inadmitirá la demanda, con el fin de que el demandante corrija y adecúe la demanda como corresponda, para lo cual se le concederá un término de 5 días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia. Lo anterior sin perjuicio de que en la etapa procesal correspondiente y luego de decretadas, recaudadas y valoradas las pruebas a que haya lugar, si el órgano judicial competente encuentra los elementos y fundamentos necesarios que configuren la caducidad de la acción, así lo declare.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00077-01(37446)**

**Actor: BANCO DAVIVIENDA S.A.**

**Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

**Referencia: RECURSO DE APELACION. REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 3 de junio de 2009, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción.

## **I. ANTECEDENTES :**

### **1. La demanda.**

**1.1.** El día 10 de febrero de 2009, el Banco Davivienda S.A., presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de la revocatoria *“directa del acto administrativo positivo que se configuró con relación a la opción ejercida por la mencionada entidad financiera de acogerse al régimen especial de estabilidad tributaria consagrado en el artículo 169 de la Ley*

223 de 1995, compilado en el artículo 240-1 del estatuto tributario” (fls. 2 a 56 del Cd. 1°).

**1.2.** Como pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó lo siguiente:

*“PRIMERA: Que se declare que el BANCO DAVIVIENDA S.A., NIT 860.034.313-7, obró de buena fe al protocolizar y exigir el cumplimiento del acto administrativo presunto resultante de la ocurrencia del silencio administrativo positivo consagrado expresamente en el inciso quinto del artículo 169 de la Ley 223 de 1995 (artículo 240-1 del estatuto tributario), cuya revocatoria fue dispuesta mediante la Resolución número 12550 del 25 de Octubre de 2007, proferida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Unidad Administrativa Especial DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES a reparar el daño causado al BANCO DAVIVIENDA S.A., como consecuencia de la revocación del acto administrativo presunto, en la cuantía indexada que se demuestre en el proceso.*

*TERCERA: Que a título de restablecimiento del derecho se reconozca, liquide y ordene el pago de las correspondientes sumas de dinero, con los respectivos intereses e indexaciones a que haya lugar.”*

**1.3.** Como hechos relevantes se narraron en la demanda los siguientes:

- Mediante comunicación radicada el día 13 de octubre de 2000, dirigida al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Banco Davivienda S.A., expresó su decisión de acogerse al régimen especial de estabilidad tributaria previsto en el artículo 240-1 del estatuto tributario y, como consecuencia, solicitó la celebración del correspondiente contrato por el término de 10 años gravables completos.

- En oficio de fecha 22 de noviembre de 2000, el Subdirector de Fiscalización Tributaria de la DIAN le informó al demandante que el Director de la entidad pública había firmado el contrato de estabilidad tributaria, por lo cual debía acercarse a esa entidad con el fin de proceder a su suscripción.

- Al examinar el texto del contrato, el representante legal del Banco Davivienda S.A., encontró, entre otros aspectos, que en las cláusulas primera y quinta se preveía que la duración del acuerdo sería únicamente de un año gravable contado a partir del 22 de noviembre de 2000, fecha en la cual el Director de la entidad demandada había firmado el contrato.

- Contra el “denominado contrato de estabilidad tributaria” la entidad financiera interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, al considerar que el anterior “acto” se traducía en una decisión tácita negativa.

- A través de la Resolución No. 0861 de 5 de febrero de 2001, la entidad pública declaró improcedente el recurso de reposición, al considerar que el denominado contrato de estabilidad tributaria no era un acto definitivo o decisorio de la petición formulada, sino un acto preparatorio o de trámite en la medida en que dicho documento había sido firmado por el Director General de la DIAN pero no por el interesado, razón por la cual esta clase de actos no eran susceptibles de impugnarse mediante los recursos en sede administrativa. Hasta la fecha de presentación de la demanda el ente demandado no se había pronunciado acerca del recurso de apelación interpuesto.

- El 3 de abril de 2002 el Banco Davivienda S.A., presentó ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo contenido en el Contrato de Estabilidad Tributaria de fecha 22 de noviembre de 2000 proferido por la DIAN y el acto administrativo presunto creado por el silencio administrativo negativo el cual se originó en la abstención de la DIAN de resolver el recurso de reposición y apelación.

- En sentencia del 3 de diciembre de 2002, la Sección Cuarta del Consejo de Estado se declaró inhibida para emitir fallo de fondo por encontrar probada la excepción de caducidad de la acción y por estimar que el proyecto de contrato al no tener la naturaleza de acto administrativo, resultaba improcedente su impugnación en sede judicial.

- Contra la anterior providencia se interpuso recurso extraordinario de súplica, el cual, mediante sentencia proferida el 18 de septiembre de 2006 proferida por la Sala Especial Transitoria de Decisión No. 4 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fue declarado infundado.

- Manifestó el actor que encontrándose en curso el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y el recurso extraordinario de súplica, la Sección Cuarta del Consejo de Estado había proferido durante el lapso de 2002 a 2003 25 sentencias favorables a los contribuyentes demandantes en similares circunstancias a los hechos antes reseñados y declaró el acceso de éstos al régimen especial de estabilidad tributaria. Como argumentos de las providencias

el Consejo de Estado se sostuvo que el artículo 240-1 del Estatuto Tributario consagraba una opción a favor de los contribuyentes y no una facultad discrecional asignada a la DIAN y que la firma de un contrato por parte del Director de esta entidad en el cual se pactaba como término de duración del contrato de estabilidad tributaria un año gravable completo, no constituía una decisión idónea, generando entonces la configuración de un silencio administrativo positivo a favor de los solicitantes.

- El demandante, con apoyo en la anterior jurisprudencia, protocolizó en la escritura pública 1.804 otorgada el 21 de septiembre de 2007 en la Notaría 73 del Círculo de Bogotá, los instrumentos que acreditaban la ocurrencia del silencio administrativo positivo en relación con la petición elevada el 13 de octubre de 2000 ante la DIAN referida a la firma del contrato de estabilidad tributaria previsto en el artículo 240-1 del Estatuto Tributario) por el término de 10 años gravables completos.

- Verificada la protocolización el Banco Davivienda S.A., el 3 de octubre de 2007 remitió a la entidad demandada la primera copia de la escritura pública antes referida, con el objeto de exigir el cumplimiento de los efectos propios del contrato de estabilización tributaria.

- Mediante la Resolución No. 12550 del 25 de octubre de 2007, el Director General de la DIAN en desarrollo de lo previsto en los artículos 41, 69 y 74 del C.C.A., revocó el acto administrativo presunto resultante de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, así como la cancelación de la respectiva escritura pública y advirtió que contra esa decisión no procedía recurso alguno.

## **2. Antecedentes procesales.**

**2.1.** La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 10 de febrero de 2009.

**2.2.** El Tribunal mediante auto del 25 de marzo de 2009 inadmitió la demanda con el fin de que la parte actora adecuara sus pretensiones a la acción que estaba incoando. De igual forma advirtió que, en la medida en que el demandante alegó que el daño fue causado como consecuencia de la revocación de un acto administrativo presunto, necesariamente debía solicitarse, en la demanda, la nulidad de la resolución correspondiente, en atención a que los actos

administrativos se presumen legales y, por regla general, la expedición de actos legales no generaba la responsabilidad del Estado, razón por la cual *“mediante la acción de reparación directa no se podían controvertir actos administrativos que no habían sido anulados por la misma jurisdicción o revocados por la misma administración”*. En consecuencia, requirió al actor para que ajustara sus pretensiones a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

**2.3.** Dentro del término oportuno, la parte demandante presentó un escrito en el cual adecuó sus pretensiones a la acción de reparación directa y no a la de nulidad y restablecimiento como se le había indicado. Para el efecto reformó las pretensiones en el siguiente sentido:

*“PRIMERA: Que se declare administrativamente responsable a la demandada, LA NACION – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN, del daño causado al BANCO DAVIVIENDA S.A., en los términos previstos en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, al revocar mediante la Resolución número 12550 del 25 de Octubre de 2007, proferida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, el acto administrativo presunto resultante de la ocurrencia del silencio administrativo positivo consagrado en el inciso quinto del artículo 169 de la Ley 223 de 1995 (artículo 240-1 del estatuto tributario).*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad administrativa, se condene a la demandada (...) a pagarle al BANCO DAVIVIENDA S.A., la suma de OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL SESENTA PESOS (\$85.686.320.060), moneda legal colombiana, o la suma que se determine dentro del proceso, a título de indemnización del daño material en la modalidad de lucro cesante consolidado.*

*TERCERA: Que, así mismo y como consecuencia de la declaración de su responsabilidad administrativa, se condene a LA (...) DIAN, a pagarle al BANCO DAVIVIENDA S.A., la indexación o actualización de la suma que se determine en el proceso como lucro cesante, hasta la fecha de la sentencia, en los términos previstos en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.*

*CUARTA: Que se ordene a LA (...) DIAN, que disponga lo necesario para el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, so pena de pagar al BANCO DAVIVIENDA S.A., los intereses comerciales y moratorios que se causen hasta la fecha del pago efectivo de la condena y su indexación.”*

Como justificación del ejercicio de la acción de reparación directa, el demandante sostuvo que según la jurisprudencia de esta Corporación, dicha acción era la idónea cuando se trataba de la revocación directa de actos administrativos.

### **3. El auto apelado.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante auto del 3 de junio de 2009, decidió rechazar la demanda interpuesta por considerar que la causa del daño antijurídico alegado por el actor fue el acto administrativo por medio del cual al DIAN revocó el acto administrativo ficto positivo. En este orden de ideas, comoquiera que la decisión de suscribir, o no, un contrato de estabilidad tributaria es un acto de carácter particular y concreto, debía ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sostuvo que dada la similitud en el carácter resarcitorio de la acción de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho, la diferencia radicaba en la causa generadora del daño que se pretenda alegar, de tal manera que si lo que se quiere es solicitar la indemnización de perjuicios por un hecho, omisión, operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, la acción procedente era la de reparación directa, mientras que si la fuente del daño se encontraba en un acto administrativo, el medio procesal idóneo era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Afirmó que en el presente caso para el actor la causa del daño antijurídico fue la Resolución 12550 proferida por el director de la DIAN el 25 de octubre de 2007, por lo tanto la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento, no obstante, habida cuenta que el actor no adecuó las pretensiones de la demanda como se le había indicado en el auto admisorio y dado que la acción de nulidad y restablecimiento se encontraba caducada, toda vez que se interpuso 16 meses después de expedida la Resolución acusada, se procedió a rechazar la demanda.

### **4. El recurso de apelación.**

Mediante escrito presentado oportunamente el 11 de junio de 2009, la parte demandante interpuso recurso de apelación; como fundamento de su inconformidad señaló que el auto impugnado contrariaba lo previsto en el artículo 74 del C.C.A., puesto que, según su inciso 2°, ante la revocación de un acto administrativo presunto originado en un silencio administrativo positivo, daba lugar

a que el beneficiario de ese silencio, en tanto hubiere actuado de buena fe, pueda acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para solicitar la reparación del daño causado por esa revocación.

En este orden de ideas, para el recurrente, según los términos del inciso de la norma antes referenciada, la acción otorgada al beneficiario del silencio administrativo positivo para reclamar los perjuicios sufridos por la revocación del acto ficto, no se supeditaba a la declaración de nulidad del acto de revocación, sino que dicha acción operaba de manera directa, esto es sin necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, a condición de que el titular de la acción demuestre que obró de buena fe.

Adujo que si la reparación del daño previsto en el aludido inciso hubiere de encauzarse bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el contenido normativo de dicha norma hubiere sido diferente y redundante, diferente en la medida en que su texto no hubiese sido necesario exigir que el beneficiario hubiere actuado de buena fe, dado que esta condición es ajena a esta acción contenciosa.

Y redundante porque el acto revocador al poner fin a la actuación administrativa prevista en el primer inciso de la solicitud en comento sería, por obvias razones, un acto administrativo decisorio de carácter particular, sujeto necesariamente al control de legalidad que se ejerce con la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., por lo cual se trataría de una norma inútil e innecesaria.

Por el contrario, sostuvo que el verdadero sentido de la norma está encaminado a reconocerle al beneficiario del silencio administrativo positivo el derecho a pedir la reparación del daño ocasionado, sin subordinar tal reconocimiento a la declaración de nulidad del acto revocatorio, sino a la exigencia de haber obrado de buena fe, esto es la norma previó una modalidad de responsabilidad extracontractual, la cual debe enmarcarse dentro de la acción de reparación directa.

Sostuvo que en estos eventos la causa del daño no es el acto administrativo revocador del acto presunto con efectos positivos, sino la situación creada *“por la desaparición o pérdida de vigor jurídico del silencio administrativo positivo”*.

Afirmó que, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, son los objetivos perseguidos por el demandante los que determinan la procedencia de la acción contenciosa: *i)* la de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el actor pretende que la jurisdicción anule un acto administrativo y, como consecuencia de ello, le indemnice los perjuicios causados por el acto anulado; *ii)* la de reparación directa cuando el actor no pretende que se declare la nulidad del acto administrativo sino que se le indemnicen los perjuicios causados por el acto administrativo.

De la forma en la cual quedó redactado el inciso segundo del artículo 74 del C.C.A., para el actor la acción procedente era la de reparación directa, derivada de la demostración de la buena fe del beneficiario del acto presunto y no de la legalidad del acto revocador.

Finalmente adujo que la providencia impugnada vulneró el artículo 86 del C.C.A., y 90 de la Constitución Política por falta de aplicación y el derecho al Acceso a la Administración de Justicia.

## **II. CONSIDERACIONES**

El problema jurídico planteado consiste en determinar cuál es la acción procedente para reclamar los perjuicios ocasionados con la revocatoria de un silencio administrativo positivo.

Para resolver el anterior interrogante, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: *i)* El silencio administrativo positivo; *ii)* la facultad que le asiste a la Administración para revocar los actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo; *iii)* la acción procedente para demandar los perjuicios ocasionados con la revocatoria de un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo; *iv)* el caso concreto.

### **1. El silencio administrativo positivo.**

Según los dictados del artículo 23 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución.

En armonía con el anterior precepto constitucional, el C.C.A., regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que éste se puede presentar en interés general o particular, para solicitar y obtener acceso a la información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades y para formular consultas escritas o verbales a la Administración en relación con las materias que tienen a su cargo.

Para toda manifestación del derecho de petición, la ley prevé un procedimiento con el fin de que la Administración resuelva el objeto de la petición, así como, en especial, dispone un *término* para que el solicitante o administrado obtenga una respuesta.

La Corte Constitucional, en relación con los aspectos básicos que rigen el derecho de petición, ha sostenido que se trata de un derecho fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, además de que con el ejercicio de este derecho se garantizan otros como el de información, participación política y libertad de expresión<sup>1</sup>.

De igual forma, esta Corporación ha manifestado que el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, toda vez que, *“de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido”*.<sup>2</sup>

Respecto de la oportunidad para obtener respuesta, como se advirtió, el C.C.A., y demás disposiciones que regulan los procedimientos administrativos, prevén los plazos con que cuenta la Administración para proferir una decisión, los cuales son de obligatorio cumplimiento, so pena de las sanciones a que haya lugar en relación con funcionarios que hubieren incurrido en la demora correspondiente.

Ahora bien, la ley otorga ciertos efectos al silencio por parte de la Administración en relación con la resolución de las peticiones que se le hubieren elevado, situación que se conoce y se ha denominado como el silencio administrativo.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1089/01. MP: Manuel José Cepeda Espinoza.

<sup>2</sup> Ibidem. En esta sentencia también se dijo lo siguiente en relación con las reglas básicas que deben observarse al aplicar este mecanismo constitucional: *“La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.*

En este sentido, el silencio administrativo puede definirse como *“una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”*.<sup>3</sup>

Así pues, según la anterior definición y tal cual como esta consagrado en la legislación, el silencio administrativo puede ser negativo, el cual, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Administración, se debe entender que la decisión ha sido negativa.

Se ha entendido que el silencio administrativo negativo puede ser *sustancial o inicial*, si la ausencia de pronunciamiento se produce en relación con las peticiones o solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición, es decir respecto de las cuales se inicia una actuación administrativa. Por su parte cuando el silencio de la Administración se refiere a los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa, sea frente a actos administrativos expresos o presuntos, se denomina silencio administrativo *procesal o adjetivo*.<sup>4</sup>

En cuanto a los requisitos para su configuración, según los artículos 40 y 60 del C.C.A., una vez transcurra el término 3 meses contado a partir de la presentación de una solicitud sin que se notifique decisión alguna por parte de la Administración –silencio administrativo sustancial o inicial– o, en caso de la resolución de los recursos propios de la vía gubernativa, luego de 2 meses contados a partir de su interposición sin que se hubiere notificado decisión expresa sobre ellos –silencio administrativo procesal o adjetivo–, *será el peticionario, interesado o el particular el que a su voluntad, determine su ocurrencia*.

En este sentido, como lo ha dicho la jurisprudencia, si bien el silencio administrativo negativo opera por ministerio de la ley, es decir sin necesidad de declaración judicial que lo reconozca, lo declare o lo constituya en los términos antes descritos, ello no significa que se configure de manera automática por la

---

<sup>3</sup> Ernesto García - Trevijano Garnica. El Silencio Administrativo en el Derecho Español. Madrid. De Civitas, 1990, pág. 789, citado en Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 1999. Expediente ACU-695. MP. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Expediente 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850).

sola expiración del plazo consagrado en la ley para su configuración, comoquiera que en cuanto se trata de una garantía a favor del peticionario, quedará a voluntad de éste, determinar su efectiva ocurrencia a partir de la conducta que decida emprender puesto que, en relación con el silencio administrativo sustancial o inicial, el peticionario podrá a su arbitrio: *“i) continuar esperando a que la Administración resuelva o decida su solicitud, tiempo durante el cual la autoridad administrativa continuará con el deber constitucional y legal de pronunciarse sobre la petición, independiente de que ya hubiere expirado el plazo legalmente establecido para atender la misma; ii) interponer, en cualquier momento<sup>5</sup>, recursos en vía gubernativa contra el acto administrativo ficto o presunto; ó iii) acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, puesto que se entiende agotada la vía gubernativa<sup>6</sup>.”<sup>7</sup>.*

Tratándose del silencio administrativo procesal o adjetivo, el recurrente *“podrá, a su elección: i) continuar esperando a que la Administración resuelva los recursos interpuestos, caso en el cual, por no estar en firme, el acto impugnado<sup>8</sup> carecerá de su carácter ejecutivo y ejecutorio<sup>9</sup>, o ii) acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para impugnar las respectivas decisiones, toda vez que, al operar el silencio administrativo negativo consagrado en su beneficio, respecto de los recursos interpuestos, se entiende agotada la vía gubernativa<sup>10</sup>.”<sup>11</sup>.*

Por otra parte, el silencio de la Administración puede tener efectos estimatorios, es decir, únicamente en los casos en los cuales las disposiciones especiales así lo indiquen, luego de transcurrido el plazo para expedir una decisión, sin que se hubiere notificado decisión alguna, ese silencio de la autoridad equivale a una decisión positiva, esto es como si la Administración hubiere accedido a la petición del administrado, es lo que se conoce como silencio administrativo positivo.

---

<sup>5</sup> C.C.A. art. 51 inciso 1°.

<sup>6</sup> C.C.A. art. 135, inciso 2°.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Expediente 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850).

<sup>8</sup> C.C.A. art. 62-2.

<sup>9</sup> C.C.A. art. 64.

<sup>10</sup> C.C.A. art. 63 en concordancia con el 62-2.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Expediente 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850).

Según la doctrina, la finalidad o fundamento del silencio administrativo positivo, consiste en evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que a toda persona le asiste el derecho de que las solicitudes sean resueltas en forma oportuna<sup>12</sup>. Asimismo se ha dicho que la finalidad intrínseca de esta figura dice relación con dar agilidad administrativa a determinados sectores y que,

*“[S]in embargo, la realidad demuestra que, por falta de medios, desidia o por las razones que fueren, no existe tal agilidad. En tales casos, el ordenamiento jurídico establece la técnica del silencio positivo, que tiene un doble efecto inmediato:*

*a) Por un lado, incentiva a la administración para que resuelva de manera expresa si no quiere ver como el administrado, por el mero transcurso del plazo (reuniendo los demás requisitos precisos), pasa a estar legitimado para actuar en el sentido pedido.*

*Esta afirmación, no obstante, debe ser hoy adecuadamente matizada, habida cuenta de que los límites intrínsecos impuestos al silencio positivo, en particular la imposibilidad de adquirir por tal vía más de lo que hubiera podido otorgarse de manera expresa, tienen el efecto de que la administración competente se verá segura de que en ningún caso el peticionario estará legitimado, a través del silencio administrativo positivo, para actuar de manera disconforme con el ordenamiento jurídico, lo que con seguridad le hará perder de alguna manera interés de resolver de forma expresa. Ello tendrá el perjuicio añadido de que el interesado se verá en la tesitura de decidir unilateralmente, y sin ayuda de la administración, si actúa o no, y, en definitiva, si ha nacido el acto presunto por silencio positivo.*

*b) Por otra parte, no obstante las inseguridades expuestas, permite que el interesado actúe, al menos cuando sea claro que la petición no contradice el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo solicitado, por lo que tendrá la garantía de que, al tratarse de un acto (presunto) declarativo de derechos, no podrá ser retirado del mundo jurídico sino a través de los cauces legalmente establecidos.*

*El silencio positivo es concebido con carácter excepcional, frente a la regla general del silencio negativo, y como tal es de interpretación restrictiva.”<sup>13</sup>*

Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido:

*“La institución del silencio administrativo encuentra su explicación en el hecho de que la relación jurídica que surge entre el particular y la administración no es de equivalencia, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas privadas. Surge así el silencio administrativo como salvaguarda de los derechos de los particulares frente a la abstención injustificada de los funcionarios de la administración, obligados a producir*

---

<sup>12</sup> Penagos, Gustavo. El Silencio Administrativo. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1997. Págs. 38 y 39.

<sup>13</sup> Ernesto García - Trevijano Garnica. El Silencio Administrativo en el Derecho Español, citado en Penagos, Gustavo. El Silencio Administrativo. Ob. Cit. Pág 39.

*un acto o manifestación expresa de voluntad dentro de un plazo fijado por la ley.*<sup>14</sup>

La jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado acerca de los aspectos relevantes ha tener en consideración en relación con la configuración y los efectos del silencio administrativo positivo, para lo cual, a manera de síntesis, se pueden destacar los siguientes:

- El silencio positivo está concebido por el legislador para que produzca efectos de manera automática. De ahí que no pueda dejarse al arbitrio de la administración la posibilidad de suspender el plazo previsto para el mismo con la simple excusa de pedir datos, informes o documentación que no sea estrictamente necesaria.<sup>15</sup>
- El término para la configuración del silencio administrativo positivo comienza a contarse a partir del día en el cual se inició la actuación.<sup>16</sup>
- La Administración sólo puede proceder al reconocimiento de los efectos del silencio administrativo positivo cuando éste ha operado, sin que le corresponda declarar su existencia. Con todo, el acto presunto podrá revocarse en los eventos previstos en el artículo 73 del C.C.A.<sup>17</sup>
- La ocurrencia del silencio administrativo positivo despoja a la Administración de la competencia para decidir, razón por la cual, el pronunciamiento expreso de la Autoridad después de vencido el término se asemeja a un acto *“inexistente por carencia de competencia”*.<sup>18</sup> Lo anterior toda vez que la existencia y eficacia de

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 1995. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1998. Expediente 8993. MP: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>16</sup> Artículo 41 del C.C.A.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 1999. Expediente: ACU 695. MP: Germán Rodríguez Villamizar. Ver también sentencia del 23 de noviembre de 2000. Expediente ACU 1723. MP: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1998. Expediente 8993. MP: Ricardo Hoyos Duque. Ver también Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de julio de 1975 y Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa. Auto del 15 de mayo de 1975: *“Cuando la voluntad del legislador suple definitiva e irrevocablemente la del organismo administrativo que no la expresó en tiempo oportuno, como en la hipótesis del silencio regulado por los artículos 36 de la ley 63 de 1967 y 9 de la ley 8 de 1970, los actos administrativos expedidos para expresar tardíamente ese querer del organismo son absolutamente inválidos por incompetencia de la administración para dictarlos y no puede generar, por ende, situaciones jurídicas de ninguna especie, ni siquiera en la apariencia normal, y esa nulidad radical de tales actos puede y debe ser declarada en cualquier tiempo, pues el mero transcurso del tiempo no convierte en existente lo que desde un principio era jurídicamente inexistente (...) En resumen si la administración, se pronuncia extemporáneamente es lo mismo que si no lo hubiera hecho y no hay*

esta figura *devienen de la ley*, por ello las actuaciones posteriores que contradigan el silencio administrativo serán inocuos.<sup>19</sup>

➤ La existencia y los efectos del silencio administrativo no dependen de su formalización. “[L]a *protocolización de la copia de la solicitud presentada a la administración a que hace referencia nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42 del CCA, se ha entendido como un mero trámite encaminado a darle forma a la resolución tácita para que quien pretenda hacer valer sus consecuencias pueda acreditarlo, tarea que la ley le ha confiado al notario en lugar del juez; por tal razón no hay término de caducidad para pedir dicha verificación. En el silencio positivo esa declaración ya está hecha y sólo resta describirla y aplicar sus consecuencias, con mayor razón en nuestra legislación donde no existe la denuncia de la mora.*<sup>20</sup><sup>21</sup>.

➤ El reconocimiento del silencio administrativo positivo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico, por tanto, no es posible reconocer actos presuntos que contradigan la ley o la Constitución.<sup>22</sup>.

➤ Tratándose del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, para su configuración, además del mero transcurso del tiempo sin que la Administración se pronuncie, se requiere de los siguientes presupuestos: *i) La solicitud debe presentarse durante la ejecución del contrato; ii) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando; iii) No puede utilizarse esta figura para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) La petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede*

---

*necesidad de pedir que se declare nulo ese acto: basta con solicitar que se reconozca que el pronunciamiento administrativo fue extemporáneo y que por lo tanto sólo puede tener efectos de resolución tácita favorable.”*

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 23 de noviembre de 2003. Expediente ACU-1723. MP. Ricardo Hoyos Duque: “*Debe tenerse en cuenta que si una vez configurado el silencio administrativo positivo la administración expide un acto extemporáneo, contrario al acto presunto y el titular del derecho interpone recursos contra él, no por ello el acto derivado del silencio administrativo positivo pierde su eficacia, pues no es por su voluntad que el acto cobra existencia sino que él surge por virtud de la ley y en consecuencia, tales actuaciones posteriores serán inocuas.*”

<sup>20</sup> En tal sentido puede verse la decisión de la Sección 4ª del 10 de julio de 1975 ya citada.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Expediente: ACU-1651. MP: María Elena Giraldo Gómez.

construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; v) Lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante.<sup>23</sup>.

## **2. La facultad que le asiste a la Administración para revocar los actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo.**

En el sistema normativo actualmente vigente, la revocatoria directa procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, pues, de una parte, las normas que consagran y regulan la institución no hacen distinción alguna<sup>24</sup> y, de otra, la Ley 809 de 2.003, cuyo artículo 1° modificó el artículo 71 del C.C.A., hizo referencia expresa al tema en los siguientes términos:

*“(...) las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos **de contenido general** y las que se refieran a aquellos de **contenido particular y concreto** en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos (...) deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación.”*  
(Se ha resaltado).

En relación con la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter general, al igual que ocurre con los particulares, el Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-, establece, en forma precisa las causales que imponen a la Administración dicha revocatoria, de oficio -como prerrogativa extraordinaria-, o a solicitud de parte -como posibilidad extraordinaria, diferente a la vía gubernativa e incompatible con ella<sup>25</sup>-. Tales causales son las siguientes<sup>26</sup>:

---

<sup>23</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2001. Expediente 52001-23-31-000-1999-1139-01(17938).

<sup>24</sup> En efecto: el Título V del libro primero del C.C.A. se denomina “De la revocación directa de los actos administrativo”; el inciso primero del artículo 69 de dicho Código establece: “Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte”; en fin, existen dentro del Título V, normas que específicamente regulan la revocatoria de los actos de carácter particular, como los artículos 73 y 74.

<sup>25</sup> Acerca de las diferencias entre los recursos en vía gubernativa y la revocatoria directa, esta Corporación ha señalado:

“1a.) La revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el artículo 70 ibídem, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas.

2a.) Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de parte del afectado; la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio.

3a.) La revocación directa puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; los recursos de la vía gubernativa deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos.

- Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera, de bulto, es decir, cualitativamente similar a la que da lugar a la suspensión provisional de los actos administrativos, por parte de esta Jurisdicción.<sup>27</sup>
- Que haya inconformidad con el interés público o social, esto es que el acto administrativo en cuestión no consulte, o mejor, contraríe esos intereses generales, causal respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto *“legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél”*<sup>28</sup>, vinculándose a la noción del *“mérito”* del acto administrativo.
- Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

Respecto de la revocación de los actos de carácter particular y concreto, en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos - especialmente de los favorables<sup>29</sup>-, estrechamente relacionado con la presunción de legalidad, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los

---

4a.) La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley.

5a.) La revocación directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior.

6a.) La revocación directa sólo procede cuando se dan las causales previstas en el artículo 69 de C.C.A.; mientras en la vía gubernativa se pueden impugnar los actos por cualesquiera clase de inconformidad.

7a.) La revocación directa de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los artículos 73 y 74 *ibídem*; en tanto que en la vía gubernativa no hay restricción alguna”. (Consejo de Estado, sección primera, sentencia del 223 de noviembre de 1.992, exp. 1.856.)

<sup>26</sup> C.C.A. Art. 69, en redacción idéntica a la que contenía el artículo 21 del Decreto 2733 de 1.959.

<sup>27</sup> C.C.A. Art. 152-2. Esta norma prevé como requisito de procedencia de la suspensión provisional, la *“manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas”*.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de mayo 5 de 1.981.

<sup>29</sup> Entre los actos administrativos favorables estarían aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, esto es, *“crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica”*, como los nombramientos, las autorizaciones, las licencias y, en general, los actos mediante los cuales la Administración responde de manera positiva a una solicitud formulada en ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición, v. gr., inscripción en un registro público, reconocimiento de una pensión, etc. Este tipo de actos se contraponen a los de gravamen en los cuales se incluyen aquellos que inciden negativamente en la esfera jurídica del destinatario, es decir *“tienen un efecto desventajoso o perjudicial”* para él, como la imposición de obligaciones, de sanciones, la revocación de actos favorables y, en general, las respuestas negativas a las peticiones. Ver Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227).

derechos adquiridos, de antaño se ha establecido en el ordenamiento positivo colombiano,<sup>30</sup> la regla general, según la cual:

*“Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”<sup>31, 32</sup>*

Sin embargo, la misma ley ha previsto excepciones, desde luego de interpretación restrictiva, respecto de la regla general mencionada, los cuales corresponden a eventos en los que resulta jurídicamente procedente la revocatoria directa de actos particulares -especial pero no exclusivamente favorables-, sin que medie el consentimiento previo, expreso y escrito del titular<sup>33</sup>.

Si bien, frente a algunos eventos el tema de la revocatoria directa de los actos de contenido particular y concreto no ha sido un asunto pacífico en la Jurisprudencia<sup>34</sup>, lo cierto es que para la Sala, en el presente asunto, no resulta necesario abordar la citada controversia, dado que, respecto de la revocatoria del acto ficto producto del *silencio administrativo positivo*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de su revocatoria en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando el acto resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que se configure alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A.
- b) Cuando el acto hubiese sido el resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo, siempre que fuere evidente que ese acto hubiese “*ocurrido*” por medios ilegales.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> El artículo 24 del Decreto 2733 de 1.959 ya establecía: “Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

<sup>31</sup> C.C.A. art. 73, inciso 1°.

<sup>32</sup> Al respecto puede consultarse, entre otras, las siguientes providencias: Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2005. MP: Jaime Araújo Rentería; Sentencia T-805 de 1998, MP: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>33</sup> C.C.A. art. 73 inciso 2°.

<sup>34</sup> Ver Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de julio de 2002. Expediente 8732.

<sup>35</sup> Sin perjuicio de los siguientes casos: *i)* Cuando sea necesario para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión; *ii)* Cuando una ley de carácter especial así lo establezca expresamente, como ocurre en los siguientes eventos: Ley 160 de 1994 art. 72 referido a la revocatoria de resoluciones de adjudicación ilegal de tierras baldías; Ley 797 de 2003 art. 19, respecto de las pensiones irregularmente reconocidas, etc.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación:

*“Conviene precisar que como el silencio positivo produce un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos, una vez producido la administración no puede dictar un acto posterior contrario y sólo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (arts. 69 y 73 C.C.A.). En el silencio negativo, por el contrario, la administración tiene el deber de decidir sobre la petición inicial, mientras el interesado no haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 60 C.C.A).”<sup>36</sup>*

Así las cosas, la Administración podrá revocar el silencio administrativo positivo siempre que se hubiere configurado cualquiera de las causales del artículo 69 del C.C.A., o cuando fuere evidente que el acto presunto –proveniente a su vez del silencio administrativo positivo- hubiere ocurrido por medios ilegales.

Ahora bien, como lo advierte el artículo 74 del C.C.A., la Administración, para revocar el silencio administrativo positivo, deberá adelantar la actuación administrativa en la forma prevista en el artículo 28 –actuaciones administrativas iniciadas de oficio– y demás normas concordantes; además, en el respectivo acto administrativo de revocatoria del acto presunto se deberá ordenar la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42<sup>37</sup> y se ordenará el inicio de las acciones penales o disciplinarias correspondientes.

Por su parte, el inciso final del artículo 74 del C.C.A., de manera expresa habilita al beneficiario del silencio administrativo positivo que hubiere obrado de buena fe, para que solicite la reparación del daño causado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en caso de que el acto presunto se revoque; sobre el alcance de la citada disposición la Sala volverá más adelante.

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 14 de marzo de 2002. Expediente 25000-23-27-000-2001-0540-01(ACU-1250). MP: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>37</sup>ARTICULO 42. PROCEDIMIENTO PARA INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5o., junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

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

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico.

### **3. La acción procedente para demandar la reparación del daño ocasionado con el acto de revocatoria de un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo.**

Como se advirtió, la ley, en los casos en que así lo determine, le otorga efectos positivos o estimatorios al silencio de la Administración en relación con las peticiones que de manera respetuosa le eleven los administrados.

De manera que desde el momento en cual se configuran los presupuestos para la ocurrencia de esta figura administrativa, en principio, se crea una situación particular y concreta o se reconoce un derecho de igual categoría, lo cual, sin duda, genera en el beneficiario del silencio administrativo positivo la confianza fundamentada en la buena fe, que lo habilita para actuar en determinado sentido amparado en la legitimidad creada por dicha ficción administrativa.

Precisamente, el respeto y garantía al principio de la buena fe –la cual se presume en virtud del artículo 83 de la Constitución Política–, de la confianza legítima, de la seguridad jurídica y del respeto a las situaciones jurídico subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona por virtud de la ley o de una decisión en firme por parte de la Administración, son las que fundamentan, en principio y en virtud del principio de inmutabilidad, que los actos administrativos de carácter particular y concreto *estimatorios o favorables* no puedan ser revocados sin el consentimiento expreso del particular.<sup>38</sup>

Con todo, se reitera, el aludido principio de irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto no es absoluto en la medida en que, cuando se trata de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, su revocatoria es posible aún sin el consentimiento del beneficiario, pero única y exclusivamente por las razones y causales previstas en la ley, las cuales, como se advirtió, se configuran cuando el silencio administrativo positivo reúna las causales de revocación previstas en el artículo 69 del C.C.A., o cuando fuere evidente que el acto ficto hubiere ocurrido por medios ilegales.

---

<sup>38</sup> Ver al respecto, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-347 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, Sentencia T-1162 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Así pues, cuando quiera que la Administración pretenda revocar el silencio administrativo positivo deberá ceñirse, con estricto apego, a las causales y al procedimiento –artículo 74 del C.C.A.– que de manera expresa la ley dispone para ello, de lo contrario, cualquier ejercicio irregular de tales potestades daría lugar, eventualmente, a la reparación del daño causado al beneficiario en razón de la revocatoria ilegal del silencio administrativo positivo.

Todas las anteriores consideraciones, esto es la importancia de la buena fe y del principio de la confianza legítima tratándose de los actos administrativos favorables de carácter particular y concreto, así como los presupuestos que debe atender la Administración para revocar una decisión administrativa presunta resultante del silencio administrativo positivo, sirven de marco general para resolver el interrogante principal que se le ha planteado a la Sala en esta oportunidad, consistente en definir cuál debe ser la acción procedente para demandar los perjuicios surgidos con ocasión de la revocatoria del silencio administrativo positivo.

Para el efecto conviene analizar el artículo 74 del C.C.A., a cuyo tenor:

*“ARTICULO 74. PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACION DE ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO. Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes.*

***El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.”*** (Se resalta).

Como se observa, la disposición legal transcrita regula el procedimiento a seguir por parte de la Administración cuando pretenda revocar directamente un acto administrativo particular y concreto; para ello, una vez el órgano competente considere que se presentan los elementos fácticos y jurídicos que lo habilitan para revocar del respectivo acto administrativo, deberá dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 28 y concordantes del C.C.A., los cuales regulan, a su vez, el procedimiento a seguir en relación con las actuaciones administrativas iniciadas de oficio. Luego de cumplir el anterior trámite, en el mismo acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo, la

Administración deberá ordenar la cancelación de las escrituras que autoriza extender el artículo 42 del C.C.A., y ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias a que haya lugar.

Por su parte, el segundo inciso de la norma legal en cita dispone que el beneficiario del silencio administrativo positivo ante la revocatoria del acto presunto podrá demandar la reparación del daño antijurídico ante esta Jurisdicción, siempre y cuando tal beneficiario hubiere actuado de buena fe.

Como se observa, la ley no indica la acción que debe incoarse para acudir a esta Jurisdicción, sino que simplemente se limita a habilitar al beneficiario del silencio administrativo positivo para que pueda reclamar la *reparación* del daño ocasionado con la revocación, ante el funcionario judicial competente.

No obstante, para determinar cuál es la acción procedente para estos efectos, debe armonizarse ese precepto legal con las normas generales que prevén y regulan las diferentes acciones o medios procesales de control, *de naturaleza reparatoria o resarcitoria*, tendientes a garantizar la protección y amparo, por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de las diferentes actuaciones, omisiones, hechos u operaciones que causen un daño antijurídico y que sean imputables a una entidad pública o, incluso, a una persona privada que desempeñe funciones propias de los diferentes órganos del Estado.

En este sentido resulta necesario advertir que cada medio procesal o acción tiene su propia identidad y, por ende, se diferencian unas de otras, en la medida en que el criterio para optar por cada una de ellas lo constituye la causa generadora del daño; así, si el daño antijurídico se hubiere originado en un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad, deberá incoarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>39</sup>; por su parte si el daño alegado encontrare su causa en un hecho, una omisión, una operación administrativa en la ocupación

---

<sup>39</sup> Al abordar el problema jurídico relacionado con la viabilidad de ejercer la acción de nulidad para la impugnación de actos administrativos de carácter particular y concreto, esta Corporación ha sostenido que, para estos efectos, tal acción solamente resulta procedente: *i)* en los casos en que expresamente la ley lo ha señalado y *ii)* en aquellos otros casos en los cuales una eventual sentencia estimatoria no comporte el restablecimiento automático de un derecho subjetivo. Ver Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 10227, y sentencia de 10 de agosto de 1961, tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202, M. P. CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE. Cabe señalar que la línea de interpretación establecida en esta providencia, no fue objeto de la declaratoria de inexequibilidad dispuesta en la sentencia C-426 de 2002 de la Corte Constitucional.

temporal o permanente de un inmueble, la acción procedente será la de reparación directa.

Ahora bien, si lo que se pretende es controvertir las decisiones que se profieran con ocasión y en desarrollo de un contrato estatal, la acción procedente será la de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o la contractual, de conformidad con el momento en el cual se presente la demanda, según los términos del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.<sup>40</sup>

En conclusión, dependiendo de la causa del daño, deberá incoarse la acción que corresponda en relación con las previstas en los artículos 84 a 87 del C.C.A.

Tratándose de la revocatoria de un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo, de conformidad con lo expuesto, debe precisarse que si el beneficiario de dicha decisión presunta pretende la reparación del daño ocasionado con la revocación, deberá incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto tal daño se hubiere generado en la expedición ilegal o irregular del acto administrativo que declare la revocatoria del acto presunto resultante del silencio administrativo positivo.

En otras palabras, cuando quiera que el afectado considere que el acto de revocatoria de una decisión ficta resultante del silencio administrativo positivo estuviere adoleciendo de cualquiera de los vicios previstos en el inciso 2° del artículo 84 del C.C.A.<sup>41</sup>, *deberá* incoar la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, precisamente para que se declare la invalidez o nulidad del acto administrativo correspondiente y se restablezca el derecho a que

---

<sup>40</sup> Se distinguen, al respecto, los siguientes eventos: i) Si el acto respectivo se profirió antes de la celebración del contrato pero con ocasión de la actividad contractual, será demandable mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación; ii) Si el contrato se celebró, la nulidad los actos previos solamente podrá invocarse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, a través de la acción de controversias contractuales; iii) Si el acto administrativo correspondiente se profirió con posterioridad a la celebración del contrato, esto es durante la ejecución o liquidación del contrato, sólo puede demandarse a través de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A.

<sup>41</sup> *“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.”*

haya lugar, además de la *reparación de los perjuicios que se hubieren causado*<sup>42</sup>, según el caso.

Lo anterior puede ocurrir, por ejemplo, cuando la Administración revoque un acto administrativo resultante del silencio administrativo positivo sin observar las causales o el procedimiento consagrado en la ley para estos efectos.

Ahora bien, en todos aquellos casos en los cuales el beneficiario no formule cargo alguno contra la validez del acto administrativo de revocatoria de una decisión ficta proveniente del silencio administrativo positivo, sino que sólo alegue la causación de perjuicios fundamentado en la ocurrencia de un daño antijurídico, la acción procedente será la de reparación directa, en cuanto el daño no devenga de la ilegalidad del acto, en cuyo caso el título de imputación correspondiente sería el daño especial.

En este caso entonces, cuando lo que se discute no es la legalidad del acto administrativo de revocación y por lo cual no se pretende la declaración de nulidad del referido acto, sino la reparación del daño con fundamento en el principio de igualdad frente a las cargas públicas, se abre paso la acción de reparación directa.

Así lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección cuando ha reconocido la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa cuando lo que se pretenda es reclamar la reparación de los perjuicios ocasionados por un *acto administrativo legal*. Dijo en aquella oportunidad:

*“Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, recientemente la Sala subrayó que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, como sucede cuando un inmueble es declarado patrimonio arquitectónico, lo cual comporta no poder disponer del mismo libremente, habida consideración que tiene la obligación de conservar su estructura en beneficio de la comunidad, la acción de reparación directa resulta procedente. Dijo la Sala:*

*“Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la Administración Pública con la finalidad de producir efectos jurídicos,*

---

<sup>42</sup> ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. <Ver Notas del Editor> <Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.

*deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la Administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la Administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse<sup>43</sup>. Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa."<sup>44</sup> (se subraya)*

*Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-Regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir **la procedencia de la acción de reparación directa** cuando quiera que no se cuestiona la "legitimidad" del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas."<sup>45</sup> (Negrillas de la Sala).*

En consecuencia, en estos casos, comoquiera que no se pretende discutir la legalidad del acto administrativo de revocatoria directa sino que se busca la reparación de un daño frente al beneficiario del silencio que ha actuado de buena fe, la acción procedente no puede ser la de nulidad y restablecimiento del derecho, *en la medida en que para incoar las pretensiones correspondientes la acción procedente será la de reparación directa.*

Lo anterior no es más que la aplicación del fundamento constitucional de responsabilidad contenido en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, mandato general que sitúa la responsabilidad en el daño antijurídico y en la imputación -que no en la antijuridicidad de la conducta de sus agentes-, de lo cual

---

<sup>43</sup> LIBARDO RODRIGUEZ R. "Derecho Administrativo General y Colombiano". Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 27 de abril de 2006, Exp. No. 16.079, Rad. 19001-23-31-000-1996-07005-01, Actor: Maria del Rosario Arias Vallejo, Demandado: Municipio de Popayán, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>45</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Expediente: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421). MP: Ruth Stella Correa Palacio.

se desprende que aún frente a actuaciones u omisiones de la Administración ajustadas a derecho, ésta puede verse avocada a responder, en la medida en que hubiere causado un daño antijurídico.

Claro está, como es apenas obvio, cualquiera sea la acción que se invoque, sea la de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, el beneficiario deberá acreditar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, es decir, la ocurrencia del daño antijurídico, la imputación del daño a la acción u omisión a la Autoridad Pública y el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación.

En conclusión, el beneficiario de una decisión presunta resultante del silencio administrativo positivo que pretenda la indemnización de perjuicios causados por la revocatoria directa de dicho acto ficto, puede acudir a la jurisdicción:

- A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando lo que pretenda es desvirtuar la presunción de legalidad del acto revocatorio, o
- A través de la acción de reparación directa, cuando lo que persiga no sea la declaratoria de nulidad del acto de revocación directa, sino los perjuicios que tal revocatoria le hubiere ocasionado, en cuanto hubiere actuado de buena fe.

#### **4. El caso concreto.**

Tanto en la demanda inicial como en la corrección de la misma, realizada por la parte actora en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal *a quo* en el auto inadmisorio del libelo, se solicitó, en ejercicio de la acción de reparación directa, que se declare la responsabilidad de la DIAN por los daños ocasionados “*en los términos del artículo 74 del C.C.A.*”, por la revocatoria directa del acto presunto resultante de la ocurrencia del silencio administrativo positivo previsto en el inciso 5° del artículo 169 de la Ley 223 de 1995 –artículo 240-1 del Estatuto Tributario–.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante pide que se condene a la DIAN a pagar la suma de \$85.686’320.060,00 a título de indemnización del daño material en la modalidad de lucro cesante consolidado.

En este sentido se observa que, en relación con las pretensiones, la parte demandante no está solicitando la nulidad del acto administrativo proferido por la

DIAN, mediante la cual se revocó el silencio administrativo positivo –Resolución 12550 del 25 de octubre de 2007–, además, algunos de los argumentos esgrimidos por la parte actora están encaminados a que se reconozca que obró de buena fe en la protocolización de dicho silencio, para lo cual alega la aplicación del artículo 74 del C.C.A. Lo anterior conduciría a concluir, en principio, que la acción de reparación directa sería la apropiada para alegar la indemnización de perjuicios alegada por el recurrente.

Sin embargo, analizada en su integridad la *causa petendi* de la demanda, se encuentra que el actor sí formuló cargos en contra la validez y la legalidad del acto administrativo de revocatoria de la decisión administrativa presunta resultante del silencio administrativo positivo. Así, en los hechos de la demanda, se relató lo siguiente:

“ .....

*“23. Esta revocación fue realizada de plano, es decir, sin cumplir el procedimiento ordenado en los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo y por la Circular número 03 expedida el 9 de Septiembre de 1986 por el Director General y el Subdirector Jurídico de la Dirección de Impuestos Nacionales, cuya vigencia fue certificada por la jefe de la División de Normativa y Doctrina Tributaria de la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante oficio con número de radicación 018287 del 22 de Febrero de 2008.*

*24. Esta decisión revocatoria no se fundó en la invocación explícita de alguna de las causales que según el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo autorizan la adopción de esta decisión, es decir, las previstas en el artículo 69 del mismo código o porque fuere evidente que el acto presunto fue obtenido por medios ilegales. No obstante, en la parte considerativa de la citada resolución revocadora se expresa que el silencio administrativo positivo no se configuró porque la DIAN firmó el contrato de estabilidad tributaria dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que el BANCO DAVIVIENDA radicó la respectiva solicitud, situación que era perfectamente conocida por el solicitante porque en el fallo recaído sobre el recurso extraordinario de súplica, de fecha 18 de septiembre de 2006, el Consejo de Estado había definido que “...dado que al no configurarse actos administrativos presuntos no es cierto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pudieran intentarse en cualquier tiempo...”. Situación que fue desfigurada por la entidad bancaria peticionaria al protocolizar el silencio positivo de lo cual concluye que “De acuerdo con los planteamientos precedentes, se determina que la motivación plasmada en el documento protocolizado es contraria a lo expresado en la Ley, por lo que procede la revocatoria del acto presunto, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, concordante con los artículos 69, 71, 73 y 74 ibídem”.*

De igual forma, dentro de los fundamentos de derecho de la demanda, el actor se encargó de controvertir cada uno de los argumentos tenidos en cuenta por la DIAN para revocar el acto administrativo ficto proveniente del silencio administrativo positivo y además advirtió que la parte demandada había omitido el trámite previsto en el artículo 74 del C.C.A., para la mencionada revocación directa. Sobre este último argumento vale la pena transcribir el aparte respectivo:

*“Por último es pertinente anotar que el director general de la DIAN emitió de plano la resolución revocatoria del acto administrativo presunto, es decir, sin seguir el procedimiento ordenado en el inciso final del artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual “el acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”.*

*Esta última norma, el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, establece que para proceder a la revocación de los actos de carácter particular y concreto, “se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código”.*

(...)

*Frente a lo anterior ha de señalarse que la DIAN no le comunicó al BANCO DAVIVIENDA la iniciación oficiosa de la actuación conducente a revocar el acto positivo presunto, a pesar de ser el directo y único afectado.*

(...)

*Con respecto a lo anterior he de señalar que la DIAN no citó al BANCO DAVIVIENDA para que interviniera en la actuación y pudiera hacer valer sus derechos.*

*Por su parte, el artículo 34 consagra el derecho a solicitar la práctica de pruebas, el cual también le fue conculcado al BANCO DAVIVIENDA.*

(...)

*Con respecto a lo anterior también he de señalar que la decisión revocatoria del acto positivo presunto fue adoptada sin que al BANCO DAVIVIENDA se le hubiera dado la oportunidad de expresar sus opiniones ni de aportar pruebas, y que la notificación se realizó por correo y no de manera personal como lo ordena el capítulo X del título I del Código Contencioso Administrativo.*

*Adicionalmente es importante destacar que en el numeral 5.1 de la Circular 03 del 9 de Septiembre de 1989, emitida por el Director General de Impuestos Nacionales, mediante la cual se precisa el alcance de las normas que regulan la revocatoria directa en materia tributaria, estableció el procedimiento que deben observar los funcionarios de esa entidad para revocar de oficio un acto administrativo.*

*Según el numeral 5.1.3. de esta circular, los funcionarios competentes deben tener en cuenta las normas del Código Contencioso Administrativo que ordenan citar a quienes puedan resultar afectados con la revocación, con el fin de que puedan hacer valer sus derechos.*

*En consecuencia, es claro que en la revocación del acto positivo presunto del BANCO DAVIVIENDA, la DIAN, ni siquiera observó las exigencias reglamentarias internas establecidas para el efecto. Al respecto es pertinente anotar que el jefe de la División de Normativa y Doctrina Tributaria de la Oficina Jurídica de la DIAN certificó mediante oficio número 018287 del 22 de Febrero de 2008, los temas modificados de dicha circular, entre los cuales no se encuentra el de la revocación directa y oficiosa de los actos presuntos resultantes del silencio administrativo positivo”.*

Como se evidencia, la parte demandante, por un lado, en sus pretensiones, no incluyó una sola encaminada a obtener la declaratoria de nulidad o de ilegalidad del acto administrativo por medio del cual la DIAN revocó la decisión ficta proveniente del silencio administrativo positivo, es decir no pretende la declaratoria de nulidad del mencionado acto, razón por la cual pide que se le reconozcan directamente los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante causados desde la fecha de la tantas veces aludida revocación directa; pero por el otro lado, dentro de los hechos de la demanda, así como en algunos de los fundamentos de derecho alegados en el libelo, controvierte la legalidad y la validez del acto administrativo de revocación, todo lo cual permite concluir que dentro de una misma demanda se introdujeron, al mismo tiempo, razones de hecho y de derecho propias de dos acciones diferentes, esto es de fundamentos concernientes a la acción de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual de conformidad con la estructura normativa del C.C.A., resulta improcedente.

En efecto, se recuerda que cada acción prevista en el C.C.A., obedece a supuestos diferentes, en la medida en que cada una de ellas se identifica en relación con la causa generadora del daño, lo cual supone que si el interesado pretende la indemnización de perjuicios ocasionados por un acto administrativo ilegal, debe instaurar, necesariamente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto que si lo que alega es que el perjuicio se causó por un hecho, una omisión, una operación administrativa o por la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, la ocurrencia del daño no la atribuye a la invalidez del acto administrativo correspondiente, la acción a incoar deberá ser la de reparación directa.

Por consiguiente, resultaría incoherente jurídicamente que el interesado en una misma demanda, dentro de sus pretensiones no solicite la nulidad del acto administrativo, pero que a través de los hechos y fundamentos jurídicos en los cuales sustenta aquellas, eleve cargos que tienden a controvertir la validez o la presunción de legalidad del acto administrativo, respectivo.

En casos como el presente, resulta imperativo que el Juez al momento de realizar el estudio de admisibilidad del libelo, analice la *causa petendi* y, por ende, los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales el actor ha identificado la causa generadora del daño, con el fin de poder determinar cuál es la acción que corresponde incoar para cada caso, de conformidad con lo antes expuesto.

Al respecto cabe recordar que esta Sección del Consejo de Estado ha señalado en distintas oportunidades que la indebida escogencia de la acción no constituye causal de rechazo de la demanda<sup>46</sup>, toda vez que de conformidad con el artículo 143 ibídem corresponde al operador judicial inadmitir la demanda que carezca de los requisitos previstos en los artículos 137 y 138 del C.C.A., salvo que la acción se encuentre caducada, caso en el cual la misma se rechazará de plano. De tal manera que, cuando el demandante escoge indebidamente la acción y ésta no ha caducado, lo procedente es inadmitir la demanda y conceder un término de cinco días para que se corrija, so pena de rechazo; pero si la acción procedente ha caducado, la demanda será rechazada de plano<sup>47</sup>.

En el presente caso, según lo advertido por la Sala, aún cuando el demandante en sus pretensiones no solicitó la nulidad con el consiguiente restablecimiento del derecho del acto administrativo que revocó la decisión ficta proveniente del silencio administrativo, además de que a lo largo de los fundamentos de la demanda el actor aseguró haber actuado de buena fe en la configuración del silencio administrativo positivo, lo cierto es que al analizar la *causa petendi* en su integridad, se encuentra que los argumentos contenidos en el libelo se encuentran principalmente encaminados a controvertir la legalidad del acto administrativo positivo, razón por la cual hay lugar a concluir que la causa generadora del daño antijurídico alegado tendría su origen en la expedición de un acto administrativo

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. autos del 19 de julio de 2006. Expedientes 30008 y 30905.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 29789, auto del 25 de agosto de 2005. M.P.: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 28603, auto del 26 de mayo de 2005. M.P.: German Rodríguez Villamizar. Exp. 27992, auto del 13 de febrero de 2006. M.P.: Germán Rodríguez Villamizar

carente de validez, en cuyo caso la acción procedente no puede ser otra que la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, como se expuso anteriormente, en los hechos de la demanda –hechos 23 y 24–, la parte actora de forma expresa sostuvo que el acto administrativo de revocatoria del silencio administrativo positivo se había “*realizado de plano, es decir, sin cumplir con el procedimiento ordenado por los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código de Contencioso Administrativo*”; además señaló que la mencionada decisión revocatoria no se había fundado “*en la invocación explícita de alguna de las causales que según el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo autorizan la adopción de esta decisión, es decir de las previstas en el artículo 69 del mismo código o porque fuere evidente que el acto presunto fue obtenido por medios ilegales*”, cargos o censuras respecto de los cuales la Sala evidencia que están directamente encaminados a controvertir la validez del acto que revocó el silencio administrativo positivo.

En este mismo sentido la Sala encuentra que dentro de los fundamentos de derecho de la demanda, el Banco Davivienda S.A., se ocupó de controvertir cada uno de los argumentos tenidos en cuenta por la DIAN en el acto administrativo que revocó el silencio administrativo positivo, con la finalidad –según el actor–, de acreditar que había obrado de buena fe en la configuración y protocolización del silencio administrativo positivo.

Al respecto afirmó:

*“Así las cosas, es evidente que el representante legal del Banco Davivienda en ningún momento afirmó que el director general de la DIAN no hubiere suscrito el “contrato” de estabilidad tributaria dentro de los dos meses siguientes a la fecha de radicación de la petición formulada por el contribuyente, como **erradamente se expresa en la resolución revocatoria del acto positivo presunto.***

*Por consiguiente, **aquí lo que se presentó fue un problema de comprensión de lectura por parte del director general de la DIAN.** En efecto en la medida en que un contrato escrito supone, para su existencia y validez, el acuerdo de voluntades expresado o materializado con la firma de las partes, es evidente que si tal acuerdo de voluntades no se produce obviamente no puede entenderse que el contrato ha sido suscrito, así una de ellas lo hubiere firmado como sucedió en este caso con la firma que el director general de la DIAN estampó en el fallido contrato.*

*Es corolario de lo anterior que el acto administrativo presunto **no ocurrió por medios ilegales** utilizados por el BANCO DAVIVIENDA y, por*

*consiguiente, que la buena fe de la entidad bancaria que represento al protocolizarlo es incuestionable”. (Se resalta).*

En relación con otra de las razones a partir de las cuales la entidad demandada revocó el acto ficto resultante del silencio administrativo positivo, sostuvo:

**“Con relación a la segunda causal de revocación invocada por la DIAN, según la cual el acto positivo presunto es violatorio del artículo 240-1 del estatuto tributario porque dentro del término de dos meses previstos en esta norma la entidad pública sí respondió la petición del BANCO DAVIVIENDA, al haber firmado su representante legal el correspondiente contrato, razón por la cual se habría configurado la causal de revocación consagrada en el numeral 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, es pertinente examinar, si tal aseveración es cierta porque de ser ello así la entidad que represento no podría alegar que obró de buena fe ni fundar pretensiones reparatorias del daño sufrido en violación de la ley.**

(...)

Así las cosas, **no es jurídicamente válido que la DIAN, en Febrero de 2001 declare un acto administrativo en firme que la simple firma del director general de esa entidad en el “contrato” de estabilidad tributaria no comportaba decisión o resolución alguna frente a la petición elevada por el BANCO DAVIVIENDA y seis años después sostenga lo contrario para efectos de revocar el acto positivo presunto originado, precisamente, en el hecho de no haber respondido la referida petición.**

(...)

Así las cosas es palmario entender que el acto positivo presunto protocolizado por el BANCO DAVIVIENDA **no es violatorio del artículo 240-1 del estatuto tributario, sino por el contrario, el desarrollo legítimo de una previsión consagra expresamente en esta norma; que no se configuró la causal de revocación prevista en el numeral 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo; y que la buena fe con la que obró el BANCO DAVIVIENDA al efectuar dicha protocolización es jurídicamente incuestionable”.**

En otro aparte de la demanda, el actor manifestó:

**Por otra parte, es necesario desvirtuar la afirmación contenida en la parte motiva de la resolución revocatoria del acto administrativo presunto, que da a entender la existencia de cosa juzgada con relación a la existencia del silencio administrativo positivo, derivada del fallo emitido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 18 de Septiembre de 2006, con relación al recurso extraordinario de súplica interpuesto por el BANCO DAVIVIENDA contra la sentencia inhibitoria dictada el 3 de Diciembre de 2002 por la Sección Cuarta de esa misma Corporación dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho distinguido con el número de expediente 110010315000200300577-01.**

(...)

*Es corolario de lo anterior que **este fundamento de la revocación del acto positivo presunto carece de fundamento** y, en consecuencia, que es palmaria la buena fe del BANCO DAVIVIENDA al haber protocolizado el silencio administrativo positivo.*

Finalmente, como ya lo había advertido en los hechos de la demanda, el actor adujo que el “director de la DIAN emitió de plano la resolución revocatoria del acto positivo presunto, es decir, sin seguir el procedimiento ordenado por el inciso final del artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual el acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”, además aseveró, que la “decisión revocatoria del acto administrativo presunto fue adoptada sin que al BANCO DAVIVIENDA se le hubiera dado la oportunidad de expresar sus opiniones ni de aportar pruebas, y que la notificación se realizó por correo y no de manera personal como lo ordena el capítulo X del título I del Código Contencioso Administrativo”.

De conformidad con los anteriores apartes transcritos de la demanda y a pesar de que el demandante manifestó haber obrado de buena fe en la configuración del silencio administrativo positivo, resulta palmario y claro que la parte actora sí formuló cargos de ilegalidad contra la resolución de revocatoria, situación que, de conformidad con lo expuesto, resulta improcedente hacerlo cuando se incoa la acción de reparación directa.

Así las cosas, en el caso concreto se trata de una indebida escogencia de la acción, comoquiera que la parte actora ejerció la acción de reparación directa, cuando, se reitera, según la demanda, dicha parte situó la causa generadora del daño antijurídico en la expedición de un acto administrativo respecto del cual formula censuras o cargos contra su validez por considerar que resulta contrario a la ley, para lo cual entonces, de conformidad con el artículo 85 del C.C.A., en concordancia con el artículo 84 de esta misma codificación, debió haber incoado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual, dado que la indebida escogencia de la acción no es causal por sí sola para el rechazo de la demanda, se revocará el auto impugnado con el fin de que el demandante proceda a adecuar la demanda a la acción Contencioso Administrativa que corresponda.

Lo anterior teniendo en cuenta que en este momento procesal no se tiene seguridad acerca de la ocurrencia de la caducidad respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que en el expediente no se allegó constancia de ejecutoria de la Resolución 12550 del 25 de octubre de 2007 proferida por la DIAN; por tanto no hay certeza acerca de la fecha en la cual debe comenzar a contarse el término de caducidad de la acción.

Además, para la Sala habría que determinar también si la notificación de la Resolución antes mencionada fue realizada en debida forma, comoquiera que existe duda acerca de si tal actuación debió surtir tal como se ordenó en el numeral 3° de dicha Resolución, esto es conforme lo señalan los artículos 565 y 566 del Estatuto Tributario o si ha debido realizarse con sujeción a la forma general prevista en los artículos 44 y siguientes del C.C.A., situación que, valga la pena mencionarlo, constituye, precisamente, uno de los cargos o cuestionamientos que la parte demandante formula contra la actuación de la DIAN al advertir que la notificación de la referida Resolución se realizó por correo y no de manera personal como lo ordena el capítulo X del Título I del C.C.A.

En consecuencia, toda vez que al analizar en su integridad la demanda se encuentra que el actor formuló cargos tendientes a controvertir la legalidad y validez del acto administrativo de revocatoria directa del silencio administrativo positivo y, dado que en este momento procesal para la Sala no es posible determinar con certeza la ocurrencia, o no, del fenómeno de la caducidad de la acción, en aplicación del principio *pro damato* se inadmitirá la demanda, con el fin de que el demandante corrija y adecúe la demanda como corresponda, para lo cual se le concederá un término de 5 días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

Lo anterior sin perjuicio de que en la etapa procesal correspondiente y luego de decretadas, recaudadas y valoradas las pruebas a que haya lugar, si el órgano judicial competente encuentra los elementos y fundamentos necesarios que configuren la caducidad de la acción, así lo declare.

Debe resaltarse, finalmente, que la corrección que la parte actora introduzca a la demanda como consecuencia y/o en cumplimiento de la medida procesal de inadmisión de la demanda que mediante esta providencia se va a proferir, deberá sujetarse a los términos y condiciones previstas en el artículo 143 del C.C.A., y

sus normas concordantes, de manera que el demandante deberá ajustar la acción correspondiente a los presupuestos legales para su procedencia y a aquello expuesto anteriormente por esta Sala, so pena de su rechazo.

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCASE** el auto apelado, esto es el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 3 de junio de 2009.

**SEGUNDO. INADMITESE** la demanda presentada por el Banco Davivienda S.A., con el fin de que la adecúe y corrija a la acción que corresponde, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO. CONCEDESE** a la parte actora un término de cinco (5) días, libres de distancia, para que adecúe la demanda en los términos expuestos anteriormente.

**TERCERO.** Ejecutoriado este auto, **ENVIESE** el expediente al Tribunal de origen, con el fin de que decida lo que corresponda acerca de la admisión de la demanda.

**CUARTO:** Reconócese personería a la doctora Nidia Patricia Narváez, portadora de la tarjeta profesional No. 37.073 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial del Banco Davivienda S.A., en los términos del poder obrante a folio 1° del cuaderno principal.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE y CUMPLASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Presidenta de la Sala

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**