

MEMORANDO

Fecha: 10 de agosto de 2016

Para: **VERÓNICA ARDILA VERNAZA**
Directora de Norma Urbana

De: **MIGUEL HENAO HENAO**
Director de Análisis y Conceptos Jurídicos

Radicado: 3-2016-12617.

Asunto: Concepto Jurídico - Alcance de los conceptos emitidos por la entidad.

Apreciada Verónica:

Hemos recibido su memorando con el radicado de la referencia, en el que indica que con ocasión del cambio de interpretación en algunos de los conceptos de norma emitidos por parte de esa Dirección, solicita: “(...) *concepto acerca de los riesgos Jurídicos que correría la Secretaría Distrital de Planeación y, particularmente esta Dirección al emitir esos nuevos conceptos y precisar el alcance de la aplicación normativa y los ámbitos de sus conceptos.* (...)”

Al respecto, se presentan las siguientes consideraciones:

1.- El derecho de petición se encuentra regulado por la Ley Estatutaria No. 1755 de 2015¹. Norma que sustituyó el Título II, artículos 13 a 33 de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); por lo que la clasificación de las peticiones (en interés general o particular, de información, expedición de copias o entre autoridades y de consulta), los términos para resolverlas (15, 10 y 30 días hábiles respectivamente después de su recepción) anteriormente reguladas por el CPACA, fueron recogidas con idéntico texto por la Ley Estatutaria (artículos 14 y 30).

2.- El artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, define el alcance de los conceptos emitidos en respuesta a las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo, así: “(...) **Artículo 28. Alcance de los conceptos.** *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.* (...)”

¹ **Ley No. 1755 de 2015** “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

El Consejo de Estado mediante Sentencia C-951/14 del 4 de diciembre de 2014, Expediente PE-041, con ponencia de la magistrada María Victoria Sáchica, que decidió sobre la exequibilidad del proyecto de ley por medio del cual se regula el derecho de petición, con relación al contenido normativo del artículo 28 conceptúo: “(...) El artículo 28 del proyecto de ley estatutaria estipula el valor jurídico que ha de otorgársele a los conceptos emitidos por las autoridades en respuesta a las peticiones realizadas en la modalidad del derecho de petición de consulta, estableciendo que los conceptos no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. De lo anterior se colige que el legislador confirió implícitamente efectos facultativos, auxiliares o indicativos a los conceptos donde se resuelva la modalidad petitoria de consulta. (...)”

En el mismo fallo se realizó el análisis de constitucionalidad del referido artículo, y se consideró:

“(...) La Corte considera que la redacción, sentido y alcance de la norma bajo estudio no riñe con los principios del debido proceso (art. 29 CP), el acceso a la administración de justicia (art. 229 CP) y el sistema de fuentes del derecho consagrado en el artículo 230 Superior.

Lo anterior, toda vez que a través de esta norma: (i) se garantiza el cumplimiento efectivo del artículo 23 de la Constitución, (ii) se fija un parámetro razonable y proporcionado al alcance de las decisiones pronunciadas por las autoridades bajo el rótulo de concepto y, (iii) se protege el sistema de fuentes de origen constitucional, otorgándole un margen de autonomía a las autoridades frente a las decisiones por ellos proferidas bajo la modalidad del concepto (...)”

La señalada sentencia compila apartes de diferentes pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional en relación con la naturaleza jurídica de los conceptos en respuesta a los derechos de petición de consultas, a saber:

“(...) así en Sentencia C-487 de 1996 explicó que:

“Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, de la circunstancia de que el administrado no se someta a sus formulaciones no puede ser objeto de consecuencias negativas en su contra, diferentes a las que podrían originarse del contenido de las normas jurídicas sobre cuyo entendimiento o alcance se pronuncia el concepto. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.”

Esta postura jurisprudencial fue reiterada en las Sentencias C-877 de 2000, T-807 de 2000 y C-542 de 2005 (...), en las cuales la Corte señaló:

“Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista. Se convierten en acto administrativo,

en la medida en que de tales conceptos se desprendan efectos jurídicos para los administrados.” (...)

En similar sentido, en la Sentencia T-091 de 2007 esta Corporación sostuvo:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha señalado que como regla general los conceptos que se expiden a instancia del interesado no son obligatorios, no crean situaciones jurídicas, y por tanto, no comprometen la responsabilidad de la entidad pública que los expide. Sólo en situaciones excepcionales, cuando el concepto cree o modifique situaciones jurídicas, éste debe considerarse un acto administrativo, frente a los cuales caben las acciones contencioso administrativas”. (...)

3.-Sobre el alcance del derecho de petición de consulta, la posición jurisprudencial en materia de responsabilidad concuerda con la actual definición del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituida por la Ley Estatutaria 1755 de 2015, antes artículo 25 del Decreto Nacional 01 de 1984.

Por lo anterior, vale la pena citar apartes de la ya referida Sentencia C- 542 del 24 de mayo de 2005 de la Corte Constitucional, expediente D-5480, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, sobre la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 01 de 1984, en los siguientes términos:

“(…) A este respecto, la Corte considera pertinente distinguir dos criterios diferenciadores. Un criterio formal y un criterio material. De acuerdo con el criterio formal, cuando se solicita un derecho de petición de consultas conforme al artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, entonces los conceptos emitidos a fin de responderlo, ni son obligatorios ni de su contenido se puede derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la entidad que lo emitió. El criterio material opera en el evento en que la persona que solicita la consulta no se pronuncie sobre la forma en que eleva la petición, no determina si se trata de una petición en interés general o en interés particular o si se trata, más bien, de una petición de información o de una petición de consulta. Entonces, allí se tendría que examinar el caso concreto para poder establecer si del concepto que se emite se puede deducir o no la existencia de un acto administrativo.

Ello no significa que las autoridades públicas puedan actuar de modo arbitrario. En virtud de la cláusula del estado de derecho contenida en el artículo 1º de la Constitución Nacional, está vigente en Colombia el principio fundamental de interdicción de la arbitrariedad de la administración.

En este orden de ideas, la norma contenida en el artículo 6 de la Constitución Nacional establece tres criterios para determinar la responsabilidad de los servidores públicos. Primero, por infringir la Constitución y las leyes; segundo, por omisión en el ejercicio de sus funciones; tercero, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En el evento en que la actuación de la autoridad pública que emite el concepto se pueda subsumir bajo uno o algunos de esos criterios, es claro que la autoridad pública debe responder.

En el artículo 90 de la Constitución se regula específicamente lo referente a la responsabilidad patrimonial. Las consecuencias del obrar irresponsable de las autoridades públicas no puede limitarse al terreno de la condena moral. Tiene que tener unas consecuencias en materia económica cuando las autoridades públicas han producido daños antijurídicos que les son imputables. Si tales daños han sido resultado de la conducta dolosa o gravemente culposa de las

Carrera 30 No. 25 - 90
Código Postal 111311
Pisos 5, 8 y 13
PBX 335 8000
www.sdp.gov.co
Info.: Línea 195



SC-CER259292



CO-SC-CER259292



GP-CER259293

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

autoridades públicas, el Estado debe responder y puede repetir contra la autoridad pública que ocasionó el daño. Solo de esa manera se cumple con uno de los más importantes fines del Estado social y democrático de derecho según lo dispuesto por el artículo 2 superior, "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

Es justamente la necesidad de que la administración rinda cuentas, la que marca el signo distintivo de un Estado social y democrático al servicio de los ciudadanos. Tanto lo dispuesto en el artículo 6 como lo establecido en el artículo 90 obedece a esa orientación.(...)"

4.-En el tema de responsabilidad y prevención del daño antijurídico que se pueda presentar con ocasión de la emisión de conceptos por parte de la entidad, se solicitó apoyo a la Dirección de Defensa Judicial mediante radicado No. 3-2016-12934, la que mediante memorando con radicación No.3-2016-13677 conceptuó:

"(...) En atención al memorando No. 3-2016-12934 en donde se solicita conceptuar sobre los aspectos planteados por la Dirección de Norma Urbana en el memorando No. 3-2016-12617, frente a los riesgos jurídicos que pudieren presentarse ante la eventualidad de emitir conceptos en sentido diferente o contrario a los expedidos anteriormente por parte de dicha dependencia.

Al respecto, es probable que la situación planteada conlleve un aumento en la litigiosidad para la SDP, ya sea en el marco de acciones constitucionales o de procesos ordinarios, cuyo impacto dependerá del número casos con conceptos divergentes. Sin embargo, consideramos que la mera modificación a un criterio o interpretación, en el marco de conceptos rendidos bajo el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015², no debería comprometer la responsabilidad de la SDP. Claro esta, siempre que los criterios expuestos en los diferentes conceptos no resulten arbitrarios o caprichosos.

Bajo los anteriores presupuestos observamos que la razón por la cual podría reclamarse a la SDP decidir en un sentido determinado y/o pagar alguna indemnización sería por la vulneración al principio de buena fe y la confianza legítima con desconocimiento de expectativas legítimas y/o derechos adquiridos. En forma preliminar consideramos que los mecanismos para reclamar lo anterior serían la acción de tutela y el medio de control de la reparación directa.

Aunque no es este el momento para hacer una evaluación del eventual contingente judicial, por desconocer las particularidades de los casos concretos, resulta pertinente tener en cuenta los

²Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."
(...)

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

siguientes criterios a efectos de evitar mayores riesgos procesales frente a posibles actuaciones judiciales:

1. El cambio de criterios de interpretación normativa debe estar sustentado de manera objetiva y razonable. Lo anterior es independiente a las interpretaciones o políticas que se pudieron exponer con anterioridad. En este sentido, es necesario advertir que se está modificando un criterio anterior e indicar las razones jurídicas que lo justifiquen.

Pese a que la SDP no es una autoridad judicial, es pertinente remitirnos a los derroteros planteados sobre el tema por la Corte Constitucional³:

"22. En fallos posteriores además, se reconoció el valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, también bajo consideraciones ligadas específicamente al tema del principio de igualdad[13]. En efecto, la Corte en la sentencia T-566 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) concluyó lo siguiente:

"Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia. El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez. Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas." (Las subrayas fuera del original). [14]

23. Con fundamento en estas precisiones, contenidas en la jurisprudencia constitucional y en la Ley 270 de 1996, - Ley estatutaria de la Administración de justicia -, puede concluirse que la ratio decidendi de los fallos de tutela - descrita y caracterizada en los mismos términos de aquella correspondiente a las providencias de constitucionalidad -, resulta vinculante para los jueces.

La razón del valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica. Precisamente, sobre el tema ya se había pronunciado también la sentencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se comentó que con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que "acceder" igualitariamente ante los jueces implica, "no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico

³ Sentencia T-583 de julio 26 de 2006 con ponencia del Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares”.

Así pues, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, que no se oponen al carácter vinculante de la ratio decidendi de las mismas; este último rasgo impone a los jueces que vayan a apartarse del precedente, la obligación de exponer una carga argumentativa que justifique su decisión, en respeto del principio de igualdad.”

2. No pueden desconocerse las expectativas legítimas ni los derechos adquiridos, en principio, los reconocidos en actos administrativos vigentes y en firme.

3. Los documentos a que nos referimos son los emitidos bajo la forma de conceptos, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que por disposición legal no resultan de obligatorio cumplimiento y/o ejecución. Entonces, debe tratarse de opiniones o criterios expuestos por la SDP, de carácter técnico y/o jurídico que no contienen una decisión de la administración o acto administrativo. (...)”

5.- Para los eventos de cambios de criterios de interpretación normativa, debe tenerse en cuenta los requisitos fijados, entre otros aspectos, por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor mediante la Circular 44 del 15 de mayo de 2012, que de manera específica señala:“(…)1.4. Si el concepto a emitir modifica una posición anterior de la entidad u organismo, se dejará expresa constancia de ello en el mismo, así como las razones por las cuales se adopta la nueva posición. Se reconstruirá la doctrina anterior a efecto de señalar en contexto los cambios en la posición. (...)”

A manera de aplicación analógica, se puede considerar el recite fallo proferido por la Sección Tercera de Consejo de Estado, el pasado 2 de mayo de 2016, dentro del expediente con radicado No. 37344, con ponencia del magistrado Danilo Rojas, en el que citó la posición de la Corte Constitucional sobre los elementos necesarios para que se de un cambio jurisprudencial en los siguientes términos:

“(…) A este respecto, ha dicho la Corte Constitucional que un cambio de jurisprudencia debe dar cuenta de la postura jurisprudencial que se deja de lado, y de los motivos por los cuales se considera que es necesario el cambio de postura: (...) “En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad”⁴.

6.-En atención a las consideraciones expuestas se presentan las siguientes conclusiones:

Con la expedición de la ley estatutaria que regula el derecho fundamental de petición, la definición, modalidades, términos y alcance siguieron siendo los mismos establecidos en la Ley 1437 de 2011. Por regla general, el término para resolver una petición sea de carácter particular o general es de 15 días, como regla especial cuando se trate de solicitud de

⁴[7] Sentencia T-698 de 2004.

documentos o información, o entre autoridades el término es de 10 días, y para consultas 30 días después de su recepción en todos los casos.

Una vez recibida una petición, previamente verificada la competencia, los antecedentes y la condición del peticionario, entre otros aspectos; se debe estudiar su contenido para clasificarla de acuerdo con los parámetros normativos establecidos y determinar su alcance para proceder a dar una respuesta acorde y en el marco del procedimiento fijado por la entidad para su atención.

De acuerdo con la Ley Estatutaria 1755 de 2015 que regula el derecho fundamental de petición en la modalidad de consulta, éste tiene su ocurrencia cuando se solicita ante la autoridad su concepto, opinión o dictamen sobre un tema objeto de su competencia.

Con base en los criterios diferenciadores establecidos por la jurisprudencia, podemos distinguir un criterio formal cuando se efectúa la petición de consulta conforme a la norma y en tal sentido debe responderse; así como un criterio material cuando de la petición o de quien la presenta, no se puede establecer a que tipo corresponde, por lo que del estudio del caso concreto se deberá determinar el alcance de la respuesta y prever si del concepto que se emita, se pueda deducir efectos de los que producen los actos administrativos.

De acuerdo con la normativa vigente y el marco jurisprudencial, los conceptos emitidos en atención a las consultas realizadas en ejercicio del derecho de petición, por ser consejos, recomendaciones o criterios orientativos a instancia del peticionario, pueden ser acogidos o no por este, y en tal caso no resultan de obligatorio cumplimiento. Solo en el evento que del contenido del concepto se creen o modifiquen situaciones jurídicas, por adquirir un carácter autorregulador y cobrar exigibilidad por configurarse una manifestación de voluntad de la administración, en esa condición se transformaría en un acto administrativo.

Aun cuando los conceptos emitidos en respuesta a un derecho de petición de consulta no resultan obligatorios, si generan responsabilidad para el servidor público que los emite, cuando violan los preceptos constitucionales o legales, por omisión o extralimitación en ejercicio de sus funciones.

En concordancia con las líneas jurisprudenciales expuestas, sobre la manera como la carta política en sus artículos 6º y 90 fija los criterios de responsabilidad y las consecuencias patrimoniales que se derivan de las actuaciones de la administración inconstitucionales, ilegales o con extralimitación de funciones, debe considerarse lo señalado por la Dirección de Defensa Judicial, sobre las consecuencias que tienen los criterios expuestos en un concepto cuando estos resulten arbitrarios o caprichosos. En ese contexto, se podrían presentar reclamos por vulneración al principio de la buena fe y la confianza legítima con desconocimiento de expectativas legítimas y/o derechos adquiridos, mediante la acción de tutela o reparación directa.

Tanto la jurisprudencia, como la doctrina han sido coincidentes en señalar que para que se presenten cambios de criterio en materia de interpretación normativa, debe configurarse por

lo menos dos (2) condiciones mínimas, a saber: i.) El nuevo criterio debe estar sustentado jurídicamente de manera objetiva y razonable. ii.) Se requiere de la reconstrucción de la doctrina anterior para señalar en contexto el cambio de posición.

Tales requerimientos se encuentran así establecidos en la Circular 44 del 15 de mayo de 2012 emitida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor, en la que se dan instrucciones para la emisión de conceptos jurídicos, que para el caso de la Secretaría General se encuentra en cabeza de la Subsecretaría Jurídica de la entidad, de conformidad con las competencias asignadas por el Decreto Distrital 16 de 2013.

El presente concepto, se encuentra enmarcado bajo los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Cordialmente,



Miguel Henao Henao
Dirección de Análisis y Conceptos Jurídicos

Proyectó: Diana del Carmen Camargo. P.E. Dirección de Análisis y Conceptos Jurídicos