

# El control fiscal y la función pública atribuida a los curadores urbanos

URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA

## I. INTRODUCCIÓN

Las vicisitudes jurídicas que se presentan en torno al ejercicio del control fiscal respecto de los curadores urbanos deben ser estudiadas dentro de un marco dual, esto es, en el contexto normativo que regula la gestión fiscal ejercida por los particulares, pero a su vez sin perder de vista la específica configuración del derecho urbano como telón de fondo de dicha actividad.

Desde tal perspectiva, intentaremos aproximarnos a la problemática esbozada mediante un desarrollo metodológico que en primera instancia traza –en ceñido sumario y en un tono analítico y descriptivo– el concepto de la gestión fiscal y la estructura del control fiscal, para luego entrar a configurar el boceto sobre el alcance de esa gestión respecto de la actividad desplegada por los curadores urbanos, espacio en el cual se analizarán los aspectos relevantes que abarcan tal escenario.

## II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: LA GESTIÓN Y EL CONTROL FISCAL

El artículo 267 de la Constitución Política (en adelante C. P.) prevé como misión básica de la Contraloría General de la República la de “vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”<sup>1</sup>, facultad que el artículo 272, inciso 6.º íd., a su vez hace extensiva a los contralores territoriales.

1 Función que se complementa con la contenida en el numeral 5 de la C. P. el cual prescribe como una atribución del Contralor General de la República la de “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal”.

Pues bien, la *gestión fiscal* es una especie de la *función administrativa* –en el contexto de la *función pública*, en sentido amplio–, que alude de manera específica a la potestad de administrar o manejar el patrimonio del Estado.

Dicha gestión se orienta por los principios previstos en el artículo 267 de la C. P. (desarrollados en la Ley 42 de 1993), que aluden a la *eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales*, y dada la postulación anunciada en el párrafo precedente, del mismo modo por los principios que rigen la función administrativa (artículos 209 de la C. P. y 3.º de la Ley 489 de 1998).

Si bien no existe una conceptualización normativa de la “gestión fiscal” para efectos del control fiscal, en la Ley 610 de 2000 se establece una definición prevista dentro del ámbito de la responsabilidad fiscal, así:

Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (art. 3.º).

Entonces se puede afirmar que la gestión fiscal es la *capacidad jurídica* que posee la administración pública o un particular, según el caso, para *administrar* el patrimonio del Estado. Esa *capacidad jurídica* le otorga al agente una *disponibilidad jurídica* sobre dicho patrimonio, y lo coloca a su vez en una *posición de garante* frente al mismo<sup>2</sup>. Sobra decir que esa “disponibilidad jurídica” es una facultad que se deriva de manera expresa de la Constitución o la ley<sup>3</sup>.

2 Cfr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 167 y ss.

3 “Como bien se aprecia, se trata de una definición [se refiere a la precitada del artículo 3.º de la Ley 610 de 200] que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a

Por otra parte, el control fiscal es una función pública cuyo ejercicio se atribuye a la Contraloría General de la República (artículo 267 de la C. P.), órgano de control en la estructura del Estado (artículo 117 de la C. P.), y a las contralorías territoriales (artículo 272, inciso 6.º de la C. P.)<sup>4</sup>.

El control fiscal,<sup>5</sup> por lo tanto, se ejerce dentro del límite de la vigilancia de la gestión fiscal, pues no todos los actos funcionales (función pública y administrativa) son expresión de actos de gestión fiscal. Así, en algunos casos, debido a la especialidad del ente público –principalmente derivada del concepto de autonomía funcional–, dicha vigilancia –control fiscal– se limita en forma exclusiva a los actos específicos de administración del patrimonio público, dejando a salvo los demás actos funcionales autónomos del ente vigilado.

Así acaece, v. gr., respecto del Banco de la República, el cual si bien es señalado como un sujeto de control fiscal por la Ley 42 de 1993, ese control se ejerce "en el entendido que respecto de éste [el banco] y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga", como lo precisó la Corte Constitucional<sup>6</sup>.

Entonces, bajo las premisas esbozadas con brevedad, podemos concluir: 1. La vigilancia fiscal, por medio del control fiscal, únicamente procede cuando el sujeto público o privado administra o maneja (gestión fiscal) un patrimonio de carácter estatal; 2. La vigilancia de la gestión fiscal que ejercen las contralorías por medio del control fiscal es integral sobre aquellos sujetos que administran o manejan patrimonio público (control de legalidad), con el fin de aplicarlo al cumplimiento de los fines del Estado social (control de resultados), mediante un proceso eficiente de gerencia pública (control de gestión), todo dentro de parámetros de efectividad (eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales); 3. La vigilancia de la gestión fiscal es restringida en el caso de que el capital público haga parte de un capital social integrado del mismo modo por capitales privados; 4. La vigilancia de la gestión fiscal es restringida en aquellos casos en que el sujeto de control, por vía de su autonomía funcional, sólo dedica un segmento de su actividad a la administración del patrimonio público y sólo en la medida en que lo haga.

De los anteriores aspectos reseñados, en el caso de los particulares, debemos destacar el supuesto condicional del control fiscal –como expresión

tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado." Corte Constitucional. Sentencia C- 840 de 2001.

4 La Auditoría General de la República, por su parte, ejerce control fiscal sobre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

5 Como una de varias herramientas técnicas que el ordenamiento jurídico otorga a la Contraloría para ejercer esa vigilancia sobre la gestión fiscal.

6 Sentencia C- 529 de 1993.

de la vigilancia de la gestión fiscal—, cual es el que dicho particular *administre patrimonio del Estado* (recursos o bienes).

Este postulado surge con nitidez del propio ordenamiento constitucional, en el precepto ya citado, y se acopla del mismo modo por medio de la ley.

Así, el artículo 4.º de la Ley 42 de 1993, replicando el texto constitucional, insiste en que el control fiscal “es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de *los particulares* o entidades que *manejen fondos o bienes del Estado* en todos sus órdenes y niveles” (cursivas nuestras), y sobre esta base, el artículo 2.º de la misma ley señala que son sujetos de control fiscal “los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, *los particulares que manejen fondos o bienes del Estado*, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República” (cursivas nuestras)<sup>7</sup>.

Por lo tanto, en el caso de los curadores urbanos, el control fiscal procede sólo en la medida en que dicho particular, que cumple una función pública,

7 La jurisprudencia, con tales bases normativas, lo ha igualmente precisado, en apartes que se citan con un simple ánimo referencial dada la nitidez de los postulados normativos: “Para la Corte, la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación”. Corte Constitucional. Sentencia C- 167 de 1995. / “El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos” (cursivas nuestras). Corte Constitucional. Sentencia C- 374 de 1995 / “El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar—mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno— que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley.” (cursivas nuestras) Corte Constitucional. Sentencia C- 586 de 1995. / “Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.” (cursivas nuestras) Corte Constitucional. Sentencia C- 1191 de 2000.

ejerza a su vez actos de gestión fiscal, es decir de administración y manejo del patrimonio del Estado.

En la circunstancia anterior, además, el ente competente para ejercer el control fiscal será la contraloría distrital y municipal que corresponda al nivel territorial en donde ejerza sus funciones el curador, y no la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República sólo adquiere competencia para ejercer esa vigilancia desplazando a la correspondiente contraloría territorial, por virtud del control fiscal excepcional reglamentado en la ley<sup>8</sup>.

Pues bien, bajo esta somera delimitación, procederemos a verificar el alcance de dicha gestión fiscal respecto de la función pública encomendada a los *curadores urbanos*, con el fin de deducir cuál es el alcance del control fiscal que pueden ejercer las contralorías sobre tales particulares.

### III. LA FUNCIÓN PÚBLICA EJERCIDA POR EL CURADOR URBANO

Bien se sabe que, de acuerdo con la Constitución Política, los particulares pueden ejercer funciones públicas bajo el principio de la denominada "descentralización por colaboración"<sup>9</sup>, con base en uno de los *deberes* consagrados en el artículo 95 de la C. P., según el cual la persona y el ciudadano deben "*participar en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*" (num. 5)<sup>10</sup>.

Pues bien, esta "concepción material de los asuntos públicos"<sup>11</sup> permite que los particulares<sup>12</sup> se vinculen a la gestión de tales asuntos, para lo cual la propia Constitución le atribuye de manera general al *legislador*, por medio

8 El artículo 26 de la Ley 42 de 1993 prescribe: "La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos: a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales. b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley". Por su parte, el artículo 63 de la Ley 610 de 2000 señala: "La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política".

9 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C- 308 de 1994, C- 226 de 1994, C- 360 de 1994, C- 166 de 1995, C- 492 de 1996, C- 181 de 1997, C- 399 de 1999 y C- 543 de 2001.

10 "Esta Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones administrativas." Corte Constitucional. Sentencia C- 543 de 2001.

11 Corte Constitucional. Sentencia C- 181 de 1997.

12 El concepto "particular" encierra las categorías tanto de persona natural como jurídica. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C- 091 de 1997.

del artículo 150- 23, la *competencia plena e integral* para expedir las leyes que rijan el ejercicio de tales funciones públicas, señalando a su vez, en el último inciso del artículo 123 íd., que "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

En este mismo sentido, el artículo 210 íd. advierte, en el enunciado final de su inciso primero, que "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley" (enunciado desarrollado, entre otras leyes, por la 489 de 1998).

Así las cosas, el legislador, que es la autoridad titular de la competencia reglamentaria en las materias que nos ocupan, a su vez posee una amplia potestad reguladora (principio de *libertad de configuración del legislador*<sup>13</sup>), pudiendo asignar funciones públicas a los particulares sin obtener su previo consentimiento<sup>14</sup>, y sin establecer, incluso, una retribución específica para el particular que ejerza tales funciones públicas<sup>15</sup>.

Por lo tanto, a la ley –en sentido material, como se ha visto– no sólo se le atribuye la regulación del ejercicio de las funciones públicas y administrativas por parte de un particular, sino igualmente la determinación de las reglas precisas para ese ejercicio, en los ámbitos funcionales, procedimentales y de control, entre otros.

Bajo los anteriores postulados, el legislador decidió asignar a un particular denominado *curador urbano* el ejercicio de una función pública, determinando para ello de manera precisa y explícita el contenido material de dicha función concedida, así:

En su origen normativo, esto es el Decreto 2150 de 1995, se afirmó en el inciso tercero del artículo 49:

A partir de los 6 meses siguientes a la vigencia de este decreto, los municipios y distritos con población superior a 100.000 habitantes deberán encargar la expedición de licencias de urbanización y construcción a curadores urbanos, quienes estarán obligados a dar fe acerca del cumplimiento de las normas vigentes aplicables en cada caso particular y concreto.

A renglón seguido, el artículo 50<sup>16</sup> íd. señaló:

13 Sobre este principio ver, entre otras, las sentencias C- 273 de 1999 y C- 995 de 2001.

14 Corte Constitucional. Sentencia C- 091 de 1997.

15 "Al fin y al cabo, ésta es una forma de "participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución", Corte Constitucional. Sentencia C- 091 de 1991.

16 Derogado expresamente por el numeral 9 del artículo 138 de la Ley 388 de 1997.

Definición de curador urbano. El Curador Urbano es un Particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las licencias de Urbanismo o de Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción.

La Curaduría Urbana implica el ejercicio de una función pública, para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el Distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y construcción.

Por su parte, el artículo 101 de la Ley 388 de 1997 prescribió:

Curadores urbanos. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción. / La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

Posteriormente, el artículo 9.º de la Ley 810 de 2003 (modificatorio del artículo 101 de la Ley 388 de 1997) reafirmó:

El Curador Urbano como particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, para el loteo o subdivisión de predios a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

La Curaduría Urbana implica el ejercicio de la función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción [...].

De los precitados cánones legales se deduce sin dificultad alguna que la función pública ejercida por el curador urbano es la de verificar "el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el Distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción".

Tal como se aprecia, el legislador, autoridad competente para reglamentar el ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares –como se ha dicho–, y en ejercicio de la *libertad de configuración* que posee en esas materias, delimitó de manera expresa y clara la función pública asignada a los curadores urbanos, la cual se circunscribe de manera exclusiva a *verificar* el cumplimiento de las normas urbanísticas de los proyectos que los particulares someten a su consideración, sin que quepa al operador jurídico deducir de tal categoría normativa competencias implícitas o funciones complementarias distintas de las positivas contenidas en la propia materia urbanística.

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española (DRAE), el verbo transitivo "verificar" significa "Comprobar o examinar la verdad de una cosa"<sup>17</sup>. Es decir que la función del curador consiste en "comprobar o examinar" la *veracidad del cumplimiento* de las normas urbanísticas y de edificación distritales, frente a los usuarios que presenten proyectos urbanísticos y de construcción, con el fin de obtener una licencia de esa naturaleza.

No puede perderse de vista, además, que en esta materia, dado su carácter excepcional (atribución de funciones públicas a particulares por parte de la ley), la interpretación de las competencias otorgadas a dichos particulares tiene un carácter restrictivo, no siendo admisible, por lo tanto, interpretaciones extensivas, analógicas o implícitas, pues con ello, además de transgredir el principio de legalidad que rige la función pública, el cual, de acuerdo con el artículo 121 de la C. P. consiste en que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la constitución y la ley", y el artículo 6.º de la misma C. P. que precisa: "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", se menoscabaría del mismo modo el principio de separación de poderes, de acuerdo con el cual en nuestro Estado de derecho las autoridades no pueden invadir las competencias definidas en la Constitución y la ley de otras autoridades, en este caso de la rama legislativa del poder público, al atribuir competencias funcionales no asignadas por dicha rama –por medio del Congreso de la República, mediante la ley–, a los curadores urbanos.

En suma, la función pública ejercida por el curador urbano corresponde en el plano del derecho urbano a la situación de un particular a quien el ordenamiento jurídico le ha atribuido la misión de dar fe<sup>18</sup> del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en los distritos o mu-

17 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, t. 2, vigésima primera edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 2.079.

18 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta 974 de 1997. "La licencia urbanística y de construcción la expiden, en los municipios y distritos con población superior a cien mil habitantes, el Curador Urbano encargado de dar fe del cumplimiento de las



nicipios, y con base en tal rol, la de expedir las licencias de urbanismo o de construcción a solicitud de las partes interesadas, actividad reglada que a su vez presupone una subordinación directa con el interés público<sup>19</sup>, dada la afectación que tales decisiones provocan respecto del espacio público y el medio ambiente.

#### IV. LA FUNCIÓN PÚBLICA EJERCIDA POR EL CURADOR EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO DE DELINEACIÓN URBANA

En primer lugar, se hace necesario verificar el marco normativo que rige el impuesto de delineación urbana, pues de dicha regulación se determina la competencia para ejercer sobre el mismo funciones de verificación y control.

En efecto, el impuesto de delineación urbana fue creado por la Ley 97 de 1913<sup>20</sup> para la ciudad de Bogotá, y autorizado a todos los municipios por la Ley 84 de 1915<sup>21</sup>.

normas aplicables y, en los municipios de población inferior, los alcaldes o secretarios de planeación."

19 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente n.º 5692 del 2 de diciembre de 1999.

20 "Art. 1º El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la asamblea departamental: a) El de expendio a los consumidores de los licores destilados. Se exceptúa el alcohol desnaturalizado que se destine a objetos industriales; b) Impuesto sobre el consumo de tabaco extranjero, en cualquier forma; c) Impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo legítimo de las minas y el aprovechamiento legítimo de las aguas; d) Impuesto sobre el servicio de alumbrado público; e) Impuesto sobre el barrido y la limpieza de las calles. Par.- La imposición de las contribuciones de que tratan los incisos marcados con las letras d) y e), envolverá implícitamente la derogación de los que hoy se hallaren establecidos por la misma causa; f) Impuesto de patentes sobre carruajes de todas clases y vehículos en general, incluidos los automóviles y velocípedos; sobre establecimientos industriales, en que se usen máquinas de vapor o de electricidad, gas y gasolina; sobre clubs, teatros, cafés cantantes, cinematógrafos, billares, circos, juegos y diversiones de cualquiera clase, casas de préstamo y empeño, pesebreras, establos, corrales, depósitos, almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase; g) Impuesto de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios o de refacción de los existentes; h) Impuestos de tranvías; i) Impuestos sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y análogas; j) Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas; k) Impuestos por colocación de avisos en la vía pública, interior y exterior de coches, de tranvía, estaciones de ferrocarriles, cafés y cualquier establecimiento público; l) Impuesto de inscripción de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato, cualquiera que sea su denominación, y m) Impuesto sobre carbón mineral, que transite o que se consuma dentro de los términos del respectivo municipio" (cursivas nuestras).

21 "Art. 1.º. Los concejos municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913. a) Las que le fueron conferidas al munici-

El artículo 1.º de la Ley 97 de 1913 determinaba que "El Concejo municipal de la ciudad puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea departamental. [...] g) Impuestos de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios y refacción de los existentes".

Posteriormente, el Decreto- Ley 1333 de 1986<sup>22</sup> (art. 213, literal b), o Código de Régimen Municipal, retomó dicho impuesto para los casos de "construcción de nuevos edificios o refracción de los existentes", derogando en esta materia la Ley 97 de 1913<sup>23</sup>.

pio de Bogotá por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las asambleas departamentales les hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones [...].

- 22 En la sentencia C- 504 de 2002, la Corte Constitucional "asumió que el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986 no derogó las disposiciones contenidas en el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, interpretación que le permitió pronunciarse de fondo frente a los cargos formulados contra los literales e) e i) de ese artículo. Según el actor, estos literales violaban los artículos 313- 4 y 338 de la Carta Política en la medida en que trasladaban indebidamente la potestad tributaria del Congreso de la República al concejo de Bogotá, sin que el legislador fijara parámetro alguno, incumpliendo de esta forma la atribución constitucional de establecer los elementos de los tributos. La Corte reiteró que si bien el Congreso tiene la potestad exclusiva para fijar los elementos de los tributos del carácter nacional, no ocurre lo mismo al ejercer esta atribución frente al orden territorial, en el cual, según el artículo 338 superior, el legislador crea o autoriza la creación de los tributos, pudiendo señalar algunos de sus elementos esenciales, dejando a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales el establecimiento de los elementos del tributo no fijados en la ley". Corte Constitucional. Sentencia C- 1043 de 2003. En esta misma sentencia la Corte precisó: "Según lo expuesto hasta aquí, los literales a), b), e), f), g), h), j), l), y m) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 fueron derogados por legislación posterior. El literal c) fue declarado inexecutable en la Sentencia C- 221 de 1997. De otro lado, en el auto admisorio se rechazó la demanda contra los literales d) e i) dado que en ellos opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (Sent. C- 504/2002); por tal razón, la Corte no se adentrará a verificar la conformidad de estas normas con la Carta Política. Por consiguiente, el examen de constitucionalidad en esta ocasión se llevará a cabo sólo sobre el literal k) de aquella disposición de 1913". Corte Constitucional. Sentencia C- 1043 de 2003. En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró exequible el literal k del artículo 1.º de la Ley 97 de 1913.

- 23 "1.2.6. Impuesto de delineación urbana. Dispone el literal g) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 que el Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente el "impuesto de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios o de refacción de los existentes". El Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal incluye este tributo dentro del acápite: "Otros impuestos municipales". En el artículo 233 señala que "Los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales: [...] b) Impuesto de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios y de refacción de los existentes: [...]". Con el mismo criterio de interpretación aplicado en la Sentencia C- 221 de 1997, la Corte observa que el literal g) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 fue derogado en 1986 por el Código de Régimen Municipal. Por lo

El artículo 233 del referido Decreto- Ley 1333 de 1986 señala en su artículo 233 que: "Los Consejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen mas conveniente para atender a los servicios municipales. [...]  
b) Impuestos de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios y refacción de los existentes".

Por otro lado, el artículo 158 del Decreto- Ley 1421 de 1993 prescribe que "La base gravable para la liquidación del Impuesto de Delineación urbana en el Distrito Capital, será el monto total del presupuesto de obra o construcción. La entidad distrital de planeación fijará mediante Normas de carácter general, el método que se debe emplear para determinar el presupuesto, y podrá establecer precios mínimos de costo por metro cuadrado y por estrato. *El impuesto será liquidado por el contribuyente.* El Concejo fijará la tarifa entre el uno (1) y el tres (3) % [...]" (cursivas nuestras).

Y en relación específica con las *funciones de fiscalización* sobre el impuesto de delineación urbana, el artículo 161 del precitado Decreto- Ley 1421 de 1993 advierte: "Corresponde a la Administración tributaria la gestión, recaudación, *fiscalización*, determinación, discusión, devolución y cobro de los tributos distritales" (cursivas nuestras).

De acuerdo con la normatividad citada, en el caso del Distrito Capital las funciones de fiscalización son una atribución (deber legal) exclusivo de la administración tributaria, en cabeza de la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda. Es a esta Dirección, por lo tanto, a la que le compete confrontar el cumplimiento de las disposiciones tributarias, mediante la comprobación de la exactitud y corrección de las declaraciones y liquidaciones correspondientes.

La función del curador en esta materia se limita a verificar la *acreditación* del pago del impuesto, es decir única y exclusivamente a comprobar que este ha sido pagado por parte del usuario, ya que el verbo transitivo "acreditar", según el DRAE, es "Hacer digna de crédito alguna cosa, probar su certeza o realidad"<sup>24</sup>. Es decir que el curador sólo tiene que *verificar* ("Comprobar o examinar la verdad de algo") la *acreditación* del impuesto por parte del usuario (quien debe probar su certeza o realidad), usuario que además es a quien la ley le atribuye el deber de liquidar el impuesto (autoliquidación).

Por estas razones se puede afirmar que el curador urbano no realiza *gestión fiscal* alguna sobre el impuesto de delineación urbana, pues no adelanta actividad económica, jurídica o tecnológica tendiente a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación,

tanto, frente a este precepto esta corporación se inhibirá para emitir pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto." (cursivas nuestras). Corte Constitucional. Sentencia C- 1043 de 2003.

24 Real Academia Española. Ob. cit., t. 1, p. 33.

enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de dicho impuesto, y menos función alguna tendiente a que con su recaudo, manejo o inversión se satisfagan los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales, tal y como lo enuncia el artículo 3.º de la Ley 610 de 2000<sup>25</sup>.

Precisamente bajo este criterio la reglamentación expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por medio del Decreto 564 de 2006 mediante el cual se “reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos; a la legalización de asentamientos humanos constituidos por vivienda de interés social, y se expiden otras disposiciones”, se señala en el artículo 108, parágrafo 1.º, que: “Sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar por el incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, el curador urbano solamente debe verificar que el contribuyente acredite el pago de las obligaciones tributarias que se causen con ocasión de la expedición de la licencia”.

Entonces la función pública del curador urbano se circunscribe “solamente” al evento de “verificar” la acreditación del pago del impuesto, siendo esa la única actividad exigible que puede ser configurada como gestión fiscal, y por lo tanto, en ese preciso límite, objeto de control fiscal y de eventuales responsabilidades de ese orden.

Así el parágrafo 3.º del mismo artículo 108 del ya citado Decreto 564 de 2006 señala el deber para que los curadores remitan a la administración

25 Tal aserto ha tenido respaldo en la doctrina del Consejo de Estado, mediante el concepto 1.650 de 2 de junio de 2005, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, a petición del Contralor General de la República, afirmó de manera conclusiva sobre el punto, luego de revisar el alcance jurídico del concepto de “gestión fiscal”, y de examinar la hermenéutica escueta del régimen normativo del impuesto de delineación urbana: “En estos términos, resulta claro para la Sala que no es dable predicar que los curadores urbanos realizan actos de gestión fiscal sobre los recursos que el distrito capital, recauda, controla, administra y fiscaliza por concepto del impuesto de delineación urbana, cuando su actividad en este tema, en particular, se circunscribe solamente a verificar que el contribuyente cumpla con las obligaciones tributarias que se causen con ocasión de la licencia, sin que dentro de sus obligaciones se encuentre la de revisar su consistencia técnica o económica del presupuesto de obra, el cual se determina por el contribuyente de acuerdo con una metodología prevista por el Departamento Administrativo del Distrito Capital (sic). Tampoco recauda, ni administra, ni custodia esos dineros [...]. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda derivar para el curador cuando proceda a expedir la licencia sin constatar el pago del impuesto o no advierta a la administración sobre errores en su liquidación”. Del mismo modo, esta tesis ha sido avalada por la Contraloría General de la República. Cfr. Resolución n.º 0026 del 30 de agosto de 2007 proferida por el Contralor General de la República, mediante la cual decidió el grado de consulta respecto del auto n.º 000415 del 25 de junio de 2007, emitido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios y Jurisdicción Coactiva, dentro del proceso de responsabilidad fiscal n.º 50100- 346 de 2005.

distrital "la información necesaria para facilitar el control oportuno de la declaración, liquidación y pago de las obligaciones tributarias asociadas a la expedición de licencias urbanísticas", todo de acuerdo con una reglamentación que debe expedir la autoridad competente<sup>26</sup>.

Por lo tanto, es claro respecto del curador urbano la ausencia de una función de fiscalización o control sobre el impuesto de delineación urbana<sup>27</sup>,

26 En el caso de Bogotá, la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda Distrital expidió la Circular 002 del 4 de septiembre de 2006, con el objeto de facilitar el control fiscal del impuesto de delineación urbana y en la cual especifica la información que debe ser reportada por los curadores urbanos del Distrito Capital en relación con las licencias de construcción y reconocimiento de construcción.

27 En el caso de Bogotá, tenemos circunscritas dichas funciones de control y verificación sobre el impuesto, así: El artículo 161 del Decreto- Ley 1421 de 1993 prescribe que "Corresponde a la Administración Tributaria la gestión, recaudación fiscalización, determinación discusión, devolución y cobro de los tributos distritales [...]". El artículo 162 del precitado decreto prescribe que "Las normas del Estatuto tributario Nacional sobre procedimientos [...] serán aplicables en el Distrito Capital conforme a la naturaleza y estructura funcional de los impuestos de este". Por su parte, el artículo 5.º del Decreto Distrital 352 de 2002 señala que "Sin perjuicio de las normas especiales y lo dispuesto en el artículo 98 de este decreto, le corresponde a la administración tributaria Distrital, la gestión, recaudación, fiscalización, determinación, discusión, devolución y cobro de los tributos distritales" (cursivas nuestras). Y el artículo 59 del anterior decreto indica que "La Dirección Distrital de Impuestos tiene amplias facultades de fiscalización e investigación respecto de los impuestos que de conformidad con los decretos 1421 de 1993 y 352 de 2002, le corresponde administrar, y para el efecto tendrá las mismas facultades de fiscalización que los artículos 684, 684- 1; 684- 2 y 684- 3 del Estatuto Tributario Nacional le otorguen a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Para efectos de las investigaciones tributarias distritales no podrá oponerse reserva alguna. Las apreciaciones del contribuyente o de terceros consignadas respecto de hechos o circunstancias cuya calificación compete a las oficinas de impuestos no son obligatorias para estas" (cursivas nuestras). Por su lado, el Estatuto Tributario Nacional (Decreto Extraordinario 624 de 1989) señala en su artículo 684 cuáles son las facultades de fiscalización e investigación de que goza la administración tributaria, que, como ya se vio, son extensibles a la administración tributaria distrital. Señala la referida norma: "La Administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales. Para tales efectos podrá: - Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario. - Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados. - Citar o requerir al Contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios. - En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al Contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación". Por otra parte, el Decreto Distrital 0946 de 2001, de la Secretaría de Hacienda, y la Resolución 461 de 2002, dirigida a los entes recaudadores, indican qué deben controlar, cómo lo deben hacer y cómo se reporta a la Secretaría de Hacienda dicha información. En conclusión, en el Distrito Capital, es a la Administración Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda a la que le compete ejercer las funciones de verificación y control sobre el impuesto de delineación urbana, y no a los curadores urbanos, como se ha podido ver, y por lo tanto no es dable atribuirles a dichos curadores gestión fiscal alguna respecto de esa función.

con lo cual el límite de su función se circunscribe solamente a la verificación del pago, como ya se dijo, siendo ese el límite de la gestión fiscal y, por lo tanto, del propio control fiscal.

## V. LA FUNCIÓN PÚBLICA EJERCIDA POR EL CURADOR EN EL CONTEXTO AMBIENTAL

Según se ha visto, la función pública ejercida por el curador urbano es la de verificar "el cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el Distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción".

Tal actividad supone la confrontación de los proyectos de urbanización y de construcción frente a la normativa urbana, tanto de orden nacional, como aquella expedida por las autoridades del orden distrital y municipal, especialmente las contenidas en los planes de ordenamiento territorial correspondientes.

Así, es obvio que el principio de legalidad que rige el ordenamiento urbano comporta la aplicación de una reglamentación ambiental, ámbito en el cual concurren la normatividad de orden nacional, y en el caso de los distritos y municipios, a más de esa normativa, la específica emitida por las autoridades administrativas de ese orden.

Pero obsérvese que la función encomendada al curador urbano se limita a la aplicación de las normas urbanísticas vigentes, régimen normativo que ha sido previamente delimitado, integrado y expedido por las autoridades competentes para regular tales materias (nacionales, distritales y municipales), razón por la cual no puede afirmarse en estricto sentido que aquella función entraña una "gestión ambiental", pues este concepto solamente les es atribuible a estas autoridades públicas encargadas de producir tal normatividad (espacio público<sup>28</sup> y medio ambiente<sup>29</sup>) y de controlar y proteger esos bienes colectivos<sup>30</sup>.

28 Refiriéndose al precitado artículo 5.º de la Ley 9.ª, ha precisado el máximo tribunal constitucional que aquella definición "amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil (C. C., arts. 674 y 678), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva. En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general) y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos (bienes "privados" del Estado)". Corte Constitucional. Sentencia SU- 360 de 1999. En el mismo sentido, Sentencia SU- 601A de 1999.

29 En efecto, la incorporación del concepto ambiental es una variable básica del ordenamiento territorial. Así, la Ley 388 de 1997 precisó en su artículo 10.º: "En la elaboración y adopción de sus planes

El curador urbano sólo es gestor fiscal por el cumplimiento del *principio de legalidad* que rige su función de garantizar el cumplimiento de la normatividad urbanística, actividad que si bien entraña un impacto sobre el espacio público y el medio ambiente, no es en la catalogación de la gestión fiscal ambiental en que se ubica, insisto, dada justamente aquella parametrización reglada que precede y que debe reflejarse en sus decisiones, todo bajo el entendido de que la disponibilidad jurídica sobre tal espectro ambiental (gestión ambiental) ya ha sido valorada y regularizada por las autoridades competentes para reglamentar esos temas.

Entonces, dadas las anteriores precisiones conceptuales, es obvio que el control fiscal aplicable a los curadores urbanos no es el control de gestión<sup>30</sup> de carácter ambiental, sino el *control fiscal de legalidad*<sup>31</sup> sobre los actos expedidos por dicho agente (licencias), los cuales implican la administración de la normatividad urbanística, actividad que a su vez encierra, *per se*, ese rol de "fedante" y de interés público ya señalado.

Ahora bien, si, *v. gr.*, por un errado proceder funcional el curador urbano autoriza intervenciones de urbanización o construcción que vulneran la

de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la constitución y las leyes: 1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así: a. Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas del estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre el uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales. b. Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alinderamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las normas y directrices para el manejo de cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción; y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de áreas de especial importancia ecosistémica. c. Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales. d. Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales [...].

30 Por su parte el artículo 12 de la precitada Ley 42 señala: "El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad".

31 El artículo 11 de la Ley 42 de 1993 precisa: "El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables".



normatividad urbanística vigente en el ente territorial, y con ese menoscabo al principio de legalidad de su función se produce a su vez un deterioro ambiental, tal situación conllevaría una responsabilidad de carácter fiscal que autorizaría a la Contraloría correspondiente a adelantar un proceso de esa naturaleza en contra del curador, con el fin de pretender la reparación patrimonial derivada de dicho daño.

En este caso, la Contraloría deberá efectuar, mediante un procedimiento técnico, la valoración económica del daño ambiental producido, para de ese modo determinar el daño patrimonial resarcible por vía procesal, causado por la violación del principio de legalidad que rige la función pública atribuible al curador urbano, siempre bajo el supuesto de la demostración de un dolo o culpa grave como título subjetivo de imputación, en el caso concreto.

## VI. LA SITUACIÓN DE LAS EXPENSAS DEVENGADAS POR LOS CURADORES URBANOS COMO RETRIBUCIÓN POR EL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Se ha discutido en el ámbito doctrinario e institucional si las expensas devengadas por los curadores urbanos como retribución por el ejercicio de la función pública a ellos encomendada tienen el carácter de recurso público, caso en el cual serían objeto de control fiscal integral –y de eventuales responsabilidades fiscales.

La tesis afirmativa de tal condición ha sido puesta en escena por la Contraloría de Bogotá<sup>32</sup> y por la doctrina del Consejo de Estado<sup>33</sup>; la Procuraduría General de la Nación tiene una opinión contraria<sup>34</sup>.

32 Según afirmación contenida en la Resolución n.º 032 del 26 de agosto de 2004, expedida por el Contralor de Bogotá, mediante la cual se "expide el reglamento para la vigilancia de la Gestión Fiscal en la Curadurías Urbanas del Distrito Capital".

33 "Como quiera que las expensas que consagró el legislador a favor de los curadores urbanos buscan recuperar los costos del servicio público administrativo de licenciamiento, a la luz de la normatividad vigente, constituyen una tasa. Y por ser erogaciones pecuniarias a cargo del usuario, producto del poder impositivo del Estado, son fondos públicos, aunque no se incorporen al Presupuesto General de la Nación. En consecuencia, sobre ellos debe ejercerse control fiscal. [...] Con fundamento en lo expuesto, la conclusión de la Sala es que los recursos que perciben las curadurías urbanas para recuperar los gastos operativos y de funcionamiento de la curaduría son ingresos públicos cuyo pago por particulares se realiza en razón de la prestación de un servicio de naturaleza administrativa y del orden municipal. [...] Las expensas que reciben los curadores urbanos son fondos de naturaleza pública, en tanto surgen de la soberanía impositiva del Estado, provienen del ejercicio de funciones públicas y corresponden materialmente al concepto de tasas." Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto n.º 1.624 del 3 de febrero de 2005.

34 Cfr. Procuraduría Primera Distrital. Auto de archivo del 22 de enero de 2008, radicación n.º 142- 134880/05.



Por nuestra parte, consideramos que tales expensas no tienen tal naturaleza pública, postura que parte de la siguiente premisa básica: Es la ley, según se ha visto, la que debe delimitar el ejercicio de la función pública atribuida al particular, intervención legislativa que incluye la definición específica del carácter remunerado o no de ese ejercicio, y por supuesto la definición precisa de la naturaleza jurídica atribuible a dicha remuneración. Tal *principio de legalidad* de la actuación pública encomendada al particular, por lo tanto, debe estar configurado en la norma de manera expresa y taxativa, pues ese rango además fundamenta el propio *principio de responsabilidad* que se le pueda ser atribuir (artículo 6.º de la C. P.).

En consecuencia, no es admisible, bajo el régimen estructural de aquellos principios, adicionar a la norma interpretaciones extensivas o analógicas que menoscaban aquellos supuestos principalistas, más otros complementarios tales como el principio de la buena fe, la seguridad jurídica y el debido proceso. Si en verdad se considera necesario catalogar tales expensas como recursos públicos, así debe expresarlo la ley en forma concreta y puntual, adicionando además las consecuencias que tal caracterización implica. Mientras la ley no lo determine, la hermenéutica debe ser restrictiva, so pena de menoscabar los principios anunciados.

Las razones jurídicas que nos llevan a la consideración enunciada son las siguientes:

1. Desde la creación de la figura del curador urbano por medio del Decreto 2150 de 1995 e incluso hasta el día de hoy, ninguna disposición legal ha señalado que las expensas previstas por la prestación de los servicios encargados a los curadores urbanos tienen la naturaleza de fondos o recursos públicos.

2. Todas las disposiciones reglamentarias de la ley, expedidas desde el Decreto 2150 de 1995, que se ocuparon de regular las expensas por la prestación de los servicios encomendados a los curadores urbanos, no sólo no disponían, expresa o tácitamente, que dichas expensas tuvieran la condición de recursos públicos, sino que, por el contrario, daban a entender que las mismas tenían la condición de recursos privados que debían destinarse al sostenimiento de la curaduría, incluida la remuneración del curador. Baste para verificar lo dicho, referir las siguientes regulaciones:

– El Decreto 1753 de 1996, reglamentario del artículo 52 del 2150, estableció las fórmulas para el cobro de las expensas, y dispuso en su artículo 10:

Art. 10. Remuneración de los curadores urbanos. Las expensas percibidas por las curadurías urbanas se destinarán al sostenimiento de las mismas, incluyendo el pago de su personal, y constituyéndose el remanente en la remuneración del Curador Urbano.

– El Decreto 2111 de 1997, reglamentario del Decreto- Ley 2150 de 1995 y de la Ley 388 de 1997, en su capítulo II "De los curadores urbanos", dispuso:

Las expensas recibidas por los curadores urbanos se destinarán al sostenimiento de las curadurías urbanas, incluyendo el pago de su personal y la remuneración del curador (art. 38).

De igual modo, en el mismo capítulo II, "De los curadores urbanos", el Decreto 2111 de 1997 reguló todo lo relacionado con las fórmulas para el cobro de las expensas que los usuarios debían pagar al curador por la prestación de los servicios a su cargo, así como su liquidación en cada caso dependiendo del tipo de actuación<sup>35</sup>. Varias de tales disposiciones expresamente consagraban que las mismas se causaban a favor del curador. Para sólo citar un ejemplo, véase el artículo 47:

Art. 47. Expensas en los casos de expedición de licencias de construcción individual de vivienda de interés social. Las solicitudes de licencia de construcción individual de vivienda de interés social, generará *en favor del curador una expensa única equivalente a cuatro (4) salarios mínimos diarios legales vigentes al momento de la radicación.*

Además de lo anterior, el artículo 61 del citado Decreto 2111 de 1997 claramente establecía que todas las expensas reguladas en su capítulo II por la prestación del servicio del curador se establecían a favor de este, y que por lo tanto, eran de su propiedad, sin perjuicio, por supuesto, de que con cargo a ellas debiera asumir los gastos necesarios para la debida prestación de los mencionados servicios. En efecto, dicho artículo –ubicado en el capítulo III "De las entidades encargadas de expedir licencias", acápite destinado a regular la prestación del servicio de estudio, trámite y expedición de licencias directamente por parte de las entidades municipales– dispuso:

Art. 61. Expensas. La prestación del servicio de estudio, trámite y expedición de licencias, causará en favor del municipio las mismas *expensas establecidas en este decreto para el curador.* [...]

– El Decreto 1052 de 1998, que derogó expresamente los decretos 1753 de 1996 y 2111 de 1997, reguló en su capítulo III todo lo relacionado con las

35 "Fórmula para el cobro de las expensas por licencias y modalidades de las licencias" (art. 41), "Liquidación de las expensas para las licencias de urbanismo" (art. 42), "Liquidación de las expensas para las licencias de construcción" (art. 43), "Liquidación de las expensas para las modificaciones a licencias" (art. 44), "Liquidación de las expensas para vivienda unifamiliar, bifamiliar o multifamiliar en serie", "Remuneración al curador en los casos de consultas" (art. 46), "Expensas en los casos de expedición de licencias de construcción individual de vivienda de interés social" (art. 47), "Fórmula para el cobro de las expensas por otras actuaciones" (art. 49), "Reajuste anual de las expensas" (art. 50).

expensas que los usuarios debían pagarle al curador por la prestación de los servicios a estos encomendados<sup>36</sup>. Dentro de dichas disposiciones se consagraron las siguientes, de las cuales claramente se desprende la naturaleza de recursos privados de las citadas expensas:

Art. 53. Expensas por los trámites ante las curadurías. Las expensas por los trámites ante las curadurías urbanas serán liquidadas por el Curador Urbano y pagadas a éste por el solicitante del trámite o la licencia, de conformidad con los términos que se establecen en este decreto.

Art. 55. Facturas por pago de expensas. Las curadurías urbanas deben expedir facturas por concepto de pago de las expensas, en los términos que para el efecto determine el estatuto tributario y demás normas que lo reglamenten.

Art. 65. Expensas en los casos de expedición de licencias de construcción individual de vivienda de interés social. Las solicitudes de licencia de construcción individual de vivienda de interés social, generarán en favor del curador una expensa única equivalente a cuatro (4) salarios mínimos diarios legales vigentes al momento de la radicación.

Luego de todo lo anterior, el Decreto 1052 de 1998 dispuso en su capítulo IV "De las entidades que intervienen en el desarrollo municipal y distrital":

Art. 78. Expedición de licencias en municipios con población inferior a cien mil (100.000) habitantes. En los municipios con población inferior a cien mil (100.000) habitantes la entidad municipal encargada de estudiar, tramitar y expedir las licencias continuará prestando ese servicio.

La prestación del servicio de estudio, trámite y expedición de licencias paralelo al curador, causará en favor del municipio las mismas expensas establecidas en este decreto para el curador.<sup>37</sup>

36 Art. 59 "Liquidación de las expensas para las licencias de urbanismo"; art. 60 "Liquidación de las expensas para las licencias de construcción"; art. 61 "Liquidación de las expensas para licencias simultáneas de construcción y urbanismo"; art. 62 "Liquidación de las expensas para las modificaciones de licencias"; art. 63 "Liquidación de las expensas para vivienda unifamiliar, bifamiliar o multifamiliar en serie"; art. 64 "Remuneración al curador en los casos de consultas"; art. 65 "Expensas en los casos de expedición de licencias de construcción individual de vivienda de interés social"; art. 67 "Expensas por otras actuaciones"; art. 68 "Reajuste anual de las expensas".

37 Es de advertir que los artículos 53, 55 y 65 del Decreto 1052 de 1998 anteriormente transcritos estuvieron vigentes hasta el día 24 de febrero de 2006, día en el cual se expidió el Decreto 564 que los derogó expresamente. Por su parte, el artículo 78 del citado Decreto 1052 de 1998 estuvo vigente hasta el día 20 de mayo de 2005, cuando el Decreto 1600 de esa fecha lo derogó expresamente.

Incluso obsérvese que en el Decreto 1600 del 20 de mayo de 2005, expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, nada se dijo sobre la supuesta naturaleza pública de las referidas expensas. Por el contrario, en dicho decreto se reiteran varias disposiciones a partir de las cuales se desprende que las citadas expensas se consagran "para" o "en favor" de los curadores urbanos:

Art. 55. Expensas por licencias de subdivisión. Las solicitudes de licencias de subdivisión en las modalidades de subdivisión rural y subdivisión urbana generarán en favor del Curador Urbano una expensa única equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente al momento de la radicación.

Art. 56. Expensas por otras actuaciones. Los curadores urbanos *podrán cobrar las siguientes expensas* por las otras actuaciones de que trata el artículo 44 del presente decreto, siempre y cuando estas se ejecuten de manera independiente a la expedición de la licencia:

[...]

5. La aprobación del proyecto urbanístico general de que trata el artículo 41 del presente decreto, *generará una expensa en favor del Curador Urbano* equivalente a diez (10) salarios mínimos diarios legales vigentes por cada cinco mil metros cuadrados (5.000 m<sup>2</sup>) de área útil urbanizable, descontada el área correspondiente a la primera etapa de la ejecución de la obra, sin que en ningún caso supere el valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales.

Art. 63. *Expensas de los curadores urbanos.* Las expensas por la expedición del acto de reconocimiento se liquidarán con base en la tarifa y demás condiciones vigentes para la liquidación de las licencias de construcción.

[...]

Par. 2º Tratándose de solicitudes individuales de reconocimiento de vivienda de interés social, *se generará en favor del Curador Urbano, una expensa* única equivalente a cinco (5) salarios mínimos diarios legales vigentes al momento de la radicación.

De igual manera, en el Decreto 564 de 2006, expedido también por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante el cual se reglamenta, entre otras materias urbanísticas, la "*función pública que desempeñan los curadores urbanos*", nada se dice sobre la supuesta naturaleza pública de las expensas que devengan los curadores. En efecto, aun cuando el citado Decreto 564 de 2006 dispone por primera vez que el cargo fijo de la expensa

debe destinarse a cubrir los gastos que demande la prestación del servicio, y que a partir de su expedición el curador urbano deberá reflejar en su contabilidad qué porcentaje de los ingresos provenientes de la liquidación del cargo variable "Cv" corresponde a gastos que demanda la prestación del servicio y cuál a la remuneración del curador (art. 107), señala del mismo modo todo cuanto sigue:

Artículo 116. Expensas por licencias de subdivisión. Las solicitudes de licencia de subdivisión en las modalidades de subdivisión rural y subdivisión urbana *generarán a favor del Curador Urbano una expensa* única equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente al momento de la radicación.

[...]

Artículo 117. Expensas en los casos de expedición de licencias de construcción individual de vivienda de interés social. Las solicitudes de licencia de construcción individual de vivienda de interés social unifamiliar o bifamiliar en los estratos 1, 2 y 3, *generarán en favor del curador una expensa* única equivalente a cinco (5) salarios mínimos diarios legales vigentes al momento de la radicación por cada unidad de vivienda. [...]

Artículo 118. Expensas por reconocimientos de edificaciones. Las expensas a favor de los curadores urbanos por la expedición del acto de reconocimiento se liquidarán con base en la tarifa y demás condiciones vigentes para la liquidación de las licencias de construcción."

Artículo 119. Expensas por otras actuaciones. Los curadores urbanos podrán cobrar las siguientes expensas por las otras actuaciones de que trata el artículo 45 del presente decreto, siempre y cuando estas se ejecuten de manera independiente a la expedición de la licencia:

[...]

5. La aprobación del proyecto urbanístico general de que trata el artículo 42 del presente decreto, *generará una expensa en favor del Curador Urbano* equivalente a diez (10) salarios mínimos diarios legales vigentes por cada cinco mil metros cuadrados (5.000 m<sup>2</sup>) de área útil urbanizable, descontada el área correspondiente a la primera etapa de la ejecución de la obra, sin que en ningún caso supere el valor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 120. Expensas del curador por la expedición de conceptos. La expedición de los conceptos de norma urbanística de que trata el numeral 2.º del artículo 45 del presente Decreto *generará a favor del Curador Urbano una expensa* única

equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la solicitud y la expedición de los conceptos de uso del suelo de que trata el numeral 3 del artículo 45 del presente Decreto *generará a favor del Curador Urbano una expensa* única equivalente a dos (2) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la solicitud. [...]

Artículo 121. Facturas por pago de expensas. Las curadurías urbanas deben expedir facturas por concepto de pago de las expensas, en los términos que para el efecto determine el Estatuto Tributario y demás normas que lo reglamenten.

Además existen otras válidas razones, adicionales a las ya expuestas, que de igual modo justificaban el entendimiento según el cual dichas expensas son recursos privados:

1. Las normas reglamentarias que se expidieron desde la promulgación del Decreto 2150 de 1995 (decretos 1753 de 1996, 2111 de 1997 y 1052 de 1998) no definieron qué parte de las expensas debía destinarse a gastos administrativos de funcionamiento (arriendos, servicios, por ejemplo), cuánto al sueldo de los empleados y cuánto se podía reservar el curador como remuneración. Dichas disposiciones dejaron al criterio de los curadores la decisión sobre dichos aspectos y sin sujeción a ningún parámetro legal. Es obvio que si fueran recursos públicos, la ley no dejaría a la discreción de un particular tales determinaciones.

2. Si fueran recursos públicos, todos los curadores deberían apropiarlos y manejarlos dentro de las mismas condiciones y requisitos y no con la libertad con que cada uno de ellos lo podía hacer por separado conforme a sus propios criterios de eficacia, eficiencia y rendimiento de su respectiva curaduría.

3. Si fueran recursos públicos, los curadores tendrían que prestar pólizas de manejo.

4. Si fueran recursos públicos, la ley hubiera definido si son de la Nación o de la respectiva entidad territorial.

De conformidad con tales precisiones, la conclusión obvia es que las expensas percibidas por el curador en ejercicio de sus funciones públicas *no son recursos públicos*, sin perjuicio de que, tal como ocurre con los notarios, debieran sufragar con cargo a dichas expensas los gastos operativos y de personal que la curaduría reclamara (art. 70 del Decreto 1052 de 1998). Las expensas, por lo tanto, son consideradas por la generalidad una simple forma de contraprestación prevista a favor de los curadores en compensación de los servicios por ellos prestados a los usuarios que la pagan, razón por la cual se entiende razonablemente que no pueden catalogarse en ninguna circunstancia como un recurso de naturaleza pública, según se ha dicho.

Además, desde el punto de vista tributario, y como un refuerzo más al anterior criterio expuesto, tenemos que: 1. Los curadores urbanos están obligados

a inscribirse en el Registro Único Tributario (RUT), cualquiera sea el régimen a que pertenezcan respecto del impuesto de las ventas; 2. Los curadores urbanos se encuentran obligados a expedir facturas o documento equivalente por los servicios que presten, de conformidad con lo estatuido en los artículos 615 del Estatuto Tributario y 5.º del Decreto 1165 de 1996; 3. Los curadores urbanos que por sus ingresos o patrimonio del año anterior pertenecen al régimen común del impuesto a las ventas (IVA) están obligados a cobrar y retener el impuesto por la prestación de sus servicios a la tarifa del 16%, teniendo como base gravable la totalidad de las expensas percibidas; 4. Los curadores urbanos están obligados a hacer retención en la fuente por los pagos que hagan a sus empleados y contratistas, de acuerdo con las tarifas vigentes.

Todo lo anterior obra en conformidad con el régimen de los particulares cuando son atribuidos de funciones públicas por la ley, régimen que incluye la forma de remuneración, cuando la propia ley así lo establezca (como en nuestro caso a través de las expensas), tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

No sobra recordar que la Corte al analizar la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados del ejercicio de funciones administrativas (aspecto común a los supuestos que se han enunciado), ha expresado que las condiciones en que aquellos puedan cumplir las funciones administrativas *son las que señale la ley* y que si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, según lo prevea la propia ley para un caso<sup>38</sup>, *ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas*. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición<sup>39</sup> (cursivas nuestras).

Así las cosas, si las expensas no son recursos públicos, los curadores urbanos no ejercen una gestión fiscal respecto de tales recursos, razón por la cual no pueden ser sujetos, per se, de control fiscal y de eventuales responsabilidades fiscales por efectos de la administración y disposición de tales recursos, con independencia de los demás tipos de responsabilidades –y de controles– que puedan caberles por el eventual manejo por fuera de los parámetros legales.

38 Sentencia C- 091 de 1997.

39 Sentencia C- 866 de 1991.

