

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO – No satisface el derecho de petición / DERECHO DE PETICION – No se satisface con el silencio administrativo negativo

En el presente caso se tiene que la entidad demandada violó el derecho de petición del actor cuando en el trámite de la vía gubernativa se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo. Ahora bien, esta Sala no admite la tesis del Tribunal según la cual el amparo constitucional no es procedente puesto que existen otros medios de defensa judicial para proteger los derechos invocados, como lo es la acción contencioso administrativa contra el acto ficto o presunto en aplicación del silencio administrativo negativo. Tal afirmación desconoce una consolidada doctrina constitucional, que establece que el silencio administrativo no protege el derecho de petición, pues tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que el mismo ha sido violado. La obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la no protección del derecho de petición por medio del silencio administrativo: Corte Constitucional, sentencias de 1 de julio de 1994, Rad. T-304/94. MP.: Jorge Arango Mejía y de 10 de agosto de 1992, Rad T-481 de 1992, MP.: Jaime Sanín Greiffenstein.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010).

Radicación número: 85001-23-31-000-2010-00006-01(AC)

Actor: GILBERTO ALARCON FAJARDO

Demandado: DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

Referencia: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionante contra la sentencia del 4 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO, instauró acción de tutela contra la Defensoría del Pueblo y la Universidad de Pamplona, para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de petición.

A. Hechos y fundamentos

Del expediente se advierten como hechos relevantes los siguientes:

El señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO se inscribió en la Convocatoria 001 – 09 para aspirar al cargo de Profesional Administrativo y de Gestión de la Defensoría del Pueblo.

Mediante la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009, la Comisión de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo, excluyó al señor ALARCÓN FAJARDO del séptimo concurso de méritos 2009 de esa entidad, por cuanto consideró que fue admitido al proceso de selección sin reunir los requisitos mínimos exigidos en la Convocatoria No.001 de 2009.

El 22 de diciembre de 2009, el actor interpuso el recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual no ha sido resuelto.

B. Pretensiones.

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“1. Que se amparen los derechos fundamentales de petición y debido proceso, vulnerados con la expedición de la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009 proferida por la Presidenta de la Comisión de la Carrera Administrativa y con la omisión a responder el recurso de reposición instaurado contra la misma.

2. Que se ordene inaplicar la Resolución 151, del 15 de diciembre de 2009, mediante la cual se determinó la exclusión de Gilberto Alarcón Fajardo del séptimo concurso de méritos de 2009, se ordene que se tomen las decisiones respectiva que garanticen mi continuidad en el concurso y que de forma inmediata se publiquen los resultados de la “prueba de entrevista” así como el análisis de los antecedentes.

3. Que se ordene, para todo efectos tener en cuenta la experiencia profesional a partir de la terminación de materias certificada por el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.P.T.C., aportada al concurso y considerar la experiencia en el cargo de “profesional Universitario Grado 16” de la rama judicial y como catedrático en la Escuela de la Policía Nacional de Santa Rosa de Viterbo.”.

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante auto del 22 de enero de 2010, admitió la demanda y ordenó notificar a las partes (fls. 38 y 39).

C. Oposición

La **Universidad de Pamplona** por intermedio de la directora de Interacción Social y Desarrollo Tecnológico, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor.

Informó que en el análisis de la documentación enviada por los participantes que superaron las pruebas escritas y presentaron la prueba de entrevista, se detectó que el actor fue admitido al proceso de selección sin que reuniera los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria a la cual se inscribió, razón por la que fue excluido del concurso mediante la Resolución No.151 de 2009.

Señaló que el señor ALARCÓN FAJARDO, no acreditó el requisito mínimo de formación avanzada, pues esta exigencia se cumple con la acreditación de posgrados en derecho penal, procesal, procesal penal o probatorio, y el actor acreditó posgrado en derecho administrativo y constitucional.

Sostuvo que el demandante al no acreditar el requisito de formación avanzada, pudo haber demostrado como mínimo seis años de experiencia específica o relacionada con las funciones del cargo, contados a partir de la fecha de terminación y aprobación de materias.

De manera que como el señor ALARCÓN FAJARDO no aportó certificación respecto de la fecha de terminación y aprobación de materias, la experiencia se contabilizó a partir de la fecha de grado, la cual no alcanzó los 6 años de

equivalencia para el cumplimiento de los requisitos establecidos en la convocatoria a la cual se inscribió.

Aceptó que el recurso de reposición interpuesto por el accionante no ha sido resuelto, pero ello no implica, a su juicio, vulneración del derecho de petición, por cuanto se configuró el fenómeno del silencio administrativo negativo, lo que permite acudir a las acciones contenciosas distintas a la acción de tutela.

La Secretaria General de la **Defensoría del Pueblo** solicitó se nieguen las pretensiones de la acción de tutela, para lo cual reiteró los argumentos expuestos por la Universidad de Pamplona.

D. Providencia Impugnada

El Tribunal Administrativo de Casanare en sentencia del 4 de febrero de 2010 declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, en razón a que consideró que el señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir el acto administrativo por el cual fue excluido del concurso de méritos.

Así mismo, señaló que el actor debió acreditar la educación de formación avanzada en los posgrados señalados expresamente en el Acuerdo 040 de 2009.

E. Impugnación

El **accionante** impugnó la anterior decisión, para lo cual insistió en la protección del derecho de petición y debido proceso, en cuanto no se ha resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que ordenó su exclusión en el concurso de méritos, vulnerándosele el derecho a la igualdad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política se reglamentó mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o*

por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción el señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO pretende que se ordene a la Comisión de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009, mediante la cual fue excluido del séptimo concurso de méritos 2009 de la Defensoría del Pueblo, y en consecuencia, se adopten las medidas necesarias para su continuidad en el concurso de méritos.

Por medio de escrito del 22 de diciembre de 2009, el accionante solicitó a la Defensoría del Pueblo reponer la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009, mediante la cual fue excluido del séptimo concurso de méritos 2009 convocado por esa entidad y permitirle seguir aspirando al cargo de Profesional Administrativo y de Gestión.

Tal como lo afirma el señor ALARCÓN FAJARDO, y lo confirma la Defensoría del Pueblo en su escrito de contestación, la solicitud del accionante no ha sido resuelta por la entidad accionada, razón por la cual considera vulnerados sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso.

La Corte Constitucional en Sentencia T-304 del 1 de julio de 1994 dispuso:

"Es relevante establecer que el uso de los recursos señalados por las normas del Código Contencioso, para controvertir directamente ante la administración sus decisiones, es desarrollo del derecho de petición, pues a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto. Siendo esto así, es lógico que la consecuencia inmediata sea su pronta resolución.

"(...)

"No existe razón lógica que permita afirmar que la interposición de recursos ante la administración, no sea una de las formas de ejercitar el derecho de petición, pues si él le permite al sujeto participar de la gestión de la administración, así mismo, podrá como desarrollo de él, controvertir las decisiones.

"Si bien el administrado puede acudir ante la jurisdicción para que resuelva de fondo sobre sus pretensiones (...) haciendo uso de las acciones consagradas en el Código Contencioso, aquél conserva su derecho a que sea la propia administración, y no los jueces, quien resuelva sus inquietudes, pues al fin y al cabo ella es la obligada a dar respuesta. Prueba de ello está en que si la persona no recurre ante la jurisdicción, la administración sigue obligada a resolver". (M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía).

En el presente caso se tiene que la entidad demandada violó el derecho de petición del actor cuando en el trámite de la vía gubernativa se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo.

Ahora bien, esta Sala no admite la tesis del Tribunal según la cual el amparo constitucional no es procedente puesto que existen otros medios de defensa judicial para proteger los derechos invocados, como lo es la acción contencioso administrativa contra el acto ficto o presunto en aplicación del silencio administrativo negativo. Tal afirmación desconoce una consolidada doctrina constitucional, que establece que el silencio administrativo no protege el derecho de petición, pues tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que el mismo ha sido violado. La obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la

autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo. ¹

Con base en lo anterior, y, como el actor no ha obtenido respuesta al recurso interpuesto contra la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009, proferida por la Defensoría del Pueblo, se concluye que la entidad accionada vulneró el derecho de petición del señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO. En consecuencia, se revocará el fallo impugnado, y en su lugar se ordena a la Defensoría del Pueblo – Presidente de la Comisión de la Carrera Administrativa, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente decisión, resuelva -afirmativa o negativamente-, si no lo hubiere hecho, el recurso interpuesto por el actor.

En mérito de lo expuesto la **Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1. **REVÓCASE** la providencia impugnada por lo razonado en la parte motiva. En su lugar, tutélase el derecho de petición del señor GILBERTO ALARCÓN FAJARDO. En consecuencia se ordena la Defensoría del Pueblo – Presidente de la Comisión de la Carrera Administrativa que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente decisión, resuelva -afirmativa o negativamente-, el recurso interpuesto por el actor contra la Resolución No.151, del 15 de diciembre de 2009.

2. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

¹ Sentencias T-481 del 10 de agosto de 1992, M. P.: Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, T-242 del 23 de junio y T-262 del 7 de julio de 1993

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO