



Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

Palacio Acosta, Alejandro; Martínez Torres, Juan Guillermo; Zambrano Guzmán, Luis
Gabriel

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO RELACIONADA CON
LAS CURADURÍAS URBANAS

Nuevo Derecho, vol. 14, núm. 23, julio-diciembre, 2018, pp. 1-22
Institución Universitaria de Envigado

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770735004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO RELACIONADA CON LAS CURADURÍAS URBANAS

Alejandro Palacio Acosta
Juan Guillermo Martínez Torres
Luis Gabriel Zambrano Guzmán

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende hacer una aproximación a la figura de las Curadurías Urbanas, y ciertas problemáticas que pueden estar relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado cuando las funciones de las mismas no cumplen con los requisitos establecidos en la ley, dando como resultado circunstancias que, en muchas ocasiones, han resultado catastróficas. Para ello se tratará el concepto de Curaduría Urbana, las funciones de los curadores, los tipos de licencia que expiden, así como los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

PALABRAS CLAVE

curaduría, curadores urbanos, responsabilidad estatal, urbanismo.

ABSTRACT

In the present work is intended to make an approximation to the figure of Urban Curators, and certain problems that may be related to the extra-contractual liability of the State, when the functions of the same do not comply with the requirements established in the law, giving result in circumstances that, in many occasions, have been catastrophic. For this, the concept of Urban Curatorship will be approached, and the functions of the curators as well, the types of license they expedite, as well as the constitutive elements of the state extra-contractual liability.

Abogado. Especialista en Contratación Estatal. Especialista en Responsabilidad Estatal. E-mail: palacio98@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4247-5552>.

Abogado. Especialista en Derecho Laboral Administrativo. Especialista en Responsabilidad Estatal. E-mail: juangui354@gmail.com.

Abogado. Especialista en Responsabilidad Estatal. Auxiliar en investigación. E-mail: lgzambrano@correo.iue.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1790-5901>.

KEY WORDS

curatorship, urban curators, state responsibility, urban planning.

INTRODUCCIÓN

Se tiene la idea errónea de que el actuar del Estado debe ser siempre correcto e infalible, precisamente por la responsabilidad que tiene de procurar el bien común a la sociedad, sin embargo, en muchas ocasiones el desempeño gubernamental no logra su cometido y en esos casos se puede incurrir en situaciones en las cuales se ocasione un daño a una persona o personas, ya sea por actos irregulares u omisiones en cuanto a la vigilancia y control que se debe ejercer sobre aspectos que tienen que ver con el bienestar colectivo, como lo pueden ser las obras de construcción. La edificación y posterior desplome o deterioro de inmuebles, puede ser en su momento una noticia inusitada, tanto por la espectacularidad dada por los medios a tales eventos (basta recordar el caso del Edificio Space en Medellín, o la tragedia de Comfandi en Cali), como por los actores que en esos casos pueden estar involucrados: constructoras importantes del país, ingenieros prestigiosos y controvertidos del ramo, Curadurías Urbanas que en muchas ocasiones son laxas en la revisión de los requisitos allegados para la obtención de la licencia y el Estado, que a veces soluciona delegando en figuras como las Curadurías y modificando la ley con el fin de hacer menos engorroso el trámite y expedición de licencias de construcción. El propósito de este trabajo es el de hacer una aproximación a los conceptos de Curaduría Urbana y Responsabilidad Extracontractual del Estado, así como determinar si existe una relación entre ambas a partir de la actuación del Estado.

1. La responsabilidad extracontractual del estado relacionada con las curadurías urbanas

1.1. Las Curadurías Urbanas y licencias de construcción. Concepto, modalidades y requisitos.

A finales de los años 90, por medio de la Ley 190 de 1995, el Congreso de la República expidió el Estatuto Anticorrupción, mismo que, por medio del artículo 83, facultaba al Gobierno Nacional para emitir decretos encaminados a una simplificación administrativa que suprimiera o reformara trámites que pudieran ser innecesarios. Con base en dichas facultades, se expidió posteriormente el Decreto 2150 de 1995 el cual, en el capítulo IV, relacionado con las Licencias de Urbanismo y Construcción, artículo 50 (Derogado por el art. 138, Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003), introdujo la figura del curador urbano, entendido como:

(...) 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. (Congreso, Ley 810, 2003)

Dicho artículo sería derogado por el artículo 138 de la Ley 388 de 1997 que sería, a su vez, modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, complementando la definición del curador urbano, misma que lo especificaría como:

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. (Congreso, Ley 810, 2003)

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto 1052 de 1998, “Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana y las sanciones urbanísticas”, luego se expidieron algunas modificaciones a la norma anterior, como el Decreto 89 de 2001, que modificó lo relacionado con el cobro de expensas por parte de los curadores urbanos, así como el Decreto 1347 del mismo año, modificatorio de las condiciones y requisitos para la designación de los curadores, y el Decreto 47 de 2002 con similares regulaciones; así como la Ley 810 de 2003, regulatoria del tema de Curadurías Urbanas, especialmente en relación con su nombramiento y el ejercicio de sus funciones (Herrera, 2004).

Evidentemente, aunque existe una manifestación legal de la naturaleza jurídica del Curador, al momento de otorgar una función pública en manos de un particular, no puede este ser equiparado con cualquier particular, ya que de sus funciones emana una responsabilidad social (Baptiste & Lora, 2014).

De acuerdo con el Decreto 1077 de 2015, artículo 2.2.6.1.1.2, existen diversos tipos de licencias, a saber: de urbanización, parcelación, subdivisión, construcción, intervención y ocupación del espacio público. Para los efectos de este trabajo, se tendrá como centro la licencia de construcción, misma que, de acuerdo con el artículo 2.2.6.1.1.7 del citado Decreto, se entiende como:

(...) la autorización previa para desarrollar edificaciones, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, los Planes Especiales de Manejo y Protección de Bienes de Interés Cultural, y demás normatividad que regule la materia. En las licencias de construcción se concretarán de manera específica los usos, edificabilidad, volumetría, accesibilidad y demás aspectos técnicos aprobados para la respectiva edificación (Decreto 1077, 2015).

La licencia de construcción tiene diversas modalidades, a saber:

- 1) Licencia para obra nueva: esta licencia se expide cuando lo que se desea es construir en terrenos que no han sido utilizados para tal efecto o que bien, se encuentran libres después de una demolición.
- 2) Licencia de Ampliación: esta licencia autoriza la ampliación de un área ya construida, ya sea adosada o aislada, pero, como sea que se haga, debe estar circunscrita al potencial de construcción definido por las normas urbanísticas.
- 3) Licencia de Adecuación: este tipo de licencia se utiliza cuando se desea adecuar un espacio ya existente para un propósito distinto del original, conservando el inmueble de manera total o parcial.
- 4) Licencia de Modificación: por medio de esta licencia se puede variar el diseño de una obra, pero sin que se aumente su área construida.
- 5) Licencia de Restauración: esta licencia es utilizada cuando se busca recuperar o adaptar

un inmueble que tiene un valor estético, histórico o simbólico.

6) Licencia de Reforzamiento Estructural: esta licencia sirve para autorizar el reforzamiento de aquellas estructuras que demuestran fallencias estructurales, o que necesitan ser más fuertes de acuerdo a las normas de seguridad sísmo resistente.

7) Licencia de Demolición: por medio de esta licencia se permite derribar uno o varios inmuebles, pero debe ser otorgada en conjunto con alguna otra licencia de construcción.

8) Licencia de Reconstrucción: este tipo de licencia se expide cuando se va a retomar una obra que ya había sido licenciada y que, por alguna causa de fuerza mayor fue suspendida. La licencia se debe otorgar en las mismas condiciones que en el primer momento en que fue expedida.

9) Licencia de Cerramiento: se expide para permitir el cierre de manera permanente de un predio privado (Decreto 1077, 2015).

Por otra parte, la expedición de toda licencia urbanística hace necesario que se cumpla con determinados requisitos, entre los cuales se piden los siguientes documentos:

1) Copia de certificado de libertad y tradición cuya fecha no debe ser mayor a un mes antes de realizar la solicitud.

2) Formulario único para la solicitud de licencias diligenciado por el solicitante.

3) Copia del documento de identidad del solicitante cuando se trate de personas naturales o certificado de existencia y representación legal cuando se trate de personas jurídicas, este no debe tener una fecha de expedición superior a un mes.

4) Poder otorgado ante notario o autoridad competente cuando se solicite la licencia mediante apoderado.

5) Copia del impuesto predial del último año perteneciente al inmueble objeto de la solicitud en el cual se pueda identificar plenamente el inmueble.

6) Relación de la dirección de predios que colinden con el proyecto que se pretende licenciar.

7) Copia de la matrícula profesional de quienes intervienen en el trámite, así como copia de certificados de experiencia (Resolución 0462, 2017).

De igual manera, cuando se trata de la licencia de construcción de manera específica, se requieren documentos adicionales, el artículo 5 de la Resolución 0462 de 2017 indica que se requiere:

- * Memoria de los cálculos y diseños estructurales.

- * Memoria de aquellos elementos no estructurales.

- * Estudios geotécnicos y estudios de suelos.

- * Planos de la estructura del proyecto.

- * Proyecto arquitectónico acorde a la normatividad vigente que debe, como mínimo contener la localización, plantas, alzados o cortes de la edificación relativos a la vía pública o privada. En el caso de ser suelo inclinado, los cortes deben dar cuenta de la inclinación real del terreno, fachadas, planta de cubiertas y cuadros de áreas.

- * Cuando sea necesaria una revisión independiente de diseños estructurales, se deberá presentar memoria de cálculos y planos estructurales con la firma del revisor independiente; memorial del alcance de la revisión realizada, firmada por el revisor independiente.

- * Cuando la licencia se solicite a una autoridad distinta de la que dio la licencia original, se deberán presentar licencias anteriores, esto no aplica cuando se trate de obra nueva.

- * Cuando se trate de bienes de interés cultural, ya sea nacional o departamental, municipal o

distrital, deberá adjuntarse anteproyecto aprobado por el Ministerio de Cultura.

* Cuando se trate de propiedad horizontal se debe presentar copia del órgano competente de administración de propiedad horizontal.

* Cuando se trate de obra nueva para equipamiento de suelo objeto de cesiones anticipadas, deberá presentarse certificación de que hay disponibilidad inmediata de servicios públicos.

* Los documentos relativos a los numerales 1, 2, 3, 4, y 5 deben presentarse de manera impresa, rotulados y firmados por profesionales competentes mismos que serían responsables de la información que se vierta en los documentos.

Así entonces, se creó la figura de los curadores urbanos y se establecieron pautas y requisitos con la intención de que estos dieran mayor celeridad a los procesos de otorgamiento de licencias de construcción (Herrera, 2004), además de ejercer un control e intentar prevenir la entrega de edificaciones con fallas estructurales o de baja calidad en materiales. Sin embargo, la legislación laxa y las reformas realizadas al Plan de Ordenamiento Territorial han abierto la puerta para que, aun cuando un terreno sea considerado como no apto para la construcción, baste un estudio de suelo y el compromiso del constructor de realizar las acciones necesarias para eliminar los riesgos, para que dicho terreno pueda ser licenciado.

Evidentemente, no solo las fallas en el diagnóstico del suelo causan problemas en las construcciones, también es necesario considerar el uso de materiales de poca calidad o errores de planeación en los proyectos. Sin embargo, más allá del suelo y los materiales, los curadores durante años han estado expidiendo licencias de forma indiscriminada y aun a espaldas de las Alcaldías correspondientes (El País, 2012), toda vez que el Decreto 1469 de 2010 en el artículo 63 indica que es competencia de las Alcaldías Municipales o Distritales el control y vigilancia durante la ejecución de las obras. No obstante, para poder expedir las licencias, las Curadurías han recurrido al reciclaje y maquillaje de estudios de otras obras, expedientes incompletos, duplicidad de estudios, omisión de los mismos, así como a la total falta de control del Estado.

1.2. La responsabilidad Estatal, concepto y evolución histórica.

Se puede decir que cuando las Curadurías Urbanas no cumplen con su función a cabalidad, el Estado puede tener cierto grado de responsabilidad, pero no se tiene claro si efectivamente es así. Es entonces necesario, en primer lugar, tener claro qué se entiende por responsabilidad. Muchos tratadistas han producido su propio concepto; así, en voz de Arturo Alessandri (1981):

en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.

Por otra parte, según Mazeraud (1960, pág. 7), “existe responsabilidad civil, cuando la persona queda obligada a reparar el daño sufrido por otro”; es evidente entonces que la responsabilidad se imputa por cuanto haya sucedido, por las circunstancias que desencadenan el daño, mismas que dan origen a una reparación; así las cosas, no sería relevante si la responsabilidad es resultado de un acto en específico o de una omisión, puesto que, tal como lo

indica el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, al hablar de la responsabilidad del Estado: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Se sabe que el Derecho es una ciencia dinámica, que se apega a los distintos momentos históricos y a los escenarios jurídicos que con el tiempo se presentan; entonces, la normatividad debe propender por mantener cierto nivel de regulación en cuanto al actuar de particulares y del Estado. De acuerdo a lo anterior, el concepto de Responsabilidad Administrativa ha ido evolucionando de manera progresista al observar cambios importantes con el paso del tiempo. De acuerdo con Libardo Rodríguez (2017), el concepto de Responsabilidad ha pasado por tres etapas fundamentales:

a) La irresponsabilidad: hasta entrado el siglo XIX la premisa fue que el Estado era soberano, por cuanto podía imponerse a los demás sin compensación alguna, al menos no como persona jurídica, dado que:

Si bien el Estado no era responsable, se consideró que por los daños que causara su actividad eran responsables los agentes que directamente los causaban; es decir, que si bien no era responsable la persona jurídica, sí lo era la persona natural que causaba el daño en nombre de aquella (Rodríguez, 2017).

b) La responsabilidad: esta etapa inició con el Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos Francés en 1873. Por medio de este se consagra la Responsabilidad del Estado, estuviera contemplada en el ordenamiento jurídico o no, o que la actuación del Estado fuera de gestión o de poder, lo que se erigió como un nuevo concepto en torno al servicio público. Con ello no se puede decir que se conceptualizó en torno a la Responsabilidad del estado como una regla, sino que más bien lo que se logró fue el nacimiento del derecho administrativo como una rama independiente del derecho. Rodríguez (2017), citando el célebre fallo Blanco de 1873, proferido por el Tribunal de Conflictos Francés, apunta:

la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; [...] esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

c) La responsabilidad creciente: a partir de ese momento, el derecho administrativo evolucionó hacia una responsabilidad del Estado cada vez más amplia en cuanto al alcance, puesto que anteriormente no había manera de comprometer a la Administración por fallas, ya fuera por acción u omisión. Así, la culpa relacionada con el actuar del Estado fue cada vez en aumento, en el sentido de que la posibilidad de que efectivamente se pudiera imputar responsabilidad al Estado y se pudiera actuar contra este se fue haciendo más flexible con el tiempo, de tal forma que, incluso al día de hoy, el Estado puede ser responsable por hechos en los cuales no se presenta culpa o dolo, hablando de una responsabilidad objetiva (Rodríguez, 2017).

La evolución ha sido tal, que en tiempos recientes a nivel internacional se ha hablado de una responsabilidad social, entendida esta como aquella que el Estado debe asumir cuando se

cause daño a miembros de la comunidad y que no aparezca un responsable determinado, o que este no esté en posibilidades de indemnizar por el daño causado (Rodríguez, 2017).

Es evidente que a lo largo de la historia se ha pasado de un Estado completamente libre de actuar u omitir, esto es, prácticamente omnipotente, y para el cual no había límites legales que le fueran impuestos por parte de los entes judiciales de cada época, a un Estado responsable, no solo por las actuaciones de sus agentes, sino también de terceros que actúan en su representación (contratistas, subcontratistas, particulares en ejercicio de funciones públicas, etc.)

Por otra parte, durante mucho tiempo en Colombia la Responsabilidad Administrativa estuvo fuertemente influenciada por la jurisprudencia y la doctrina española y francesa, sin embargo, el eventual avance y desarrollo de sus propios conceptos acordes a su propia realidad y contexto, se fueron desarrollando poco a poco, hasta llegar a lo que hoy se entiende por Responsabilidad Extracontractual del Estado, y todo lo que el tema conlleva.

La Responsabilidad del Estado en el país ha pasado por distintos momentos, he aquí una pequeña cronología al respecto (Motta & Baracaldo, 2010):

- Hasta finales del siglo XIX el Estado colombiano no aceptaba ninguna clase de responsabilidad en su actuación, salvo que la Ley lo indicara expresamente.
- La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre (1986), según los tratadistas, fue el parteaguas para establecer la responsabilidad del Estado, indicando que:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes.

Así, en Colombia se instituyó la Responsabilidad Extracontractual del Estado, inicialmente asociada a la responsabilidad de los particulares. Por otra parte, toda vez que se ha reconocido la Responsabilidad del Estado, esta ha pasado por tres grandes etapas (Motta & Baracaldo, 2010):

1. La aplicación del derecho privado: hacia finales del siglo XIX, se estableció que la responsabilidad del Estado debía ser igual a la de los particulares, aplicándole el mismo régimen que a las entidades jurídicas privadas de acuerdo al Código Civil, resultando entonces que podía hablarse de una responsabilidad directa e indirecta del Estado. Inicialmente fue reconocida la responsabilidad indirecta, siendo esta la que sucedía cuando los funcionarios actuaban en contra de una persona jurídica, al causar daños a terceros debido a sus funciones o en ocasión de las mismas; así, de acuerdo con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, si una persona jurídica fallaba al elegir a sus agentes y en la vigilancia de los mismos, el Estado tenía responsabilidad por la elección (culpa in eligendo) o por la vigilancia en la actuación de dichos agentes (culpa in vigilando). La responsabilidad directa del Estado se fundamentó en el artículo 2341 del Código Civil, argumentando bajo la teoría de los órganos, tal como lo explica la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1958:

Tanto las personas físicas como jurídicas obran mediante sus órganos de actuación. Así, en relación con una persona física son órganos propios las manos, los brazos y demás miem-

bros principales de que puede valerse el cerebro para realizar en el mundo exterior sus voliciones [...] Cuando alguien con sus manos golpea a otra persona, con palabras calumnia a otro [...], ha causado un daño mediante el empleo de sus órganos; tal acto se imputa a su voluntad, pues ésta quiso la acción y la ejecutó mediante los órganos sobre los cuales tiene pleno control y dirige a su antojo [...] Bien, las personas jurídicas [...] obran también mediante órganos [...] En general, pues, el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica, por ser parte integrante de su propia existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica

Así, la sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976, en la cual funge como Magistrado Ponente el doctor Jorge Valencia Arango, y que es considerada como un referente en cuanto a la determinación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, debido a que hace un análisis aplicado a la evolución temporal e histórica de la misma, indicando que la responsabilidad indirecta fue la primera en admitirse tanto en personas públicas como jurídicas, fundamentándose en la culpa de los funcionarios que causaren daños a terceros debido al ejercicio de sus mismas funciones o por acciones inherentes a ellas; así mismo, establece que toda persona jurídica está obligada a fiscalizar el actuar de sus agentes.

2. La etapa de transición: hacia 1941 se pretendía que la responsabilidad del Estado estuviera supeditada a un régimen especial, así, a partir de la sentencia del 30 de junio de 1941, la Corte Suprema de Justicia determinó que la teoría de la culpa, falta o falla en el servicio, podía ser aplicada a la responsabilidad de las personas públicas, obviamente esto suscitó una enorme polémica, puesto que era incomprensible cómo se aplicarían los mismos parámetros para lo público y lo privado; sin embargo, la Corte lo resolvió aplicando la responsabilidad por el hecho propio, de tal forma que a una teoría propia del derecho público se aplicaba una norma del derecho privado (Motta & Baracaldo, 2010).

3. La aplicación del derecho público: mediante el Decreto 528 de 1964 se entra en la etapa de la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de resolver las controversias de carácter administrativo, indicando que dichas controversias son de carácter especial, por lo que corresponde a un régimen especial hacerse cargo de las mismas. Al día de hoy, la Ley 1437 de 2011 sustenta dicha competencia de lo contencioso-administrativo. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se pasó de la falla en el servicio al daño antijurídico, establecido en el artículo 90 (Motta & Baracaldo, 2010).

Es evidente que la búsqueda de igualdad, equidad y justicia en casos en los cuales se ha sufrido un daño y es necesaria una reparación del mismo, ha llevado a legislar con el fin de que esa reparación sea posible, sin importar quién sea el responsable de la misma, incluido el Estado, cuya figura dejó de ser intocable para pasar a tener obligaciones como muchas otras entidades y particulares, esto en aras del bienestar de los ciudadanos, pero a la vez es importante recalcar que de este tipo de situaciones y casos en los que el Estado ha resultado tener responsabilidad administrativa frente a un daño, se han ido sentando precedentes para poder proteger los intereses de los particulares, incluso de los intereses y la posición privilegiada del Estado.

Ahora bien, para que exista responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario que exista una actuación u omisión administrativa, un daño o perjuicio y un nexo causal que unos

ambos elementos; hablando de la actuación de la Administración, puede darse por medio de actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones. En voz del profesor Rodríguez (2017, pág. 453) “(...) para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora”.

Por otra parte, y hablando del daño relacionado con la culpa en la actuación del Estado, es necesario que el daño sea cierto, que sea anormal, y que se vulnere un bien legalmente protegido por medio de un hecho concreto o una omisión. No obstante, a todo lo anterior el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia añade un aspecto más: la antijuridicidad, entendida como un daño que el sujeto que lo sufre no tiene la obligación o el deber jurídico de soportarlo. Al respecto la doctrina española ha dicho que:

La antijuridicidad del daño existirá siempre que no se den causales de justificación de la actividad administrativa dañosa con relación al titular del patrimonio dañado. Dicha antijuridicidad se traduce, por consiguiente, en la inexistencia del deber de soportar el daño por parte de la víctima. Finalmente, el daño resarcible deberá ser, además de antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (Leguina, 1983).

Empero, esos dos elementos, el daño y el hecho, no son concluyentes o definitivos para hablar de una responsabilidad extracontractual del Estado cuando no existe el nexo causal entre ambos, debe entonces comprobarse que con su actuación el Estado es responsable del daño causado. Es evidente entonces que el nexo causal debe ser plenamente comprobado en todos los casos, al respecto el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se han manifestado en múltiples ocasiones, un ejemplo de ello es la sentencia del 3 de mayo de 1999, en la cual el Consejo de Estado refirió que:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la Ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.

1.3. Curadurías y Responsabilidad extracontractual: antecedentes jurisprudenciales.

A lo largo de los años, las Cortes han emitido sentencias que han ido conformando el legado jurisprudencial al respecto, poniendo de manifiesto no solo las facultades de las Curadurías, sino los límites que debe imponerles el Estado pero que, en los casos analizados, no fueron establecidos, dando lugar a daños y perjuicios. La facultad del Estado para delegar funciones que son de su competencia ha sido retomada por la Corte Constitucional de Colombia, corporación la cual en Sentencia C-561 de 1999 indicó que:

la delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

En este sentido, existe la “descentralización administrativa por colaboración”, siendo aquella en la que los particulares desempeñan funciones públicas en aras de satisfacer el interés colectivo. La Corte Constitucional de Colombia se ha manifestado acerca de la existencia de este tipo de descentralización y de los parámetros en los que los particulares pueden llevar a cabo funciones públicas, ejemplo de ello es la Sentencia C-167 de 1995, en la que manifestó:

En efecto, no es extraño que los particulares ejerzan funciones públicas por habilitación del Estado, ya que los particulares pueden intervenir en el ámbito de la función pública. Sus atribuciones y el ejercicio de la función no modifican per se, la naturaleza privada de las personas jurídicas, pero en el ejercicio de las atribuciones, esas se hallan sujetas a las reglas propias de la función que ejercen, pues en razón del acto de habilitación ocupan el lugar de la autoridad estatal, con sus obligaciones, deberes y prerrogativas. En consecuencia, para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas.

Así entonces, el Estado se encarga de las gestiones económicas y el particular de actividades que no implican el lucro, sino más bien el bien común de la sociedad. No obstante, en el caso de los Curadores Urbanos, en virtud del Decreto Ley 1052 de 1998, estos sí pueden obtener ganancias por su actividad, a este tenor la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 1997 manifestó:

La complejidad y el número creciente de las tareas que la organización política debe cumplir en la etapa contemporánea ha llevado a procurar el concurso de los particulares, vinculándolos, progresivamente, a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, consagrada por el artículo 2 superior como uno de los fines prevalentes del Estado colombiano.

Empero, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con radicado 1643 del 2 de junio de 2005, dejó en claro que el hecho de que los Curadores Urbanos sean designados por el Estado y que este, en figura de las Alcaldías, sea encargado de su control y vigilancia:

no significa que los curadores urbanos pierdan su identificación legal como particulares encargados del ejercicio autónomo de una función pública, ni que sean inferiores jerárquicos de los organismos y funcionarios mencionados, sino que la ley ha querido amparar el bienestar colectivo y proteger a la comunidad contra el riesgo social que significa el ejercicio de dicha función, asignándole a éstos, la competencia para operar como una especie de “segunda instancia” o “superior inmediato” funcional de aquellos.

Por otra parte, este tipo de delegación de actividades se encuentra en medio del derecho público y el privado, por cuanto el Estado confiere actividades administrativas a un particular, pero sin que por ello su autoridad se vea mermada. Al respecto, en concepto con radicado No. 1309 del 7 de diciembre de 2000 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Consejo de Estado, manifestó que:

Los curadores urbanos son particulares que colaboran en las atribuciones municipales me-

diente el ejercicio de un poder legal de carácter administrativo y según el decreto 1052 de 1998 tienen un periodo fijo, son nombrados por el alcalde, acceden al servicio mediante concurso de méritos, están sujetos a 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.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, a través de concepto con radicación No. 1758 del 26 de julio de 2006 expresó que:

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 9º 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 o 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.

Por otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 16 de marzo de 2012, en aras de un desarrollo urbanístico ordenado y en defensa de la calidad de vida de los habitantes, atribuyó responsabilidad a Inversiones Ónix Ltda, las Curadurías Urbanas Segunda y Tercera de Medellín y al Municipio de Medellín por la vulneración de derechos colectivos, aduciendo que:

Es de resaltar, que para la Sala resulta inconcebible que el Municipio de Medellín, durante todo el proceso niegue la responsabilidad que tiene como primera autoridad del Municipio encargada de vigilar y velar el cumplimiento de las normas urbanísticas. Pues como superior jerárquico de los curadores urbanos le compete ejercer control de legalidad sobre las licencias de construcción que ellos expiden en uso de sus facultades legales.

En ese sentido, el fallo referido, además de declarar responsable a las citadas entidades, ordenó a “la Alcaldía de Medellín a través del DAP, adelantar el proceso sancionatorio pertinente contra Inversiones Onix Ltda y las Curadurías Urbanas Segunda y Tercera de Medellín de conformidad con la Ley 810 de 2003” (Consejo de Estado, 2012).

De igual manera, conminó a la Alcaldía de Medellín a evitar omisiones en cuanto al control y vigilancia del cumplimiento de las normas pertinentes, exhortándola a que:

(...) en lo sucesivo no olvide su responsabilidad como primera autoridad del ente territorial que tiene dentro de sus funciones las de vigilar y velar el cumplimiento de las acciones urbanísticas de acuerdo a la normatividad vigente, y adelante las acciones policivas y sancionatorias necesarias contra los curadores urbanos y urbanizadores que las incumplan.

Finalmente, y complementando lo anterior, cabe resaltar que, aunque la facultad de vigilar, controlar, investigar y hasta de sancionar esté en cabeza de las alcaldías, esto no ocurre con la potestad disciplinaria, misma que ostenta la Procuraduría General de la Nación; así lo ex-

presa el Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2003:

(...) el artículo 52 de la Ley 734 de 2002 prescribe que “El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catalogo especial de faltas imputables a los mismos”, aspectos regulados en los artículos 54, 55, 56, 57, *ibídem*, entre otras disposiciones. De suerte que en virtud del artículo 75 de la Ley 734 de 2002 cabe entender que a partir de la vigencia de ésta, 4 de mayo de ese año, la acción disciplinaria contra los curadores urbanos quedó en cabeza exclusiva de la Procuraduría General de la Nación.

1.4. Causales de exoneración.

La jurisprudencia establece que existen causales de exoneración de responsabilidad, a saber: fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, o el hecho de un tercero. Se entiende por causal exonerativa aquella causa por la que se impide imputar un daño determinado a una persona, motivo por el cual, es improcedente declarar culpabilidad. Ennecerus, citado por Patiño (2011), define la fuerza mayor como un “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”. En Colombia esta figura fue definida por el art. 1º de la Ley 95 de 1890, la cual subrogó el artículo 64 del Código Civil, mismo que establece: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. La Corte Suprema de Justicia ha sido puntual al señalar que para que se pueda hablar de fuerza mayor o caso fortuito, es necesario (Patiño, 2011):

a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (G.J., tomos LIV, p. 377, y CLVIII, p. 63).

b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito.

Pese a que la legislación colombiana no hace una diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, el Consejo de Estado (2000) ha intentado diferenciar esas dos figuras, indicando que:

se han extraído diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Se indica que la primera es aquel suceso conocido, imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño; es decir, es causa extraña y externa al sujeto (terremoto, inundación, avalancha). El caso fortuito, por el contrario, si bien es irresistible, proviene de la

estructura de la actividad de aquél, sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc.), y puede ser desconocido, permanecer oculto; de tal manera, que no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

Así las cosas, la fuerza mayor es un suceso que simplemente no hay manera de prever, sobre la que no hay control ni conocimiento y que no está relacionado con el evento que causó el daño; por su parte, el caso fortuito sí puede preverse y tiene una relación inherente con la actividad que causó el daño, por lo cual este último no comporta las características necesarias para considerársele como una causal válida de exoneración.

Por otra parte, al hablar del hecho de un tercero, se hace referencia a alguien completamente extraño y ajeno tanto a los actores como a la actividad que causó el daño, de no ser así, al sujeto se le adjudicaría responsabilidad solidaria o indistinta, lo cual lo ubicaría como responsable y, por ende, co-obligado. La jurisprudencia del Consejo de Estado (2008) indica al respecto que:

Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél.

No obstante lo anterior, para que se pueda configurar el hecho de un tercero, es necesario que el hecho sea único, exclusivo y determinante del daño causado y que se haya producido en circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega (Patiño, 2011).

De igual manera, al hablar de hecho exclusivo de la víctima como otra figura exonerativa de responsabilidad, parte de una premisa: “quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar”. Existen dos normas que hacen referencia a la aplicación de esta causal, en primer término, el artículo 2357 del Código Civil que indica que el daño puede verse reducido si quien lo ha sufrido se ha expuesto de manera imprudente; de igual manera el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 establece que “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”. La jurisprudencia ha probado esta causal exoneratoria en casos en los que el actuar que produjo el daño es causado por un menor o un demente. En el caso en que un demente murió tras oponer resistencia a la policía, en el que se pone de manifiesto que el hecho de la víctima no necesariamente debe ser culposos, se dijo (Patiño, 2011):

El estado de alteración mental en el que se encontraba el señor Tuay no varía el hecho objetivo de que su conducta fue violenta y que puso en peligro la vida y la integridad personal del agente de la policía. Tampoco cambia la situación porque el agresor no tuviera, en ese instante, la capacidad de comprender y determinar su conducta, en cuanto a la agresión actual e injusta contra el uniformado y la necesidad de éste de presentar una defensa real. Resulta, pues, irrelevante, para estos efectos, determinar si en ese momento el agresor actuó o no con culpa, como se manifiesta en el escrito de sustentación del recurso, pues la determinación de su estado, no transforma su conducta que siempre será violenta y peligrosa.

(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2005).

En los diferentes regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado desarrollados en la jurisprudencia nacional, se encuentran dichas causales que exoneran de responsabilidad, con lo cual el Estado puede probar la ruptura del nexo causal, y por lo tanto, como entidad demandada, se podría eximir de dicha responsabilidad (Irrisari, 2000).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que el demandado en un juicio de responsabilidad puede defenderse atacando alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, o bien respecto del daño, el elemento imputación o el elemento fundamento. Dependiendo del régimen de responsabilidad aplicable, el demandado puede decantarse, estando en un régimen subjetivo de responsabilidad, por exonerarse comprobando ausencia de falla, de nexo causal o probando causa extraña; por el contrario, si se trata de un régimen de responsabilidad objetiva, sus posibilidades de exoneración se limitan a la ausencia de nexo causal o la existencia de causa extraña (Patiño, 2011).

De acuerdo a lo anterior, se podría decir que al hablar de la actuación de las Curadurías Urbanas, podría tratarse del hecho de un tercero, sin embargo hay que tomar en cuenta que en muchas ocasiones los agentes de vigilancia y control de las Alcaldías Municipales o Distritales que, como ya se dijo, están facultados para tal desempeño por el artículo 63 de la Decreto 1469 de 2010, visitan las construcciones y dan vistos buenos a las mismas, sin existir todos los requisitos que son exigidos para establecer que las construcciones son habitables o utilizables, como el permiso de ocupación. Sin embargo, diversos estudios dan cuenta de que para conseguir la aprobación de las autoridades, así se tenga la plena consciencia de que no se ha diseñado de acuerdo a los requisitos legales, ni se haga uso de materiales adecuados, no existan estudios de suelos o se presenten estudios de factibilidad que no corresponden a la obra, sino a otros proyectos y, si bien la responsabilidad de que todos estos aspectos protocolarios sean debidamente cumplido por parte de las constructoras es de las Curadurías, también hay que decir que el Estado tiene injerencia en esta problemática (Universidad de los Andes, 2015).

Es evidente entonces que, si bien el actuar de las Curadurías no es el adecuado en muchas situaciones, lo cual podría ser considerado como “hecho de un tercero”, también hay que decir que esa libertad de actuación de los curadores emana directamente de las facultades que el Estado les ha otorgado. El Estado tiene responsabilidad al haber creado la figura de las Curadurías Urbanas, delegando en particulares una obligación meramente estatal, convirtiéndolas en juez y parte; posteriormente al modificar la ley, permitiendo que así una construcción tuviera fallas. la promesa de reducción de riesgos y de estudios de suelo pertinentes bastaran para ser entregadas.

El concepto de Responsabilidad Extracontractual, a cuyo tenor la ley es explícita, está relacionado con aquel contrato que no refleja un acuerdo de voluntades entre el Estado y la persona que haya sufrido un daño y, por ende, resulte damnificado (Gordillo, 2013), y se origina en el acto legislativo. Cuando ocurre que una ley es determinante para que se dañe el patrimonio, en el sentido de que esta establece las condiciones propicias para que eso ocurra, en el caso que da origen a este trabajo, una legislación laxa en cuanto al control de las Curadurías Urbanas, actuaría en ese sentido. Así, es evidente que la modificación a la ley para reducir los requisitos para entregar obras, aunada a la creación de las Curadurías, ha sido una combinación legislativa que ha ido en detrimento de la calidad de las obras y se ha

concentrado en la cantidad de edificios que se pueden construir y vender bajo la complacencia y el disimulo del Estado, y no en vender viviendas o edificaciones útiles y seguras para quienes las habitarán o harán uso de ellas o en los daños que se pueden causar por ello.

En este sentido, es necesario retomar el concepto Daño Antijurídico. Se puede decir que, de acuerdo a la jurisprudencia existente después de la génesis de ese concepto, el daño antijurídico es, según el Consejo de Estado (2011):

el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Con base en lo anterior, para que se pueda hablar de la existencia de daño antijurídico, es necesario que existan ciertos parámetros: debe haber una afectación a un interés legítimo que la víctima no está obligada jurídicamente a soportar, se le considera tanto una responsabilidad objetiva como subjetiva, ya que el daño puede provenir tanto de una conducta lícita del Estado, como de una conducta ilícita del mismo, la cual puede ser imputable a un servidor público (Guerra & Castro, 2007).

Así las cosas, el hecho de que existan eventos en los cuales haya colapsos de edificaciones, mismos que pueden verse traducidos no solo en pérdidas materiales, sino también humanas, puede dar a lugar a un daño antijurídico, puesto que las personas que resultaron con perjuicio a su patrimonio no estaban obligadas a pasar por ello; y, por otra parte, al modificar la ley, crear la figura de las Curadurías Urbanas y reformar la normativa de nueva cuenta para favorecer a los intereses de las mismas, aun cuando cualquiera de las tres acciones son absolutamente legales, lícitas y parte de las funciones del Estado o ligadas a estas. Así, de acuerdo con los regímenes de responsabilidad establecidos por la jurisprudencia, de haber una falla del servicio a causa de los malos manejos en las Curadurías, en cuanto a la falta de control para la expedición de licencias, se podría hablar de una actuación estatal que cabe dentro del régimen de responsabilidad subjetivo, ya que en este se toma en cuenta la conducta del Estado para saber si es responsable o no, existiendo responsabilidad cuando existe culpa, es decir, cuando su conducta es imprudente, irregular, negligente, tardía, omisiva, defectuosa, reprochable o fallida (Orejuela, 2010). En este sentido, al hablar de falla en el servicio, debido a que las Curadurías y sus actividades están regladas, es evidente que existe omisión en la observancia de la ley como fuente de responsabilidad extracontractual.

En este sentido, es tan importante la aplicación de la ley y el tratamiento que a esta se le da, que a raíz de diversos eventos en los que se han visto inmiscuidas las Curadurías Urbanas, han sido modificados 21 Decretos Nacionales concernientes a las Curadurías y su actuación en relación al Desarrollo Territorial, Licencias Urbanísticas, el quehacer de los Curadores Urbanos, entre otros temas relativos a las funciones públicas de los mismos, quienes en este momento deben apegarse a lo estipulado en el Decreto 1077 del 26 de Mayo de 2015 (Curaduría Tercera, 2015).

Sin lugar a dudas, existe una problemática al interior de las Curadurías ya que, si bien fueron creadas con el fin de quitarle una carga al Estado, de hacer los procesos de licenciamiento no solo más efectivos, sino más ágiles, mermando así los costos al erario tanto en tiempo, como

en recursos materiales y humanos; el ánimo de lucro de quienes fungen como Curadores, aunada a un Estado permisivo y a una legislación laxa y que se ha convertido en quien tiene la última palabra en cuanto a quién, cómo, cuándo y dónde puede construirse, sin ninguna necesidad de supervisión de las autoridades de manera eficiente, son las principales dificultades que se presentan en la actividad urbanística y que son causa de daños antijurídicos.

Cuando se aborda el tema de las funciones de un curador, como ya se dijo, es evidente la vital importancia de su labor que, en esencia, es expedir toda clase de licencias que la ley contempla relacionadas con el desarrollo urbano de un asentamiento humano, (Resolución 0462, 2017). Empero, también tiene otras facultades, pues también se encarga de la prórroga, revalidación y modificación de dichas licencias; de igual manera, el mencionado Decreto indica que un Curador en su actuar realiza el ejercicio de una función pública para la verificación de que las normas urbanísticas se cumplan.

Tantas facultades de orden estatal puestas en manos de particulares, hace que se piense acerca de qué tan idóneo es este ejercicio de delegación de funciones. Si bien es cierto que la privatización de funciones del Estado en algunos casos puntuales, como lo son las Cámaras de Comercio, han sido ejemplo de mayor efectividad en el desarrollo de sus funciones en todo el país, ayudando con ello a aminorar la carga del Estado, en la mayoría de los casos se tiene el precedente de que la privatización de servicios de orden público nunca ha redundado en beneficios para el grueso de la población, lo cual puede ejemplificarse con los servicios de salud a los que puede acceder el colombiano promedio. Sin caer en la generalización, pensar que cuando un particular, una empresa privada, cuya finalidad invariablemente es el lucro, va a poner por encima de sus propios intereses el bien común, siendo este menester del Estado, es una posición respecto a una problemática que puede caer hasta en la ingenuidad, sobre todo si se sabe que las curadurías urbanas no son necesarias, y tan no lo son que solamente existen en Colombia, no hay otro país en el orbe en el cual las licencias y permisos de construcción sean otorgadas por otra persona, institución o autoridad, distinta de la autoridad gubernamental y la institución que esta haya designado para tal propósito (Baptiste & Lora, 2014).

1.5 El Proceso Administrativo Sancionatorio relativo al urbanismo.

Como ya se dijo antes, ante una falla en el servicio lo que se busca es la reparación, pero de igual manera tiene que haber consecuencias cuando se ha producido un daño, especialmente cuando la responsabilidad recae en el Estado, por este motivo se ha legislado en distintas oportunidades con el fin de otorgar garantías de inspección, vigilancia y control dentro de la actividad urbanística. Así, la Ley 1437 de 2011, en los artículos 47 a 52 del capítulo III, Título III, consagra el proceso administrativo sancionatorio, y la Ley 1801 de 2016, por su parte, en el título XVI da cuenta de lo relativo al urbanismo y las sanciones a que ha lugar cuando se construye fuera del marco normativo vigente.

La potestad sancionatoria administrativa no se encuentra de manera clara y manifiesta en la Carta Política, sin embargo, diversos artículos dan cuenta de ella, de tal manera que se puede inferir. Uno de ellos es el artículo 29 Constitucional, mismo que versa en torno al debido proceso. En diversas ocasiones la Corte Constitucional (2006) se ha referido a dicho tema definiéndolo como:

el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado

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

Para los efectos de este artículo, se hará énfasis en la Ley 1437 de 2011. Se tiene en primer término que lo que se pretende es proteger los derechos de la colectividad, el interés general y la subordinación de las autoridades de todos los niveles a los preceptos constitucionales. La mencionada Ley, en su artículo 3° es clara al indicar que “Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad” (Ley 1437, 2011).

A este tenor, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, con expediente No. 0701, es clara por cuanto acota que “En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”. Esto es muy importante, sobre todo porque pone en perspectiva el hecho de que el Estado no puede extralimitarse en sus funciones cuando éstas van en contra del bien común, como lo es en aquellos casos en que la actuación de las curadurías ha ido en detrimento de la población.

Por otra parte, una exigencia que trae el artículo 50 del CPACA (2011) es la graduación de las sanciones con la atención de criterios, a saber:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

Con base en lo anterior, se tiene que, en el caso de la actividad de las Curadurías Urbanas, la actuación del Estado al delegar sus funciones en particulares puede caber dentro del numeral 2, por cuanto se sabe que se ha beneficiado de manera directa a terceros al permitir que licencien terrenos que no son aptos para la construcción, con las trágicas consecuencias que son por todos conocidas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede concluir que:

- La creación de la figura de las Curadurías convirtió en muchos casos en juez y parte a constructoras que se han coludido con las mismas para pasar por alto la normatividad vigente.
- La figura de las Curadurías fue creada por el Estado con el fin de descongestionar y dar celeridad a los trámites de construcción. Sin embargo, de manera legal el Estado fue haciendo más permisiva y laxa la normatividad concerniente a las funciones de las Curadurías, así como a los requisitos para la construcción de obras y entrega de las mismas, lo cual ha provocado falla en el servicio al existir una conducta omisiva ante la falta de acciones de vigilancia y control que sean contundentes y puedan evitar problemas en las construcciones que han sido licenciadas.
- Todo lo anterior basta para demostrar que, de acuerdo a lo que se entiende por responsabilidad administrativa, puede haber efectivamente un daño por el cual el Estado es responsable en el desplome de construcciones y los daños que estas ocasionen. La creación de las Curadurías por el Estado, si bien ha sido legal, puede desembocar en daños (que efectivamente ya han sucedido), existiendo un nexo causal, debido a que sin esa permisividad promovida negligentemente por el Estado el daño no podría ser realizado, salvo por causas naturales o de índole irresistible, lo cual es suficiente para determinar que, efectivamente, el Estado tiene corresponsabilidad en el desplome o daño de construcciones cuando estas se deben a una falla en la actuación de las Curadurías y la ausencia de control y vigilancia por parte de las autoridades competentes.
- Con base en lo expuesto a lo largo de este artículo, se recomienda legislar con el fin de que existan mayores exigencias a las Curadurías Urbanas en cuanto al otorgamiento de licencias, así como una mayor vigilancia y control por parte de las Alcaldías Municipales y Distritales, con el fin de que, aun cuando las Curadurías Urbanas ejerzan funciones autónomas, estén siempre bajo la observación de la autoridad correspondiente en aras de no repetir conductas que, ya sea por acción u omisión, han dado como resultado perjuicios y, algunas veces, con trágicas consecuencias.
- También se recomienda que el personal encargado de ejercer el control y vigilancia tenga una mayor preparación y que tanto ellos, como el Curador Urbano, tengan una responsabilidad y consecuencias administrativas, disciplinarias, penales o civiles más severas, de haber incurrido en conductas irregulares al otorgar permisos a obras que no cumplan con los requisitos de Ley.
- Finalmente, se recomienda que en aquellas obras que estén destinadas a ser habitadas o visitadas por cantidades considerables de personas, como complejos habitacionales, empresariales o centros comerciales, se pida por ley un dictamen de expertos independientes como requisito, tanto para la entrega de licencias, como para la entrega de obras terminadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alessandri, A. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: imprenta universal.

Baptiste, D., & Lora, J. (2014). Tesis. Las Curadurías Urbanas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Curaduría Tercera. (11 de junio de 2015). 21 NUEVOS UNICOS DECRETOS REGLAMENTARIOS. Obtenido de c3medellin.com: <http://www.c3medellin.com/wordpress/?p=637>

El País. (24 de Junio de 2012). Cali se llena de edificios ilegales, ¿de quién es la culpa? Obtenido de elpais.com.co: <http://www.elpais.com.co/cal/se-llena-de-edificios-ilegales-de-quien-es-la-culpa.html>

Gordillo, A. (2013). Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Obtenido de https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

Guerra, Y., & Castro, J. (2007). Diversas formas de Responsabilidad del estado por la Actividad Administrativa. Diálogo de Saberes, 145-162.

Herrera, A. (diciembre de 2004). Las Curadurías Urbanas. Revista de Derecho, Universidad del Norte(22), 137-155. Obtenido de http://guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/upload/File/derecho_n22.pdf

Irrisari, C. (2000). Tesis. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Leguina, J. (1983). La responsabilidad civil de la administración pública. Madrid: Tecnos.

Mazeraud, H. (1960). Lecciones de Derecho civil extracontractual en el derecho civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Motta, D., & Baracaldo, D. (2010). Responsabilidad Civil Extracontractual del estado Colombiano por Violación a los Derechos humanos. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Orejuela, E. (octubre de 2010). Responsabilidad civil extracontractual del estado por la privación legal e injusta de la libertad. Justicia juris, 6(12), 79-91. Obtenido de <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/1010>

Patiño, H. (enero-junio de 2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual del Estado, ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado(20), 371-398. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898/2539>

República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 (20 de junio de 1991). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (1887). Código Civil [CC]. Ley 57. Colombia: Diario Oficial No. 7.019 (20 de abril de 1887). Bogotá, Colombia

República de Colombia. Congreso de la República. (1995). Ley 190. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial No. 41.878, (6 de junio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (1996). Ley 270. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.. Diario Oficial No. 42.745 (15 de marzo). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (2002). Ley 734. Código Disciplinario Único [CDU]. Diario Oficial No. 44.699 (5 de febrero). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (2003). Ley 810. 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. Diario Oficial No. 45.220 (16 de junio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (2011). Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Diario Oficial No. 47.956 (18 de enero). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Congreso de la República. (2016). Ley 1801. Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. Diario Oficial No. 49.949 (29 de julio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. (1964). Decreto 528. Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones. Diario Oficial No 31.330 (1 de abril de 1964). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. (1995). Decreto 2150. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial No. 42.137 (6 de diciembre). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico (1998). Decreto 1052. Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas. Diario Oficial No. 43.321 (16 de junio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico (2001). Decreto 89. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1052 de 1998. Diario Oficial No. 44302 (24 de enero). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico (2001). Decreto 1347. Por el cual se establecen la condiciones y requisitos para la designación de los curadores urbanos. Diario Oficial No. 44486 (14 de julio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico (2002). Decreto 47. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1052 de 1998. Diario Oficial No. 44686 (24 de enero). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). Decreto 1469. Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.698 (3 de mayo). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2015). Decreto 1077. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio. Diario Oficial No. 49.523 (26 de mayo). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2017). Resolución 0462. Por medio de la cual se establecen los documentos que deberán acompañar las solicitudes de licencias urbanísticas y de modificación de las licencias urbanísticas vigentes. Diario Oficial No. 50.306 (26 de julio). Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2016), Sección primera. Sentencia del 4 de agosto de 2016. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 0701, Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2000), Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de julio de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 12099. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (1976), Sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de octubre de 1976. C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente 1482. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (1999), Sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de mayo de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 11169. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2003), Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de mayo de 2003. C.P. Manuel Santiago Ureta Ayola. Expediente 0053-01(C). Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2005), Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de febrero de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 14681. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2005), Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de junio de 2005. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicado 1643. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2005), Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre de 2000. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Radicado 1309. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2006), Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2006. C.P. Gustavo Aponte Santos. Radicado 1758. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2008), Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.. Sentencia del 26 de marzo de 2008. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 16530. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2011), Sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de mayo de 2011. C.P. Hernán Andrade Rincón. Expediente 20097. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Consejo de Estado (2012), Sección primera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de marzo de 2012. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Expediente 7113. Relatoría del Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

República de Colombia. Corte Constitucional (1995). Sentencia C-167. M.P. Fabio Morón Díaz. Gaceta Constitucional. Bogotá, Colombia. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-167-95.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional (1997). Sentencia C-181. M.P. Fabio Morón Díaz. Gaceta Constitucional. Bogotá, Colombia. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-181-97.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional (1999). Sentencia C-561. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Gaceta Constitucional. Bogotá, Colombia. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-561-99.htm>

República de Colombia. Corte Constitucional (2006). Sentencia T-796. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Gaceta Constitucional. Bogotá, Colombia. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-796-06.htm>

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia (1999), Sala de Casación Civil.. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Trejos Bueno. Expediente 5220. Gaceta Judicial. Bogotá, Colombia.

Rodríguez, L. (2017). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Temis.
Universidad de los Andes. (2015). El concepto de Uniandes sobre el caso Space. Obtenido de civil.uniandes.edu.co: <https://civil.uniandes.edu.co/Boletin/index.php/k2/item/33-conceptouniandes>