

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°040 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 08 DE 2016

Medellín, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2021)

REFERENCIA	
Entidad afectada	CURADURÍA URBANA CUARTA DE MEDELLÍN Nit. 3.353.411-1
Presuntos responsables	GLORIA INES TOBON GUTIERREZ identificada con la cédula 32.540.203, en calidad de Curadora Cuarta de Medellín para la época de los hechos, desde el año 2012 al 15 de septiembre de 2014.
Garante	NO TIENE
Hecho investigado	Hallazgo 4. (No facturación del cargo fijo en trámite posterior). En la revisión de los expedientes que soportan los trámites radicados en la Curaduría, el equipo Auditor, encontró que en varias carpetas no existe factura del cargo fijo para un nuevo trámite que se inicia, solamente se anexan recibos de pago del cargo fijo de los trámites iniciales de los proyectos urbanísticos, como se observa en los cuadros 8 y 9, vulnerándose la disposición contenida en el artículo 132 del Decreto 1469 de 2010. Situación que se presenta por falta de implementación de controles en el proceso de expedición de licencias, lo que, además, evidencia vulneración de lo preceptuado en el artículo 120 del Decreto 1469 de 2010 que dispone: "Radicación de las solicitudes de licencias. Además de los requisitos contemplados en la sección 1 del capítulo II del título 1 del presente decreto, será condición para la radicación ante las curadurías urbanas de toda solicitud de licencia de urbanización y construcción o sus modalidades, el pago al curador del cargo fijo. Dicho cargo no se reintegrará al interesado en caso de que la solicitud de licencia sea negada o desistida por el solicitante según lo previsto en el artículo 37 del presente decreto."

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 y 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante auto 205 del 6 de mayo de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 07 de 2016.

II. ANTECEDENTES

1. HECHO INVESTIGADO

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo número cuatro (4), allegado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 1 en los siguientes términos:

“Hallazgo 4. (No facturación del cargo fijo en trámite posterior). En la revisión de los expedientes que soportan los trámites radicados en la Curaduría, el equipo Auditor, encontró que en varias carpetas no existe factura del cargo fijo para un nuevo trámite que se inicia, solamente se anexan recibos de pago del cargo fijo de los trámites iniciales de los proyectos urbanísticos, como se observa en los cuadros 8 y 9, vulnerándose la disposición contenida en el artículo 132 del decreto 1469 de 2010. Situación que se presenta por falta de implementación de controles en el proceso de expedición de licencias, lo que, además, evidencia vulneración de lo preceptuado en el artículo 120 del decreto 1469 de 2010 que dispone:” Radicación de las solicitudes de licencias. Además de los requisitos contemplados en la sección 1 del capítulo II del título 1 del presente decreto, será condición para la radicación ante las curadurías urbanas de toda solicitud de licencia de urbanización y construcción o sus modalidades, el pago al curador del cargo fijo. Dicho cargo no se reintegrará al interesado en caso de que la solicitud de licencia sea negada o desistida por el solicitante según lo previsto en el artículo 37 del presente decreto”. (Folio 3).

El Hallazgo anterior que se cuantificó por parte del equipo auditor en Tres Millones doscientos veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y un pesos (\$3.225.441).

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

La señora GLORIA INES TOBON GUTIERREZ, identificada con cédula de ciudadanía 32.540.203 en calidad de Curadora Cuarta de Medellín para la época de los hechos desde el año 2012 al 15 de septiembre de 2014.

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a la Curaduría Cuarta de Medellín con Nit.3.353.411.1

2.2. LA DETERMINACIÓN DE PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA

Como presunto daño patrimonial ocasionado a la Curaduría Urbana Cuarta de Medellín se determinó la suma de Tres Millones doscientos veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y un pesos (\$3.225.441).

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.2 Por el Auto 012 del 02 de febrero 2016, se comisionó a la abogada ANA BEATRIZ GUERRA para adelantar las diligencias dentro del expediente 018 de 2014. «Folios 1, Cuaderno 1».

2.3 A través del Auto 058 del 12 de febrero del año 2016, se ordenó realizar la Indagación Preliminar dentro del expediente 008 de 2016, «Folios 9 al 10, Cuaderno 1».

2.4 Mediante el Auto 160 del 22 de mayo de 2016, se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal y se decretaron pruebas «Folios 17 al 20, Cuaderno 1»

2.5 Por medio del Auto 271 del 29 de agosto de 2017, se ordena la prórroga de términos «Folios 182 y 183, Cuaderno 1».

2.6 A través del Auto 290 del 11 de septiembre de 2017 se comisiona al abogado JOSÉ LUIS SALAZAR QUINTERO «Folio 184», Cuaderno 1».

2.7 Por medio del Auto 040 del 30 de enero de 2018 se comisiona al abogado CARLOS ARTURO CALLEJAS ZAPATA «Folio 185 Y 186», Cuaderno 1».

2.8 A través del Auto 068 del 16 de febrero de 2018 se comisiona a la abogada RUTH TATIANA PINO «Folio 187 Y 188», Cuaderno 1».

2.9 Mediante Auto 516 del 27 de agosto de 2018 se comisiona a la abogada RUTH TATIANA PINO «Folio 189 y 190», Cuaderno 1».

2.10 A través del Auto 019 del 28 de enero de 2019 se comisiona al abogado LUIS FERNANDO BUSTAMANTE «Folio 191 y 192», Cuaderno 1».

2.11 Mediante Auto 525 del 22 de julio de 2019 se comisiona a la abogada NATALIA CARDONA ALVAREZ «Folio 295 y 296», Cuaderno 2».

2.12 A través del Auto 102 del 11 de febrero de 2020 se comisiona al abogado JOSÉ LUIS SALAZAR QUINTERO «Folio 297 y 298», Cuaderno 2».

2.13 Finalmente, se recibe versión libre de la señora GLORIA INES TOBÓN GUTIERREZ el 12 de junio de 2017.

2.14 Mediante auto 241 del 15 de Octubre de 2020 se comisionó al Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, Juan Diego González Puerta para adelantar y tramitar el expediente, al igual que se designó a la Abogada Ana Beatriz Guerra de Hernández para coadyuvar el impulso de las actuaciones procesales.

2.15 Con el Auto 319 del 18 de noviembre de 2020 se imputó responsabilidad fiscal a la señora GLORIA INES TOBÓN GUTIERREZ identificada con cédula de

ciudadanía 32.540.203, en calidad de Curadora Cuarta de Medellín para la época de los hechos.

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 460 del 20 de septiembre de 2021, emitió Fallo sin Responsabilidad Fiscal dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal 08 de 2016 y que constituye el conocimiento de esta instancia; para lo cual el Despacho sintetizará los aspectos más relevantes de la decisión de instancia, las cuales fueron expresados por el a quo en los siguientes términos:

“4.2 De lo anterior se aprecian los elementos de la responsabilidad fiscal expuestos por el despacho al momento de la imputación, siendo ellos un daño patrimonial al Estado determinado, una causalidad adecuada y una gestora fiscal que actuó con culpa grave.

4.3 Ahora bien, de los descargos presentados por la apoderada de la presunta responsable el despacho no puede admitir el argumento referido que no se trata de recursos públicos, los dineros dejados de cobrar por el cargo fijo de las solicitudes y trámites ante la Curaduría Urbana Cuarta, pues tal y como lo expuso ya el Consejo de Estado, en Sala de Consulta, mediante Concepto 1624 del 3 de febrero de 2005, se manifestó:

*“(…) 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**.”*

La anterior interpretación y concepción expuesta es plenamente compartida por esta instancia fiscal, razón por la cual el elemento daño patrimonial se mantiene en la configuración de la responsabilidad fiscal, pues no fue objeto de controversia a lo largo del proceso ni en la etapa de descargos a la imputación en cuanto a su monto y su única contradicción fue referirse a que no se trataron de recursos públicos perdidos que como ya se mencionó, no es admitida por el despacho.

4.4 Tampoco se desvirtuó el nexo causal expresado por esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, en tanto la conducta desplegada por la

gestora fiscal implicada, en el momento que decidió no facturar el valor correspondiente al cargo fijo en los tramites de expedición de licencias, lo cual se evidenció en 17 tramites los cuales fueron relacionados en los cuadros 8 y 9 del hallazgo (precisándose que en el cuadro 8 aparece la relación de 14 trámites y en el cuadro 9 aparecen 3 trámites para un total de 17 trámites), constituyó el hecho generador del daño fiscal aquí esbozado.”

No obstante, no se generó el mismo tratamiento al elemento subjetivo, pues la decisión es clara en señalar que frente a este último, se torna necesario otorgar a los criterios que precisamente se ha impartido en otras oportunidades por esta agencia fiscal. Para el efecto, es oportuno traer a colación las citas expuestas en el auto consultado y confidencialmente esta Agencia Fiscal ha disciplinado en anteriores decisiones en los cuales ha precisado con respecto al elemento subjetivo del proceso de responsabilidad fiscal.

“Así por ejemplo, en el proceso de responsabilidad fiscal con radicado 007 de 2016, se estableció frente a la ausencia de culpa grave, en el Auto 205 del 6 de mayo de 2021, lo siguiente:

*“(…) la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva se pronunció en el mismo sentido en los fallos proferidos dentro de los procesos de única instancia **radicados con los números 113 y 115 del año 2012** en los que se vinculó a varios servidores de las Empresas Varias de Medellín.*

(…) ha sido un tema que, para la época de los hechos, ya tenía varias y diversas interpretaciones, lo que de entrada nos exonera de haber actuado con dolo o culpa grave, pues existían interpretaciones de altas autoridades que señalaban que no se requería de soportes para pagar los imprevistos.

(…)

En definitiva la conducta de los presuntos responsables, de ninguna manera resiste el juicio de reproche, al no configurarse ni culpa grave ni dolo en su actuar frente al reconocimiento y pago de imprevistos(…)”

Esta decisión, donde se señala la ausencia de culpa grave cuando existan varias posibles interpretaciones jurídicas sobre una materia, como es el caso de la presente causa fiscal, que solo tuvo certeza de la obligación del cobro de los cargos fijos a partir de la expedición de la Circular 056 del 6 de abril de 2015, fue confirmada mediante Auto 018 de 2021, proferido por la Señora Contralora General de Medellín, argumentando:

“No puede entonces, endilgarse culpa grave en los presuntos responsables fiscales, cuando actúan con el convencimiento de que su actuar no desconoce el marco jurídico y jurisprudencial, sino que de manera adicional tiene soporte en decisiones administrativas que desde el pretérito se venían profiriendo por los diferentes órganos de control del orden territorial, incluyendo obviamente a este Órgano de Control, es

decir, que no se vislumbra una conducta que se pueda enmarcar como gravemente culposa.”

En otra oportunidad, refiriéndose a la ausencia de culpa grave cuando existan varias interpretaciones jurídicas posibles o no exista certeza dada por una autoridad, mediante el Auto 128 del 14 de abril de 2021 en el proceso con radicado 025 de 2016, esta primera instancia determinó frente a la culpa grave:

*“Es así como para graduar la culpa, debe evaluarse entonces, las consideraciones acerca de la intencionalidad de los gestores fiscales, a fin de definir, si su voluntad debió dirigirse a la sujeción de normas que expresamente condicionaban su actuación, o bien, era una tarea discrecional de los gestores.
(...)*

En definitiva la conducta de los presuntos responsables, de ninguna manera resiste el juicio de reproche, al no configurarse ni culpa grave ni dolo en su actuar frente al reconocimiento y pago de imprevistos”

Es decir, sostiene el instructor de instancia, que para graduarse la culpa, debe existir prueba acerca de la intencionalidad de los gestores fiscales afín de definir si su voluntad debió dirigirse a la sujeción de normas que expresamente señalaban su actuación, o bien era, una tarea discrecional de los gestores, para lo cual injiere de acuerdo a decisiones administrativas emitidas por este Ente de Control y que coincidente con los supuestos aquí planteados y que en definitiva son los mismos los que permite con toda certeza afirmar que en este caso que en la conducta de la presunta responsable fiscal no concurren los elementos axiológicos de la responsabilidad fiscal, como son el de la conducta dolosa o gravemente culposa.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República, y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de *“Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”*. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 (modificada parcialmente por el Decreto 403 de 2020) y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, Decreto Legislativo 403 de 2020 y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 150 de 2021 expedida por la Contraloría General de Medellín, la Contralora

General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000) (Modificado por el artículo 132 del Decreto Legislativo 403 de 2020).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

*"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida."*¹.

En virtud de lo dispuesto por el precitado Artículo, la decisión en grado de consulta, goza de un amplio margen de acción, como en efecto lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97, cuando disciplinó:

"Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como

¹ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado...” (rft).

En sentencia T-587 de 2002, sostuvo el juez colegiado constitucional:

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la Primera Instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de la presunta gestora fiscal cuando en ejercicio de su función o con ocasión de ésta, haya causado en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el Artículo 1 de la Ley 610 de 2000, modificado por el Decreto 403 de 2020, concordante con la Corte Constitucional en Sentencia C-619/02.

El objeto de la responsabilidad fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional² y la Ley³.

Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son:

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

² Sentencia SU 620 de 1996

³ Ley 610 de 2000

- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal. El daño fiscal, está previsto el Artículo 6 de la Ley 610 de 2000⁴, como: *"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..."*.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y partiendo de las explicaciones argüidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta superioridad jerárquica establece como problema jurídico, el verificar si efectivamente, al estar acordados los imprevistos como parte del precio del contrato en un contrato que se rige por el derecho privado, es factible pregonar que no se materializó el daño al patrimonio público.

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar lo siguiente: **(i) naturaleza jurídica de las Curadurías y su régimen (ii) el origen de los recursos de la Curadurías y (iii) la verificación de la conducta desplegada por la presunta responsable fiscal, para determinar si no constituye una conducta dolosa o gravemente culposa.**

Por lo tanto, se procederá a discernir los tópicos antes precisados:

(i) Naturaleza de las curadurías

Resulta oportuno citar como tópico temático de esta decisión, la naturaleza jurídica de los curadores.

Al respecto la Constitución Política señala:

"ARTÍCULO 123.- *"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

(...).

⁴ Modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”.

(..)

“ARTÍCULO 210.- (...) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que le señale la ley.” (Subrayas fuera de texto)

Y en esa misma línea la Ley 810 de 2003 “Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones”, dispuso:

“ARTÍCULO 9. El artículo 101 de la Ley 388 de 1997 quedará así:

ARTÍCULO 101. 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 vigente en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción.

(...)

Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.” (Destacado fuera del texto)

Y es el Decreto 1077 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”, la norma que señala:

“ARTÍCULO 2.2.6.6.1.1 Curador urbano. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación,

urbanización, construcción y subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de esta índole.”

“ARTÍCULO 2.2.6.6.1.2 Naturaleza de la función 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.”

Y la Jurisdicción contenciosa administrativa, en la sala de consulta y servicio civil en concepto No. 1309 del 7 de diciembre de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Augusto Trejos Jaramillo, estableció respecto a los curadores urbanos lo siguiente:

“Los curadores urbanos son particulares, *que colaboran en las atribuciones municipales mediante el ejercicio de un poder legal de carácter administrativo y según el decreto 1052 de 1998 tienen periodo fijo, son nombrados por el alcalde, acceden al servicio mediante concurso de méritos, están sujetos al régimen de requisitos, inhabilidades e incompatibilidades y disciplinario, se posesionan y deben establecer conexión electrónica con los archivos públicos de las oficinas de planeación locales, se les asigna una jurisdicción y su actividad está sujeta a procedimiento administrativo regulado en el mencionado decreto; conforme a la ley de ordenamiento territorial desarrollan competencias policivas de “control y vigilancia” en el trámite de la expedición de la licencia de urbanismo y construcción.”* (Destacado nuestro)

En similar sentido al Alto Tribunal de lo Contencioso administrativa, en Sentencia 00942 de 2017² la Sección Segunda sobre la naturaleza jurídica de los Curadores urbanos, indicó:

Los curadores urbanos hacen parte de la descentralización por colaboración del Estado, en cuanto son particulares que prestan una función pública, no son servidores públicos y su regulación como regla general fue diferida por el constituyente a la ley.

Y el Nuestro máximo juez constitucional mediante Sentencia T-723 del 17 de octubre de 2013, producto de la revisión de varios fallos de tutela³, con Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, dispuso:

“Los curadores urbanos no pertenecen a un régimen especial debido a que el constituyente así lo dispuso, tampoco tienen uno específico pues el legislador no ha considerado que las funciones ejercidas por éstos requieran de la creación de un propio régimen y finalmente como son nombrados por un periodo de 5 años no se les puede aplicar el régimen general de carrera. Por su parte, las disposiciones encargadas de regular esta actividad

*establecieron que los curadores urbanos **son particulares que ejercen función pública**, situación que imposibilita que se les aplique cualquier disposición que caracterice o que haga parte de los regímenes de carrera administrativa o en su defecto de los servidores públicos.”*

Las normas y jurisprudencia citadas permiten afirmar sin dubitación alguna que la figura de curador no es precisamente la de ostentar la condición de servidor público sino que por el contrario obedece a la de un particular que por disposición del legislador ejerce funciones públicas; circunstancia prevista en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política para el cumplimiento de los fines del Estado.

(ii) Origen de los recursos de la curaduría.

Las anteriores reflexiones, nos llevan a determinar que en tratándose de funciones ejercidas por un particular pudiera igualmente tratarse de recursos públicos, en razón a que en la presente pesquisa fiscal, el daño patrimonial es precisamente en razón de la omisión de recaudar por parte del curador unos recursos económicos.

Al respecto la Auditoría General de la Republica en concepto del 201911000037881 del 20 de diciembre de 2019 señaló:

La función de curador urbano se circunscribe a la verificación y acreditación del pago de impuesto, siendo esta unica actividad exigible que puede ser configurada como gestión fiscal y por lo tanto, es objeto de control fiscal y de eventuales responsabilidades de este orden. El curador urbano no solo liquida sino que recauda y administra los recursos publicos producto de la tasa fijada por el legislador, con el fin de aplicarlos a las necesidades del servicio, es decir, a cuibrir los costos de la operación de la curaduría y la remuneración que le corresponde por el ejercicio de sus funciones, atribuciones que se enmarcan dentro de la definición de gestión fiscal del articulo 3 de la Ley 610 de 2000, donde establece:

(...)

En estos terminos, el curador con los recursos que percibe de la función publica encomendada tiene, entre otras las relativas al personal que contrate y el dotar a la curaduría de sistemas para el manejo oportuno de la información con las demas autoriades”.

Este Despacho acoge esta postura conceptual traída a colación, y que devien precisamente de la autoridad General de la Republica, que a su vez audita a esta Agencia Fiscal, y por tanto es necesario concluir que efectivamente el curador administra recursos publicos, producto de la tasa que recauda y cuya finalidad es

el cubrimiento y ejecución de necesidades y operación de la misma curaduría y por ende su propia remuneración, las mismas que ostentan una estrecha relación con la gestión fiscal.

Advierte entonces el Despacho que precisamente la omisión en la que incurrió la señora GLORIA INES TOBON GUTIERREZ identificada con la cédula 32.540.203, constituye daño patrimonial al Estado, lo que permite evidenciar el grado de certeza que se requiere para endilgar la responsabilidad fiscal en un sujeto de control determinado.

Así lo rotulado el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, cuando ha señalado entre otras:

*“cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000” por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado**”(Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01).*

En igual sentido se indicó:

“(…) (i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.

*La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable **que se tenga certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial**, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable “(Consejo de Estado, Sentencia del 1° de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (Lo resaltado es del Despacho).*

(iii) la verificación de la conducta desplegada por la presunta responsable fiscal para determinar si no constituye una conducta grave o dolosamente culposa.

La línea de decisión que ha expuesto la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva de este Ente de Control ha consistido en determinar que en el caso que se analiza, en la presunta responsable fiscal no se reúnen las condiciones para determinar que el elemento subjetivo está presente en su actuar.

Por lo que se hace necesario para este Ente de Control Fiscal traer a esta decisión la providencia del Consejo de Estado, como máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, corporación en varias oportunidades ha analizado lo que implica un actuar culposos en una determinada circunstancia al señalarse⁵: “ (...) o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurrió y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confío en poder evitarlo –actuación culposa–, es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en la conducta”.

Así las cosas, es claro para esta instancia que a la luz de la jurisprudencia, el elemento subjetivo requiere de una prueba que así lo acredite, y por tanto no puede pregonarse un actuar culposos por parte de la presunta responsable fiscal, cuando por una parte, su actuar se circunscribe a una conducta que no se encontraba lo suficientemente documentada para concluir que pese a dicha claridad, omitió hacerlo, y por la otra, existe evidencia (circular) que da cuenta que el hecho que investiga como generador del daño patrimonial, fue objeto de regulación y aclaración en su tratamiento con posterioridad a la conducta desplegada por la presunta responsable fiscal.

La Circular 056 del 6 de abril de 2015, orden de servicio a la que se hace referencia en el párrafo que antecede, (visible a folio 153 del expediente), fue proferida por la autoridad competente según el artículo 102 de la Ley 388 de 1997 con la finalidad de armonizar los lineamientos normativos trazados en el Acuerdo 048 de 2014 – Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín- tenía como finalidad dar el derrotero jurídico para sus destinatarios que eran los Curadores Urbanos, cuando indicó:

*“(...) No obstante lo anterior, **las solicitudes de licencias urbanísticas** y/o reconocimientos de edificaciones existentes, que se encuentren en la condición señalada y sus interesados pretendan que a su proyecto le sean aplicados las normas consagradas en el Acuerdo 048 de 2014, **se tendrán que acoger integralmente** a este último, para lo cual y con el objetivo de conservar y controlar los números consecutivos radicados antes y después de la entrada en vigencia del Acuerdo 048 de 2014, así como respetar los plazos perentorios del procedimiento administrativo establecido en el Decreto 1469*

⁵ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

de 2010, deberán necesariamente desistir de la solicitud inicial y radicar una nueva ante el Curador Urbano que lo estime conveniente con el consecuente pago del cargo fijo a que haya lugar. (Negrillas y subrayadas fuera del texto original)

Es necesario retomar la fecha de esta orden de servicio, es decir en el año de 2015, vigencia posterior al hecho generador del daño fiscal aquí investigado época en la cual la presunta responsable no se hallaba como Curadora Urbana

No puede entonces, endilgarse culpa grave a la presunta responsable fiscal, cuando actúa con el convencimiento de que su actuar no desconoce el marco jurídico y jurisprudencial, sino que de manera adicional tiene soporte en una orden de servicio que fue expedida con posterioridad a su conducta, y que permite dar cuenta que la situación que se evidencia corresponde a decisiones administrativas que desde el preterito se venían profiriendo por los diferentes órganos de control del orden territorial, incluyendo obviamente a este órgano de control, es decir, que no se vislumbra una conducta que se pueda enmarcar como gravemente culposa.

Esta reflexión de esta superioridad que se respalda con criterio jurisprudencial vinculante del Consejo de Estado, al señalar en este aspecto⁶:

"[...] Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de una agente que generó un daño antijurídico(injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancia en que actuó; osea, la conducta es culposa cuando cuando el resultado daniño es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiendolo previsto, confió en poder evitarlo. Tambien por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habria incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.(...) respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularemnet grosera " su autor no ha querido realizar el daño , pero se ha comportado como si lo hubiera querido (...) y agregan que " reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podrá explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente".

Así las cosas, esta Dependencia concuerda con el operador jurídico de la primera instancia al encontrar procedente la terminación de las presentes diligencias, al punto que será confirmada la decisión materia de consulta. De manera pues, que la decisión que hoy se profiere tiene su fundamento en el artículo 54 de la Ley 610 de 2000.

⁶ Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.

Por las anteriores consideraciones y sin mayores elucubraciones, se

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 460 del 20 de septiembre de 2021**, por medio de la cual se ordenó Falla Sin Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 08 de 2016**, ordenando el archivo por la motivación expuesta en las consideraciones del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión administrativa y advirtiese que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín.

Proyectó: Beatriz E. Colorado A.
Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe Oficina Asesora Jurídica