

Al contestar cite este número:
Radicado DADEP No. 20204120047701
20204120047701

Bogotá D.C, 05-05-2020
412 - SAF

Correo electrónico

Señor
DIEGO ANDRES VEGA CAICEDO
fyvlawyers@gmail.com
Tel: 3186990539
Ciudad

REFERENCIA: Radicado N° 2020400053852 del 15 de abril de 2020
ASUNTO: Respuesta a derecho de petición - APP “HUB de Movilidad Plaza Calle 136”

Respetado señor,

En respuesta a la solicitud radicada con el número de la referencia, nos permitimos contestar en los siguientes términos:

*“PRIMERA: Se extienda la **JURISPRUDENCIA** de la sala plena del Consejo de Estado concretada en Sentencia de Unificación del (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: **05001 3331 003 2009 00157 01**, para este fin imprímasele el trámite del artículo 614 del C.G.P, en armonía con el artículo 102 del CPACA.”*

Respuesta: En primera medida, es importante precisar que, con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, surgió en el ordenamiento jurídico colombiano la figura jurídica de extensión de jurisprudencia de unificación.

8.8 A través del referido mecanismo se busca que las personas puedan acceder de manera directa, pronta y eficaz ante la Administración Pública para que sea ésta la que, en armonía con las decisiones judiciales que se han tomado en casos idénticos, pueda resolver, en igual forma, los que se presenten ante ella.

En este punto se precisa que la petición especial de extensión de jurisprudencia debe acreditar unos presupuestos mínimos, los cuales están consagrados en el artículo 102¹ de

¹ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

la Ley 1437 de 2011 que garanticen que el mecanismo será utilizado de manera razonable. Así pues, para decidir si amerita darle trámite a una solicitud de extensión de jurisprudencia de unificación, según se desprende de la naturaleza misma del mecanismo como de las normas que lo regulan, es menester que cumpla con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²:

Así entonces, es claro que para que la solicitud de extensión de jurisprudencia logre los fines pretendidos, resulta primordial que los conflictos que ya fueron decididos a través de sentencias de unificación por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, sean resueltos primeramente por las autoridades públicas, a las que, según lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, les asiste el deber de aplicar “las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, para lo cual “deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas” y de manera preferente, las de la Corte Constitucional que “interpreten normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan control abstracto de constitucionalidad”³. Por tal motivo, uno de los requisitos para que la extensión de jurisprudencia pueda ser aplicada en debida forma, es que la petición de la misma debe contener los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación sobre la cual se exige su extensión.

En tal sentido, y atendiendo la solicitud realizada por el peticionario, esto es que *“Esta forma de aprovechar el espacio público económicamente (contrato de arrendamiento sobre los bienes de uso público ubicados en el área de aprovechamiento en superficie) está prohibida esto a la luz de la Sentencia de la Sala Plena del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001 3331 003 2009 00157 01 y que es de obligatorio cumplimiento por ser precedente jurisprudencial del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo.”*, es menester precisar que la iniciativa privada

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

(...)

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00096-00(47833)

³ Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

denominada Hub de Movilidad Plaza Calle 136, no versa sobre un contrato de arrendamiento que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP, vaya a suscribir con el originador del proyecto. Lo que se pretende con el proyecto es suscribir un contrato de concesión bajo la modalidad de asociación público privada, si llegare a cumplir con los requisitos legalmente establecidos, por lo que, inicialmente, se puede observar que no guarda relación, de manera uniforme, con los fundamentos fácticos de la sentencia relacionada en la petición.

Ahora, si bien, en el contrato se estipuló la palabra “arrendamiento”, en la minuta del contrato y sus anexos, no quiso con esto decirse que se trataba de un negocio jurídico contractual que enmarcara dicha figura jurídica; si se estudia a la luz de las máximas de la experiencia y de los usos ordinarios en los proyectos de asociaciones público privadas haciendo una lectura recta del proyecto deberá concluirse que se trata de un contrato de concesión.

Lo anterior establece conexión especial con la intención que tuvo el Consejo de Estado en la sentencia relacionada y cuya extensión se solicita, que no es otra sino unificar el tratamiento jurídico que se le da a los bienes de uso público, de modo que se ofrezca seguridad en torno a este tópico para la autoridad administrativa encargada de su custodia y gestión.

Es por esto que el Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

“(…) Vistas así las cosas, la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto” Negrillas y subrayas fuera del texto original

Concluyó, entonces el Consejo de Estado, en el artículo primero de la parte resolutoria de la sentencia invocada:

PRIMERO: SE UNIFICA LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en el siguiente sentido: No es procedente que las autoridades administrativas entreguen bienes de uso público utilizando para ello la fórmula contractual del arrendamiento, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Ahora bien, con el propósito de profundizar y dar mayor claridad al asunto solicitado, es importante manifestarle que nuestros asesores jurídicos externos Coral, Delgado & Asociados, en concepto de CDYA-2020-121 realizaron las siguientes consideraciones:

“(…) es preciso recordar que el aprovechamiento de espacio público que se realiza en virtud de las iniciativas privadas, tiene lugar dentro del marco de un contrato de concesión, en el cual, la retribución puede consistir en la explotación del mismo bien otorgado en concesión, tal como lo señala el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Esto en los siguientes términos:

“ART. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

4. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (cursiva, negrillas y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, resulta claro que la explotación económica de bienes destinados al servicio o uso público, se encuentra permitida por la ley y de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia No. 05001-33-31-003-2009-00157-01 de 14 de agosto de 2018, los entes territoriales pueden autorizar la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico del espacio público, siempre que se cumplan ciertas condiciones que son: (i) Que el aprovechamiento no incida en la destinación al uso común que tienen los bienes que conforman dicho espacio, (ii) Que no se generen derechos reales y que, (iii) Se asegure la prevalencia del interés general sobre el particular. Además, y luego de realizar varios análisis, ratifica que para los efectos son aplicables otras fórmulas contractuales como lo es el contrato de concesión.

En suma a lo anterior, indica además la sentencia que en tratándose del contrato de concesión, los derechos que se ceden al concesionario, son de aquellos

denominados derechos “precarios” o “relativos”⁴ que no constituyen una situación jurídica concreta y que son provisionales y de ese mismo tenor, será el aprovechamiento que el concesionario pueda realizar y permitir en el espacio concedido, pues los contratos que eventualmente realice en desarrollo de la concesión con miras a generar ingresos que permitan recuperar las inversiones realizadas, serán accesorios y no podrán exceder los derechos que le han sido concedidos, en la medida en que serán relaciones jurídicas derivadas de la concesión, que correrán la suerte de lo principal.

Lo anterior para significar que el vínculo comercial que pueda sostener un concesionario con un tercero a efectos de generar ingresos para recuperar la inversión, no puede ser visto en forma separada al contrato de concesión, pues tal vínculo no es caprichoso, sino que materializa uno de los elementos esenciales de la concesión, que es la remuneración o retribución.

Revisadas las minutas a que hace referencia, se encuentra que en el numeral 4.1 de la parte especial, señalan que la entidad cede al concesionario el derecho al recaudo de las tarifas de parqueo y de aprovechamiento económico y que tal aprovechamiento se realizará de conformidad con la normatividad aplicable, es decir, el Concesionario no podrá transgredir la legislación y deberá ajustar a ella sus actuaciones, pudiendo para los efectos celebrar actividades con motivación económica. Ahora, si el Concesionario como elemento de forma denominara “Arrendamiento” o “alquiler” sus contratos con particulares, tal contrato no podría contener los derechos plenos de que trata el arrendamiento civil o comercial, porque el concesionario no sería titular de los derechos que se requieren para los efectos, sino que sería únicamente respecto de los derechos precarios, temporales, provisionales o relativos, que a él le han sido concedidos, sujetándose a las limitaciones que la ley y la jurisprudencia, como criterio auxiliar de interpretación de aquella, pues así se está obligando para con la entidad, conducta que además será vigilada por el interventor del contrato y cualquier situación que lo contravenga, constituirá un incumplimiento del contrato.”

En tal sentido, y como se puede corroborar con los documentos publicados en el SECOP I y las minutas contractuales, en concordancia con la sentencia de unificación invocada e identificada con el número de radicación **05001 3331 003 2009 00157 01**, se puede concluir que la petición incoada carece de los supuestos de hecho y de derecho invocados, por lo que se niega la solicitud de extensión de jurisprudencia impetrada.

“SEGUNDA: Como consecuencia de la extensión de la JURISPRUDENCIA precitada, se abstenga de suscribir el contrato de concesión con el originador del HUB

⁴ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo. Rad. No. 05001-33-31-003-2009-00157-01 de 14 de agosto de 2018. CP. Oswaldo Giraldo López.

MOVILIDAD CALLE 136, por contener un negocio jurídico con objeto ilícito, conforme a la parte motiva de esta petición.”

Respuesta: Guardando relación con los argumentos esbozados con anterioridad, es importante precisarle al peticionario, que actualmente el DADEP se encuentra realizando los análisis de las actuaciones surtidas y de los requisitos legalmente establecidos, con miras a determinar la forma en que procederá respecto de la iniciativa y determinar si se cumplen los requisitos legales para entregar el inmueble bajo esta figura.

“TERCERA: Se me informe cuando se le solicite concepto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos del artículo 615 del C.G.P”

Respuesta: De acuerdo a su solicitud puntual, se informa que el artículo 615 del C.G.P., concordante con el artículo 150 del C.P.A.C.A., no refiere a trámite alguno en el que deba intervenir la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En este orden, se interpreta que quiso referirse al procedimiento consagrado por el artículo 616 del C.G.P., concordante con el inciso segundo del artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, el cual refiere dar “traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren”.

No obstante lo anterior y como quiera que la solicitud de extensión de jurisprudencia fue negada por carecer de los elementos fácticos y jurídicos necesarios y consignados por el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y de conformidad con la información relacionada en la respuesta de la petición primera, se informa que no se hace necesario solicitar el concepto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en virtud que la solicitud fue negada por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011

Quedando atenta para resolver cualquier inquietud adicional, cordialmente,



BLANCA STELLA BOHORQUEZ MONTENEGRO
Directora

Proyectó: Laureano Cerro - SAF

Revisó: Ana Andrade - SAF

Lucas Calderón - Asesor Despacho

Carlos Quintero - Jefe Oficina Asesora Jurídica

Lilian Rocío Mendoza Monroy - Abogada Contratista OAJ

Juan Carlos Molina Casa - Abogado Contratista OAJ

Aprobó: Marelvi Montes - Subdirectora SAF