

Bogotá D.C., 2 de diciembre de 2021

Doctor

Carlos Alfonso Quintero Mena

Jefe Oficina Asesora Jurídica

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO – DADEP.

Avenida Carrera 30 No 24 - 90 - Bogotá, Colombia

PBX: (+57) 3822510

REFERENCIA: CONSULTA – PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Respetado Dr. Quintero, por medio del presente, me permito dar respuesta a la solicitud de consulta enviada vía correo electrónico el pasado 23 de noviembre de 2021, así:

I. CONSULTA

Los puntos a responder, de acuerdo con la solicitud remitida son:

- a. ¿El DADEP tiene la facultad legal para adelantar procesos sancionatorios por el incumplimiento de dichos Actos Administrativos?
- b. ¿Se debe aplicar el debido proceso en caso de incumplimiento de los Actos Administrativos por parte del titular del permiso, con el fin de hacer cumplir la condición resolutoria prevista en estas resoluciones?
- c. ¿Qué ocurre si se crean nuevos procedimientos con ocasión del incumplimiento de este tipo de actos administrativos?

II. ESTRUCTURA Y ANÁLISIS

En ese sentido, el presente concepto responde cada una de las preguntas formuladas, abordando para el efecto los siguientes contenidos temáticos: i.) Facultad legal para adelantar procesos sancionatorios por el incumplimiento de Actos Administrativos; ii.) Obligatoriedad del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias y; iii.) Creación de procedimientos administrativos sancionatorios. Al final, se establecerán las conclusiones pertinentes y se responderá en concreto a la pregunta formulada.

1. Facultad legal para adelantar procesos sancionatorios por el incumplimiento de Actos administrativos.

Los procedimientos sancionatorios administrativos se rigen por el principio de legalidad. El Consejo de Estado ha profundizado en la materia de la siguiente manera:

“El principio de legalidad establecido en el artículo 29 de la Constitución está compuesto por los principios de reserva legal y de tipicidad, en virtud de los cuales al legislador le asiste la potestad exclusiva para fijar las conductas que deban ser sancionadas penal o disciplinariamente con la mayor precisión y claridad posible de forma que no se presente duda alguna sobre la acción, hecho u omisión reprochables, así como establecer los procedimientos administrativos y penales que deben seguirse por las autoridades correspondientes para imponer los correctivos del caso, que también deben ser predeterminados cualitativa y cuantitativamente.”¹

Así las cosas, para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere²:

- (i) **Habilitación legal.** Una ley que habilite el uso de esa potestad en el supuesto de hecho específico, que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como los destinatarios de la misma. En el caso, de actos administrativos que otorgan permisos o autorizaciones de uso de espacio público, no existe ley que le otorgue a la administración facultad sancionatoria.
- (ii) **Que la ley establezca el procedimiento para el trámite sancionatorio respectivo.** Es necesario así mismo que la Ley establezca el procedimiento administrativo aplicable al trámite sancionatorio previamente habilitado por la Ley, en procura de garantizar el debido proceso.

Esto implica que los procedimientos y las facultades sancionatorias, en tanto se rigen por principio de legalidad, tienen reserva de ley. Esto implica que cualquier facultad sancionatoria debe estar expresamente asignada por la ley, siendo inviable jurídicamente

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera [C.P. Hernando Sánchez Sánchez], 13 de diciembre de dos mil diecisiete - Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00165-00

² Sentencia C-412 del 1 de julio de 2015

que una entidad estatal ejerza potestades sancionatorias en asuntos o sobre temas en los cuales el legislador no haya previsto tal potestad.

Ahora bien, existe diferencia sustancial entre la facultad sancionatoria y la declaratoria de incumplimientos.

Con la premisa antes anotada, en cuanto a los elementos facticos puestos a consideración en la solicitud de concepto que precede este análisis, se encuentra que según lo establecido en el artículo 21 del Decreto Distrital 552 del 26 de septiembre de 2018³, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los actos administrativos o en los contratos dará lugar a la suspensión de la actividad, sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales que se adelanten para establecer las responsabilidades pertinentes.

Es preciso indicar que los actos administrativos a los que se refiere el artículo 21 en comento, son aquellos identificados en el artículo 17 del mismo Decreto que establece:

“Artículo 17.- Actos Administrativos. Las Entidades Administradoras del Espacio Público las Entidades Gestoras del Aprovechamiento Económico del Espacio Público podrán expedir actos administrativos debidamente motivados, ya sean permisos o autorizaciones, para desarrollar actividades con o sin aprovechamiento económico del espacio público de corto y mediano plazo. Los actos administrativos deberán contener la duración de la actividad, la retribución y los demás requisitos establecidos en el respectivo protocolo de aprovechamiento económico.”

Esto implica que al verificarse el incumplimiento de un acto administrativo de permisos o autorizaciones referidos en la norma citada, el DADEP tiene la facultad y la capacidad para ordenar la suspensión de las actividades dispuestas en dicho acto administrativo por mandato del artículo 21 del Decreto Distrital 552 del 26 de septiembre de 2018.

Es preciso resaltar que el mencionado artículo 21 establece una consecuencia: la suspensión de las actividades dispuestas en el acto administrativo, cuando dicho acto administrativo sea incumplido.

³ Art. 21. **El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los actos administrativos o en los contratos dará lugar a la suspensión de la actividad**, sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales que se adelanten para establecer las responsabilidades pertinentes” (Resaltado fuera del texto)

La suspensión prevista no tiene carácter de sanción; y no podría tenerlo porque como se ha indicado la facultad sancionatoria tiene reserva del ley y por lo tanto no puede ser otorgada por un decreto.

Ahora bien, se considera que mediando suficientes evidencias del incumplimiento el DADEP puede, con amparo en el precitado artículo 21 del Decreto Distrital 552 del 26 de septiembre de 2018, emitir acto administrativo en el cual se acrediten los soportes de dicho incumplimiento, se ordene la suspensión de la actividad, y en consecuencia con la suspensión por incumplimiento, se declare la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que otorgó el permiso o autorización, adelantando el procedimiento administrativo común y principal establecido en el título III de la Ley 1437, artículo 34 y concordantes, garantizando en consecuencia, lo previsto en cuanto a recursos en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

La pérdida de fuerza ejecutoria es una consecuencia de la suspensión de los efectos de la Resolución, toda vez que con la suspensión cesan los supuestos de hecho que dieron origen a la misma y se podrá declarar el decaimiento del mismo, por cuanto se cumple uno de los supuestos de hecho establecidos en el artículo 91 del CPACA. Esto es, el Acto Administrativo pierde su fuerza ejecutoria en tanto las condiciones que dieron origen al mismo no persisten.

Así las cosas según lo expuesto, el DADEP no puede adelantar procedimientos administrativos sancionatorios cuando ocurran incumplimientos a actos administrativos que otorguen permisos o autorizaciones, pues no cuenta con la facultad legal para llévalos a cabo. Sin embargo, puede previa verificación del incumplimiento, suspender los efectos del Acto Administrativo y declarar el decaimiento del mismo, lo cual no constituye ejercicio de potestad sancionatoria, sino la concreción de una condición resolutoria por la que están regidos dichos actos.

2. Obligatoriedad del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias.

El artículo 29 de la Constitución consagra el debido proceso como un derecho fundamental. Al respecto, este reza: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. El hecho de hacer parte del aparte de derechos fundamentales en la Constitución lo reviste de obligatoriedad en su aplicación. La Corte Constitucional ha definido el Debido Proceso administrativo como:



*“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) **la validez de sus propias actuaciones** y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.⁴ (Resaltado fuera del texto)*

En ese sentido, el debido proceso comprende las condiciones de aplicación impuestas por la ley que se materializa en el procedimiento que debe seguir la autoridad administrativa, que ese proceso guarde relación entre sí, y que el fin del procedimiento esté enmarcado en la normativa constitucional y/o legal. De igual manera, con el debido proceso se busca asegurar el funcionamiento de la administración, blindar con validez el procedimiento, y buscar garantizar la seguridad jurídica. En ese sentido, la Corte ha establecido unas garantías mínimas para el debido proceso administrativo:

*“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) **a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico,** (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”⁵ (Resaltado fuera del texto)*

Lo anterior, implica que el debido proceso funciona como garantía de validez de los procesos administrativos. Así, cualquier procedimiento llevado a cabo sin considerar el debido proceso, es inválido. Como consecuencia de las consideraciones anteriores, el debido proceso es obligatorio para toda actuación administrativa.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2019 – [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2017 – [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Para el efecto el legislador ha previsto procedimientos administrativos especiales que regulan facultades y materias específicas. Aquellas que no tienen procedimiento especial se rigen por el procedimiento administrativo general establecido en el título III de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente al caso puntual objeto de consulta, se encuentra que:

- No existe un procedimiento específico para ordenar la suspensión de la actividad autorizada, a causa del incumplimiento del acto administrativo respectivo, a la que se refiere el artículo 21 del Decreto Distrital 552 de 2018;
- La suspensión dispuesta en el referido artículo 21 no reviste el carácter de sanción por lo que no se rige por el procedimiento administrativo sancionatorio regulado por la Ley 1437 de 2011, como tampoco por el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, habida cuenta de que no se trata de un asunto relacionado con ejecución contractual sino con el cumplimiento de actos administrativos.
- En consecuencia, para el caso particular consultado, esto es para ordenar la suspensión de las actividades autorizadas, con lo cual, como se ha dicho opera la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de permiso o autorización, se rige por el procedimiento administrativo general establecido en el título III de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con lo que se garantiza el debido proceso.

3. Creación de procedimientos administrativos sancionatorios

La Constitución Política en su artículo 84 establece que cuando un derecho o actividad ha sido regulado de manera general, las entidades Públicas no podrán establecer o exigir permisos o licencias adicionales. Por su parte, el numeral 2 del artículo 150 de la Carta Política establece, como parte de las funciones del Congreso de la República, expedir los Códigos para cada tema. El Consejo de Estado ha interpretado de forma integral dichos artículos estableciendo que configuran reserva de Ley para regular procedimientos administrativos. Esto es, que la regulación de códigos y procedimientos administrativos se reserva al Congreso de la República. En ese sentido, ha establecido:

“Por otra parte, se ha sostenido que esta misma ratio de reserva legal se extiende a la creación o modificación de los procedimientos

administrativos, aspecto frente al cual también cabe poner el énfasis en que la Constitución Política de 1991 dotó al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente de atribuciones especiales: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” (artículo 150.2 superior).

(...)

*Así las cosas, la Sala precisa que el ordenamiento jurídico ha indicado que **la competencia para crear los procedimientos administrativos es una prerrogativa del legislador y no de la autoridad administrativa**, máxima que se ha instalado en virtud del artículo 150 de la Constitución, pues, al tenor de esta disposición, es el legislador la única autoridad competente para expedir códigos y, bajo esta línea, crear los procedimientos administrativos por los cuales transitará la función administrativa.”⁶ (Subrayado fuera del texto)*

Así, la creación de procedimientos administrativos en general, incluyendo a los procedimientos administrativos sancionatorios, es competencia únicamente del Congreso de la República. Esto implica, naturalmente, que las entidades públicas que ejercen funciones de autoridades administrativas, no podrán crear los propios.

En el mismo sentido y de forma complementaria se ha pronunciado la Corte Constitucional, que ha establecido que los procedimientos administrativos especiales deben regularse a través de ley e incorporarse al Código Administrativo, en nuestro caso el CPACA, con fines de sistematización.⁷

Por lo anterior, no es posible emitir un reglamento de procedimiento administrativo, pues el DADEP no tiene la competencia, que, tiene reserva legal del Congreso de la República. Así, de crearse, este sería inválido.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2020. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero] Radicación: 11001-03-26-000-2013-00114-00 (48183).

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 252 de 1994. [M.P Drs. VLADIMIRO NARANJO MESA Y ANTONIO BARRERA CARBONELL]

- No, el DADEP no tiene facultades sancionatorias en relación con incumplimientos a actos administrativos de permiso o autorización, en tanto no existe ley alguna que se las haya otorgado. Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Distrital 552 del 26 de septiembre de 2018 puede suspender las actividades autorizadas o los permisos otorgados, habida cuenta que dicha suspensión no tiene alcance sancionatorio, por lo que se trata de una actuación administrativa que se rige por el procedimiento administrativo común y principal establecido en el título III de la Ley 1437 de 2011, específicamente en el artículo 34 y concordantes.
- Sí, se debe aplicar el debido proceso para revestir de validez las actuaciones administrativas. De no garantizarse, no se podrá hacer efectiva la condición resolutoria prevista en las resoluciones mencionadas. Como se ha mencionado, en el contexto particular consultado, el debido proceso se garantiza acatando las reglas del procedimiento administrativo común y principal establecido en el título III de la Ley 1437 de 2011, específicamente el artículo 34 y concordantes.
- La creación de procesos administrativos sancionatorios son facultad del legislador, por lo cual, cualquier procedimiento creado por la entidad estará viciado de ilegalidad, por no haber sido emitido por un órgano competente para hacerlo.
- En conclusión, frente al supuesto específico puesto a consideración, en los casos en que medien suficientes evidencias del incumplimiento de actos administrativos que autorizan actividades o se otorguen permisos sobre espacio público, el DADEP puede, con amparo en el precitado artículo 21 del Decreto Distrital 552 del 26 de septiembre de 2018, emitir acto administrativo en el cual se acrediten los soportes de dicho incumplimiento, se ordene la suspensión de la actividad, y en consecuencia con la suspensión por incumplimiento, se declare la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que otorgó el permiso o autorización, adelantando el procedimiento administrativo común y principal establecido en el artículo 34 y concordantes del título III de la Ley 1437 de 2011, garantizando en consecuencia, lo previsto en cuanto a recursos en el artículo 74 de la misma Ley 1437 de 2011.

Quedamos atentos a cualquier inquietud adicional en torno al análisis realizado.

Cordialmente,

Carrera 7 # 115-60 Zona F
Oficina 302
Centro Comercial Hacienda Santa Bárbara
Celular: 3103178211
Correo E: defensajuridica@avellanedaayasociados.com
www.avellanedaayasociados.com



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

SANDRA PATRICIA AVELLANEDA AVENDAÑO

Gerente AvellanedaA & Asociados

Carrera 7 # 115-60 Zona F
Oficina 302
Centro Comercial Hacienda Santa Bárbara
Celular: 3103178211
Correo E: defensajuridica@avellanedaayasociados.com
www.avellanedaayasociados.com