Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1758 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil seis (2006).

Referencia: Radicación 1000-2-53473 Número interno 1.758

Curadores Urbanos. Destinación de Expensas. Responsabilidad Fiscal.

Titularidad de los bienes.

El señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (E), a solicitud de la Contraloría General de la República y de la Contraloría Distrital de Bogotá, formuló consulta a la Sala sobre la responsabilidad fiscal derivada del manejo de las expensas que reciben los curadores urbanos y la titularidad de los bienes adquiridos con cargo a las mismas, en los siguientes términos:

"1. Al final de período para el cual fue nombrado el curador urbano los inmuebles, automotores y demás bienes etc., adquiridos con las expensas, respecto de las que la citada Corporación señala que son fondos públicos las cuales son canceladas por los usuarios para atender la función pública encomendada al igual que la remuneración del mismo. ¿Son de propiedad del Distrito Capital o de quien ejerció como curador urbano?

2. ¿Hay lugar a establecer responsabilidad fiscal en aquellos eventos en que el curador no destine las expensas percibidas a cubrir los costos que se generan en el trámite de las licencias, ni a realizar las inversiones necesarias que garanticen la eficiencia y calidad del servicio, como tampoco a atender las obligaciones relativas al personal que contrate, ni a dotar a la curaduría de sistemas para el manejo oportuno de la información con las demás autoridades urbanísticas, esto es, cuando los recursos que percibe no se apliquen a la finalidad prevista por el legislador y los correspondientes valores tampoco sean declarados como remanente que constituya la remuneración del curador?"

El Ministerio, teniendo en cuenta los conceptos 1624 y 1650 de 2005 proferidos por esta Sala, precisó que la solicitud está dirigida a establecer, si es o no viable derivar responsabilidad fiscal, cuando en la práctica se presenten conductas como las descritas en la segunda pregunta y los curadores olviden que con el pago de expensas se pretende satisfacer las necesidades propias de la función pública encomendada.

1. RÉGIMEN DE EXPENSAS CANCELADAS POR LOS USUARIOS PARA ATENDER LA FUNCIÓN PÚBLICA ENCOMENDADA A LOS CURADORES URBANOS.

Desde la introducción en nuestra legislación de la figura del curador urbano en el decreto ley 2150 de 1995, hasta su consagración en el artículo 101 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9 de la ley 810 de 2003, éste ha sido definido como un particular que cumple una función pública, cuyo ejercicio implica tanto el desarrollo de actividades de carácter misional, tales como, el estudio, el trámite y la expedición de las licencias de urbanismo, construcción, parcelación, demolición, loteo subdivisión de predios a solicitud del interesado en adelantar este tipo de proyectos, que requieren del concurso o colaboración de un grupo interdisciplinario especializado, como la realización de funciones de carácter administrativo y financiero necesarias para garantizar el funcionamiento de la curaduría.

En efecto, el legislador dispuso que para el ejercicio de la curaduría urbana, el curador debe "acreditar la colaboración del grupo interdisciplinario especializado que apoyará", su labor, le otorgó la función de recaudar y administrar las expensas a cargo de los usuarios que realicen trámites ante las curadurías urbanas y el derecho de recibir una remuneración por estos servicios.

En desarrollo de lo dispuesto en la ley 388 de 1997 (artículo 101 numeral 4), el Gobierno Nacional mediante el decreto 1052 de 1998, reglamentó el régimen de expensas a cargo de los particulares que realicen trámites ante las curadurías urbanas, al igual que lo referente a la remuneración del curador, cuya filosofía en términos generales se conserva en el decreto 564 de 2006, que lo derogó parcialmente, en el cual se reglamentan, entre otros aspectos, las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas y la función pública que éstos desempeñan.

Es así como, el decreto 564 de 2006 establece que las expensas percibidas por los curadores están destinadas a cubrir los gastos que demande la curaduría y la remuneración del curador, a través de los cargos fijos y variables, en los siguientes términos:

"Articulo 107. Expensas por los trámites ante los curadores urbanos. Las expensas percibidas por los curadores urbanos se destinarán a cubrir los gastos que demande la prestación del servicio, incluyendo el pago de su grupo interdisciplinario de apoyo y la remuneración del curador urbano.

'En todo caso, a partir de la expedición del presente decreto, el curador urbano deberá reflejar en su contabilidad qué porcentaje de los ingresos provenientes de la liquidación del cargo variable "Cv" de que trata el numeral 2 del articulo 109 del presente decreto, corresponde a:

a) Los gastos que demanda la prestación del servicio, y

b) La remuneración del cura dar.

(...)

Parágrafo 1°. El pago al cura dar urbano del cargo fijo "Gf" establecido en el numeral 1 del articulo 109 del presente decreto siempre se destinará a cubrir los gastos que demande la prestación del servicio,

"Parágrafo 2°, Las expensas reguladas en el presente decreto serán liquidadas por el curador urbano y pagadas a este por el solicitante del trámite o la licencia, de conformidad con los términos que se establecen en los artículos siguientes.

Parágrafo 3°. En ningún caso, los curadores urbanos podrán incluir dentro de los gastos para la prestación del servicio, el pago de honorarios a su favor distintos de lo que les corresponde a título de remuneración según lo señalado en el presente artículo." (Negrilla fuera de texto).

El artículo transcrito limita el ámbito de acción del curador urbano, en la medida en que precisa que las expensas no se pueden distraer en erogaciones distintas a las relacionadas con el funcionamiento y operación de la curaduría y la prestación del servicio.

De lo expuesto, la Sala concluye que el régimen de las expensas que reciben los curadores urbanos por concepto de los trámites que realizan los usuarios de las curadurías, busca recuperar los costos y gastos que se derivan de las actividades específicas de licenciamiento, funcionamiento y operación de las curadurías urbanas, para garantizar la prestación eficiente de la función pública, su sostenibilidad y el pago de la remuneración del curador. 3

2. ALCANCE DE LA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DEL CURADOR URBANO

Como lo manifestó esta Sala en el concepto 1643 de 2005, los curadores cumplen una función pública que se rige por los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 Superior y los actos relacionados con el otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción, son actos administrativos que deben expedirse de conformidad con las normas urbanísticas y las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, en lo no previsto en normas especiales.

Ahora bien, es importante precisar el alcance de la autonomía otorgada al curador en los artículos 66 y 67 del decreto 564 de 2006, que al efecto disponen:

"Artículo 66.- Naturaleza del curador urbano.- El curador urbano ejerce una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes, a través del otorgamiento de licencias de parcelación, urbanización, subdivisión y de construcción."

"Artículo 67.- Autonomía y responsabilidad del curador urbano.- El curador urbano es autónomo en el ejercicio de sus funciones y responsable disciplinaria, fiscal, civil y penalmente por los daños y perjuicios que causen a los usuarios, a terceros o a la administración pública en el ejercicio de su función pública"

Al respecto la Sala entiende que las normas citadas incluyen dos formas de autonomía. La autonomía en el ejercicio de las funciones de carácter misional, y la autonomía en lo concerniente a la función administrativa. Sobre la primera, es evidente que ella se contrae al cumplimiento cabal de las normas urbanísticas expidiendo las licencias que la ley le faculta y en la forma reglada inherente a la función Su tarea misional tiene entonces las limitaciones que implican los principios de la función administrativa y las reglas específicas de la misión que desempeñan.

Otro tanto sucede con la autonomía administrativa de los curadores, puesto que aunque cuentan con independencia para contratar el grupo interdisciplinario especializado que se necesite para cumplir con las actividades profesionales y técnicas propias de la función de licenciamiento (artículo 100 del decreto 564 de 2006), adquirir el sistema de información que les permita la interconexión con las oficinas de planeación municipales o distritales (artículo 101 del decreto 564 de 2006), comprar los bienes muebles e inmuebles para la correcta prestación del servicio, también lo es, que el manejo y administración de los recursos públicos derivados de las expensas, a excepción de los recursos que recibe el curador urbano a título de remuneración, debe ajustarse a los principios constitucionales de la función administrativa, estatuidos en el artículo 209 de la C.P. y desarrollados en la ley 489 de 1998, aplicable en forma expresa a los particulares que cumplan funciones públicas (artículo 2°).

De otra parte, esta Sala había definido que los curadores desarrollan una gestión fiscal en el manejo de las expensas, tesis acogida en el artículo 64 del decreto 564 de 2006, sobre la cual es necesario profundizar, diciendo que, además de los principios superiores, la gestión fiscal de las expensas que estos particulares tienen a su cargo, debe estar informada por los principios de economía, eficacia, eficiencia, responsabilidad y transparencia, previstos en el artículo 3° de la ley 489 de 1998 y consultar el interés general (artículo 4°), pilares del sistema de control fiscal.

Dispone el parágrafo del artículo 3° de la ley 489 de 1998:

"Articulo 3°.(..)" Parágrafo.- Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular." (Negrilla fuera de texto).

Es claro entonces, que al amparo de la autonomía de que trata el artículo 67 del decreto 564 de 2006, el curador urbano no está facultado a modificar el destino de las expensas en interés particular, pues los gastos e inversiones que se efectúen con cargo a las mismas deben tener una relación de medio a fin con la función pública encomendada, máxime si se considera que por su naturaleza, las mismas son tasas retributivas de un servicio, cuya única destinación posible, es la financiación de la función pública conferida a estos particulares.

A título meramente ilustrativo, la Sala encuentra que la Contraloría General de la República, en el caso de las Cámaras de Comercio, mediante un instructivo establece algunos criterios que se deben tener en cuenta en la práctica del control fiscal para evaluar los gastos e inversiones que estos entes gremiales efectúan con recursos públicos del registro mercantil, que puede servir como punto de referencia, cuando en ejercicio de sus facultades el señor Contralor establezca los criterios para la evaluación del control fiscal de los curadores:

"(..) la Contraloría verificará que los honorarios, los intereses financieros, las provisiones de inversiones, las amortizaciones, las depreciaciones, los impuestos, los servicios públicos, los salarios las indemnizaciones laborales, las campañas publicitarias y los demás gastos sufragados con cargo a los recursos de origen público guarden conexidad con las funciones que pueden atenderse con dichos recursos. (..)

"Si los gastos no guardan relación de conexidad con una u otras funciones públicas, deberán ser atendidos con recursos de origen privado. (..)

"En ningún caso podrán utilizarse los recursos provenientes de las funciones públicas para atender compromisos privados o gremiales de las Cámaras."

"Los programas que involucren de manera exclusiva actividades de carácter privado, deben asumirse únicamente con cargo a los recursos privados y los programas que involucren de manera exclusiva las actividades públicas, podrán asumirse únicamente con cargo a los recursos de origen público. (...)".

3. MANEJO PRESUPUESTAL y CONTABLE DE LAS EXPENSAS.

Problema Jurídico

¿Es posible ejercer el control fiscal sobre el manejo de los recursos que reciben las curadurías urbanas a título de expensas, a pesar de que la ley no prevé un presupuesto de gastos de funcionamiento que limite la actividad de los curadores en un período fiscal determinado?

En concepto de la Sala, el hecho cierto de que en razón de su naturaleza jurídica particulares que ejercen funciones públicas-, las curadurías no cuenten con un presupuesto de rentas y gastos aprobado en cada vigencia fiscal por los concejos municipales o distritales, a la manera de los demás recursos públicos, no sustrae a los curadores urbanos de la obligación de contar con instrumentos de planeación, contables y financieros en el manejo de las expensas que pagan los usuarios por los servicios de licenciamiento.

La fuente de esta obligación se encuentra, como se explicó en el capitulo anterior, en la sujeción de las actuaciones de carácter administrativo y financiero de los curadores a los principios de la función administrativa que les son plenamente aplicables, en virtud de las normas constitucionales y de la ley 489 de 1998.

A partir de la línea divisoria que existe entre los recursos que recibe el curador urbano por concepto de remuneración y los demás recursos que se reciben a título de expensas, destinados a sufragar los costos y gastos propios de la función, es necesario:

a) Separar contablemente los bienes y recursos de su patrimonio, de aquellos destinados a la función pública encomendada.

b) Garantizar a través de la planeación y elaboración del presupuesto de gastos e inversiones, la eficiencia de los recursos públicos, cuya destinación debe hacerse en beneficio del interés general y no del interés individual del curador de turno.

c) Controlar el ingreso de las expensas, a través del registro de las mismas en tesorería y la expedición de las facturas respectivas, en los términos del artículo 121 del decreto 564 de 2006.

De ahí que el artículo 107 del decreto 564 de 2006, prevea que "el curador urbano deberá reflejar en su contabilidad qué porcentaje de los ingresos provenientes de la liquidación del cargo variable "Cv" de que trata el numeral 2 del artículo 109 del presente decreto, corresponde

a: a) Los gastos que demanda la prestación del servicio, y b) La remuneración del Curador (...).. norma que avanza en el desarrollo de esta figura.

No obstante lo anterior, la Sala sugiere se estudie la posibilidad de precisar las condiciones de tiempo, modo y lugar para el cabal cumplimiento de las obligaciones que tiene el curador urbano de llevar en contabilidad separada el registro de los activos destinados a la prestación del servicio y elaborar con un presupuesto anual de ingresos y gastos de la curaduría.

En este punto, vale la pena mencionar que la resolución 400 de 2000 expedida por la Contaduría General de la Nación, por la cual se adoptó el

Plan General de Contabilidad Pública, incluye dentro de su ámbito de aplicación a las personas naturales o jurídicas que administren o manejen, de manera temporal o permanente, recursos públicos, en lo relacionado con estos -artículo 2°-, previsión que obliga a los curadores a seguir las reglas contables del referido plan.

4. BIENES MUEBLES E INMUEBLES ADQUIRIDOS CON CARGO A LOS RECURSOS PÚBLICOS POR LOS CURADORES URBANOS. NATURALEZA JURIDICA. CONTROL FISCAL.

Problema jurídico

¿Los bienes adquiridos con cargo a las expensas canceladas por los usuarios para atender la función pública encomendada son de propiedad del Distrito Capital o de quien ejerció como curador urbano?

El curador urbano en ejercicio de la función pública que le atribuyó la ley 388 de 1997, modificada por la ley 810 de 2003, puede hacer inversiones para dotar a la curaduría de los bienes muebles e inmuebles que se requieran para prestar adecuada y eficientemente los servicios a su cargo. Inversiones que se pueden traducir en la compra de bienes muebles, como útiles de oficina, vehículos, equipos de apoyo para las actividades del grupo especializado encargado del estudio técnico de los proyectos, sistemas de información, etc, e incluso en la adquisición del inmueble destinado a la sede de la curaduría.

La naturaleza pública o privada de los bienes que adquiera el curador urbano depende de la fuente de los recursos con que éstos se adquieren. Por tanto, los adquiridos con cargo a los recursos públicos participan de este mismo carácter y durante su vida útil están afectos al servicio público.

A contrario sensu, los bienes que adquiere el curador con la remuneración a que tiene derecho, hacen parte de su patrimonio y sobre ellos tiene todos los privilegios derivados de la propiedad. De otro modo, no se entendería por qué la ley distingue entre la remuneración y los demás recursos necesarios para cumplir a cabalidad con la función pública atribuida a estos particulares.

No obstante lo anterior, como las curadurías no gozan de personería jurídica, pueden presentarse dudas, en particular frente a la titularidad de los bienes adquiridos por el curador que están sujetos a registro.

En este punto, es preciso señalar, que aunque el contrato de compraventa y el registro de los bienes inmuebles o de los automotores adquiridos con cargo a la expensas destinados a la prestación de los servicios deben constar a nombre del curador urbano, pues la curaduría no es sujeto de derechos y obligaciones y el municipio o distrito no cuenta con facultad legal para contratar en su nombre e incluirlos dentro de sus activos, éstos no ingresan al patrimonio del curador como bienes propios y están durante toda su vida útil en el ciclo del uso de los recursos dispuestos para garantizar la función pública.

En opinión de la Sala, en la escritura pública de compraventa de dichos bienes y en el registro de instrumentos públicos debe hacerse constar el origen público de los recursos con los que fueron adquiridos y su afectación a la función pública, como medida para salvaguardar el interés general ínsito en cualquier negociación que sobre los mismos se pueda realizar y garantizar la publicidad y transparencia de las actuaciones de los curadores urbanos (artículo 209 Superior).

Sobre los bienes no sujetos a registro, deberá hacerse, igualmente, la salvedad de su afectación al servicio público, por cualquier mecanismo de identificación en los inventarios.

En consecuencia, si bien es cierto que por las características propias de la figura del curador urbano, los bienes inmuebles o automotores adquiridos con cargo a las expensas deben aparecer registrados a nombre de éste, dicho registro no le confiere la propiedad plena de los mismos al Curador, sino el derecho y la obligación de administrarlos, cumpliendo con los principios de transparencia y moralidad y los mandatos aplicables de las leyes 734 de 2002 y 610 de 2000, en la medida en que la afectación de los bienes a la función pública limita la facultad de disposición de los mismos a fines distintos a los del servicio.

Lo anterior significa que las decisiones del curador respecto de este tipo de bienes, están sujetas al control fiscal de las contralorías municipales y distritales de la jurisdicción donde opera la curaduría, entes que deberán evaluar, las relacione gasto-finalidad pública y costo-beneficio de los negocios o contratos que se realicen, así como a los demás controles que prevé la ley.

Adicionalmente, es procedente advertir que el curador en su calidad de administrador de los bienes adquiridos con cargo a las expensas para la prestación del servicio, tiene a su cargo las obligaciones de gestión fiscal, como son la custodia, conservación, cuidado y defensa de los mismos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el cargo de curador urbano tiene un período individual de cinco (5) años prorrogable, los bienes muebles e inmuebles adquiridos que estén afectos al servicio público, deben transferirse al curador que el Alcalde municipal o distrital designe en su reemplazo.

Por último, en el evento en que el municipio o distrito decida suprimir una curaduría, el curador saliente deberá transferir los títulos y la posesión material de los bienes muebles e inmuebles afectos a la función pública, al ente territorial de la jurisdicción donde opera la curaduría.

5. RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CURADOR. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Conviene en este punto, traer a colación los elementos a partir de los cuales se configura la responsabilidad fiscal y la definición de daño patrimonial al Estado, prevista en la ley 610 de 2000:

"Artículo 5. Elementos de la Responsabilidad Fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

-Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. -Un daño patrimonial al Estado.

-Un nexo causal entre los dos elementos anteriores".

"Artículo 6. Daño Patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

"Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan- al detrimento al patrimonio público". Teniendo en cuenta que los curadores en ejercicio de las funciones públicas atribuidas en la ley, administran y manejan fondos y bienes públicos, cuando en el curso de un proceso de responsabilidad fiscal se demuestre que el curador urbano incurrió en cualquiera de las conductas descritas en la pregunta formulada a la Sala, se pruebe la existencia del elemento subjetivo -dolo o la culpa grave- y el daño patrimonial al Estado, el curador será responsable fiscalmente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria que se pueda derivar de su conducta.

LA SALA RESPONDE

1. Al final del período para el cual fue nombrado el curador urbano los inmuebles, automotores y demás bienes etc., adquiridos con cargo a las expensas canceladas por los usuarios para atender la función pública encomendada deben ser entregados al curador que el Alcalde designe en su reemplazo y registrados a nombre de éste último.

Los bienes inmuebles o automotores adquiridos con cargo a las expensas deben aparecer registrados a nombre del curador urbano. Dicho registro no le confiere la propiedad plena de los mismos, sino el derecho y la obligación de administrarlos, con las limitaciones propias del ejercicio de la función administrativa. La afectación de estos bienes a la función pública limita su facultad de disposición a fines distintos a los del servicio.

En el evento de una terminación legal de las curadurías urbanas, los bienes afectos al servicio público deberán transferirse al Distrito o municipio respectivo.

En consecuencia, no ingresan al patrimonio propio del curador urbano. A contrario sensu, los bienes que éste adquiere con cargo a su remuneración son bienes de carácter privado.

2. Jurídicamente, es procedente iniciar un juicio de responsabilidad fiscal en todos los eventos planteados en la consulta y los demás en que aparezca que los recursos que percibe el curador no se aplican a la finalidad prevista por el legislador. En el juicio fiscal deben configurarse los tres elementos de la responsabilidad fiscal, es decir, existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, el daño patrimonial al Estado y el nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Transcríbase este Concepto al señor Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (E). Igualmente, envíese una copia al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

Ausente con excusa

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

AUTORIZADA LA PUBLICACION CON OFICIO No 76514 DEL 22 DE AGOSTO DE 2006

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 10:24:38