

POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites

Al ejercer la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el gobierno nacional cumple una labor de complementación de la ley, en la medida en que establece ciertos dispositivos normativos que permiten su adecuada y oportuna ejecución, sin que pueda llegarse a variar o modificar, por vía de reglamentación, el contenido material de la norma a reglamentar. No es posible entonces, so pretexto de reglamentar la ley, introducir nuevas disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla. De conformidad con el artículo 123 -inciso 3º- de la Constitución Política “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CURADOR URBANO - Naturaleza jurídica

Según lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, el Curador Urbano es un particular que ejerce funciones públicas, concretamente de naturaleza administrativa, pues se responsabiliza del estudio, trámite y expedición de licencias de urbanismo y construcción dentro de su respectiva jurisdicción, razón por la cual sus actuaciones se rigen por los principios funcionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. Ahora bien, el Curador Urbano es designado, previo concurso de méritos, por el alcalde municipal o distrital para períodos individuales de cinco (5) años, con la posibilidad de ser nombrados de nuevo para el mismo cargo, según lo dispone el artículo 101 - numeral 5 - de la Ley 388 de 1997. Significa que las funciones públicas a desempeñar por parte de estos particulares se encuentran delimitadas temporalmente por el lapso para el cual han sido nombrados.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CURADOR URBANO - Impedimentos para concursar / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación

Por tratarse de particulares en ejercicio de funciones públicas, la Constitución Política (art. 123 - inciso 3º), se repite, señaló con una claridad absoluta que la Ley se encargaría de regular el régimen que les sería aplicable, así como las disposiciones relacionadas con el ejercicio de dicho cargo. En el caso objeto de estudio, observa la Sala que el Gobierno Nacional se encontraba facultado para reglamentar lo relacionado con los impedimentos para el ejercicio del cargo de curador urbano y de los integrantes del grupo interdisciplinario de apoyo de las curadurías urbanas (num. 9º del artículo 101 de la Ley 388/97). Es decir, se revistió de facultades para reglamentar las causales que garantizan la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública como curadores urbanos y que les permite obrar con absoluta objetividad. En manera alguna se le estaban confiriendo facultades para establecer parámetros de calificación de los aspirantes a un concurso de méritos (art. 2º Dcto 1347/97) ni para fundar nuevas causales de “impedimento” para concursar con miras a optar al cargo de curador urbano (art. 3º ibídem). En efecto, el artículo 2 del Decreto 1347 de 2001, no complementa, actualiza, ni enfoca la Ley 388, por cuanto señala de manera general “la calificación de los concursantes”, señalando que dicha calificación se realizará “de acuerdo con los requisitos, factores de evaluación y los criterios de calificación que se establecen en este artículo sobre los siguientes aspectos y

calidades” y en su numeral 2° señala expresamente “la experiencia y rendimiento en actividades relacionadas con el desarrollo urbano”. Del análisis de los factores de evaluación y los criterios de calificación, debe tenerse en cuenta que el término “establecer”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, implica una orden, mandato o decreto, del cual se desprende una imposición que trae como consecuencia la modificación del requisito exigido por la ley, pues consagra como requisito una experiencia y rendimiento no susceptible de cuantificación en el tiempo, el cual en virtud de lo señalado hace este mandato de obligatorio cumplimiento, dejando sin efecto lo estipulado por la ley objeto de reglamentación. De esta manera, no logra desarrollar el criterio de eficacia para la ejecución de la Ley, pues el Gobierno se limita a realizar una interpretación de los contenidos de la Ley 388 desvirtuando la voluntad del legislador, pues su contenido difiere sustancialmente al encuadrar esta situación jurídica en los supuestos que contiene el decreto demandado, lo que configura una violación al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD - Diferencias / REGIMEN DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD - Competencia para su establecimiento / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / RESERVA LEGAL EN MATERIA DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La inhabilidad hace referencia a aquellas circunstancias creadas por la Constitución y la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea designada en un cargo; en tanto que la incompatibilidad hace referencia a aquella tacha de orden legal que impide ejercer una función determinada, concepto en el cual se encuentran obviamente los impedimentos. Se constituye entonces en una unidad de materia. En el presente caso se desarrolla el principio de reserva legal en virtud del cual ciertas decisiones normativas tienen rango de ley encontrándose ligadas a los procedimientos democráticos de las leyes, como lo ha establecido la Corte Constitucional. Desde este punto de vista, la potestad reglamentaria encuentra un límite en aquellos aspectos que la Constitución señala que deben ser desarrollados por la ley, en virtud de funciones propias del legislador ordinario o extraordinario concedidas mediante facultades extraordinarias al Gobierno Nacional, tal como lo ha manifestado esta Corporación al señalar: “...La reserva legal opera con efectos erga omnes, es decir, frente a todas aquellas autoridades distintas del Congreso de la República, incluso, si el Presidente de la República, actuando como máxima autoridad administrativa del Estado, decide ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, sólo puede hacerlo en aquellos campos que no tengan reserva legal, pues si advierte que la materia hace parte de ese espectro temático reservado al legislador lo propio es abstenerse de reglamentarlo, pues al hacerlo estaría produciendo una norma jurídica vulneratoria del ordenamiento superior...”.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

REGIMEN DE IMPEDIMENTOS PARA CURADORES URBANOS - Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA - No puede desbordar la ley que reglamenta

En el presente caso, el Gobierno Nacional precedido de una facultad constitucional (art. 189-11) - procedió a “reglamentar el régimen de impedimentos” de los curadores urbanos, tuvo como fundamento el numeral 9° del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997. Dicha reglamentación desborda los límites máximos establecidos

en la Ley 388 de 1.997, ya que el Gobierno Nacional se ocupó fue de regular la calificación de los concursantes que aspiran a ejercer funciones de curador urbano y establecer unas causales de impedimento para concursar a tales cargos. Con base en la anterior precisión, es claro que el Gobierno Nacional, al expedir los actos acusados, actuó sin competencia, ya que el legislativo no le concedió facultades extraordinarias para regular aquellas materias, si no que le determinó con precisión la materia objeto de reglamentación (régimen de impedimentos - num. 9º del art. 101 de la Ley 388/97), restringiendo el ámbito propio de la facultad a desarrollar. En conclusión, si bien el Gobierno Nacional puede ejercer la potestad reglamentaria, en los términos del artículo 189 - numeral 11 - de la Constitución Política, no puede desbordar dicha facultad, esto es, alterar o modificar la ley que reglamenta.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 11001-03-25-000-2001-00231-01(3338-01)

Actor: COLEGIO NACIONAL DE CURADORES URBANOS Y OTROS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Mediante auto del 25 de junio de 2004 se decretó la acumulación de los procesos números 3338-01, actor Colegio Nacional de Curadores Urbanos, 6030-02 actor Yaneth Vega Becerra y 3269-03, actor Rafael Ángel Díaz Marín (fls. 137 - 139 del cuaderno principal).

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., se demandó ante el Consejo de Estado la nulidad parcial del numeral 2º del artículo 2º y del artículo 3º del Decreto No. 1347 del 6 de julio de 2001, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se establecieron las condiciones y requisitos para la designación de curadores urbanos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 1, 6, 13, 21, 25, 26, 29, 83, 113, 114, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 150 - numerales 1 y 23 -, 189 - numeral 11 - y 210 - inciso 2 - y 365.
- Ley 489 de 1998: artículos 5, 28, 99 - inciso final, numerales 3 y 4 -.
- Ley 388 de 1.997: artículos 20, 23, 99 - numerales 3, 4 y 5 -, 101 y 130.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 9, 25, 40, 41, 42, 49, 55, 59, 61, 62, 67, 69, 73 - inciso 2 -, 74, 82, 84 y 85.
- Decreto 1052 de 1997: artículos 21 - párrafo transitorio -, 23, 29 - párrafo -.
- Ley 200 de 1995: artículos 5, 30, 37 y 38
- Ley 190 de 1995: artículo 30
- Decreto 150 de 1999: artículos 2 y 3
- Ley 507 de 199: artículo 1
- Ley 546 de 1999: artículo 26
- Decreto 1686 de 2000: artículos 2 y 3
- Ley 614 de 2000: artículo 7

El apoderado judicial del Colegio Nacional de Curadores Urbanos afirmó que la figura del curador urbano es una de las modalidades de ejercicio de la función pública por particulares, según lo preceptúa el inciso 3° del artículo 123 de la Constitución Política, cuyo régimen jurídico es privativo de la ley.

En lugar de presentar un proyecto de ley para regular y determinar los impedimentos de los curadores urbanos, resolvió establecerlos por decreto reglamentario. Estimó en consecuencia que el artículo 3° del Decreto 1347 de 2001 fue expedido sin competencia, al vulnerar el principio de separación del poder público consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, pues dicho acto administrativo ha debido respetar la jerarquía normativa.

La administración pública y sus funcionarios deben sujetarse a la Constitución (arts. 6 y 122), en tanto sólo pueden ejercer aquellas funciones y atribuciones que les han sido atribuidas de manera expresa por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

La definición de temas relacionados con impedimentos, incompatibilidades y sanciones disciplinarias de los curadores urbanos le corresponde al legislador

ordinario o extraordinario, razón por la cual consideró que el gobierno no podía, por vía de reglamentación, tipificar los impedimentos para llegar a desempeñar uno de tales cargos, ni hacer extensivo un régimen disciplinario que aún no ha sido expedido por el legislador.

Establecer como causal de impedimento, el hecho de haber expedido una licencia después del vencimiento de los términos otorgados para ello (num. 4º del art. 3 del Dcto. 1347) quebranta el inciso final del artículo 28 de la Ley 388 de 1997, en tanto los curadores no pueden negarse a expedir una licencia de construcción que reúna requisitos de ley. Además, desconoce el artículo 130 ibídem que permite aplicar las normas vigentes mientras se adopta el plan de ordenamiento territorial, pues en ellas se establecen derechos y obligaciones para los municipios y los ciudadanos, así como para los curadores urbanos quienes están obligados a pronunciarse en el término de los 45 días hábiles ya que, de lo contrario, se incurre en silencio administrativo positivo.

Al referirse a la causal prevista en el numeral 3º del acto acusado, anotó que además de configurar un impedimento y de tipificar una falta viola el artículo 69 del C.C.A., en cuanto dispone que un acto podrá ser revocado de oficio o a petición de parte, por razones de ilegalidad o de conveniencia, ya sea por el mismo funcionario que lo expidió o por su superior. La revocatoria se constituye en una facultad y en un recurso extraordinario.

Puso de presente que cualquier funcionario puede equivocarse de buena fe y que el hecho de revocarse su decisión implica reconocer un error que es enmendado, pero sin que tal situación se constituya en un impedimento para concursar. Lo mismo puede suceder cuando el acto es anulado por la justicia administrativa, distinto es que el curador urbano actúe con dolo o culpa grave.

En sus respectivas demandas, los señores Vega Becerra y Díaz Marín sostuvieron que la facultad conferida por el artículo 101 numeral 5º de la Ley 388 de 1.997, se extinguió con la expedición del Decreto 2111 de 1.997, derogado por el Decreto 1052 de 1.998, por el cual el gobierno nacional reglamentó las disposiciones referentes a las licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana y a las sanciones urbanísticas.

Agregaron que los impedimentos consagrados en el acto acusado (art. 3º Dcto 1347/01) constituyen verdaderas faltas y sanciones administrativas y disciplinarias, facultad que corresponde de manera exclusiva al legislador y no al gobierno bajo una competencia reglamentaria ilimitada e indefinida. Consideraron por lo tanto que se habían vulnerado el principio de igualdad y el debido proceso, ya que se excluyeron a los curadores urbanos que fueron elegidos de conformidad a la Ley 388 de 1997 por concurso de méritos.

El acto acusado debía complementar la ley pero no sustituirla, pues el numeral 5º del artículo 101 de la citada ley lo facultó para que dentro de un término no mayor de 30 días después de su entrada en vigencia reglamentara el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los curadores urbanos, lo cual se agotó con la expedición del Decreto 2111 de 1997, derogado por el Decreto 1052 de 1998. En este caso, el gobierno usurpó facultades del legislador.

Consagrar como impedimento presunciones y conductas que no están catalogadas como falta, invierte el principio de buena fe y crea la presunción de culpabilidad de los curadores urbanos. Al reglamentar, no puede el gobierno ir más allá de los lineamientos constitucionales y legales sobre inhabilidades e incompatibilidades, pues la suspensión y la multa, como faltas principales, no dan lugar a inhabilidad, dicha facultad está reservada a la ley.

En relación con el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 1347 de 2001, afirmó que la constitución del silencio administrativo positivo no genera responsabilidad automática del funcionario, pues la legislación no consagró una presunción de ineficiencia por ese hecho ni le dio efecto de sanción, de inhabilidad o de impedimento.

Referente al numeral 3, relacionado con la revocatoria o anulación de la licencia de construcción, expuso similares argumentos, resaltando que esa sola circunstancia no implicaba presunción de contravención o de culpa que constituyera falta, situación que debió ser regulada por el legislador.

Y en cuanto al numeral 4 señaló, conforme a las normas que allí se consignaron, que ninguna de ellas estableció que la expedición de las licencias urbanísticas por fuera del término de transición para adoptar los planes de ordenamiento territorial constituyera contravención o extralimitación como sanción.

Por su parte, Yaneth Vega Becerra expuso que el gobierno nacional, al expedir el acto acusado (num. 2º del art. 2 del Dcto. 1347/01), se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al modificar la experiencia exigida de diez (10) años para las personas interesadas en ser curadores urbanos, prevista en el literal b del artículo 101 de la Ley 388/97. No podía entonces mediante un acto administrativo modificarse la ley.

En ese caso, consideró que quien siendo curador urbano se sometía de nuevo a postular su nombre no se le calificaría su experiencia y esfuerzo en las funciones desempeñadas, poniendo en peligro los principios de eficiencia y transparencia que condujo a la creación de esta figura.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Con los argumentos que se exponen a continuación la parte demandada consideró que el numeral 2º del artículo 2º y el artículo 3º del Decreto 1347 de 2.001 se ajustaron a derecho.

El numeral 2º del artículo 2º no derogó el numeral 1º del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997, ya que se limitó a determinar que “ la experiencia y rendimiento en actividades relacionadas con el desarrollo urbano” es un factor de evaluación y criterio de calificación, que se aplica con sujeción a la norma reglamentada.

Con base en los artículos 189 - numeral 11 - de la Constitución Política y 101 - numeral 9 - de la Ley 388 de 1.997, se facultó al gobierno para expedir el régimen de impedimentos para el ejercicio del cargo de curador urbano, en tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los curadores urbanos había sido reglamentado por los Decretos 2111 de 1997 y 1052 de 1.998, con fundamento en el numeral 5 del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997.

Los impedimentos no constituyen sanciones administrativas ni disciplinarias, puesto que no se encuentran por fuera de la Ley, simplemente se limitó a enunciar las sanciones establecidas en el Código Único Disciplinario con los efectos que les confiere esa normatividad.

Los actos acusados fueron expedidos conforme a normas constitucionales y legales que gobiernan el tema; y las disposiciones que se invocaron como violadas facultan al gobierno para adoptar decisiones como las cuestionadas en este proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, en los procesos acumulados 6030-02 y 3269-03, solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, por las razones que a continuación enunció:

Con el acto acusado se pretendió darle alcance a la ley y permitir su cumplida ejecución, más no en derogar el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, pues ésta contiene los requisitos mínimos y a ellos deben sujetarse los aspirantes.

En ejercicio de una potestad constitucional, el gobierno reglamentó lo relacionado con los impedimentos, estableció situaciones particulares para el desempeño del cargo y responsabilidades que se generaban a partir de su ejercicio, pero no de conformidad con lo establecido en el numeral 5 de del artículo 101 de la Ley 388 de 1997.

La norma acusada no estableció faltas disciplinarias sino que consagró algunas consecuencias a partir de la comisión de las mismas y sólo cuando hubiesen sido registradas en la oficina de planeación municipal o distrital, caso en el cual la entidad encargada debería expedir la certificación, pues previamente debe surtirse la actuación administrativa que permita registrar el antecedente correspondiente.

Los curadores urbanos elegidos para un período de cinco (5) años no fueron excluidos del concurso de méritos y podían ser designados nuevamente siempre que cumplieran con los requisitos exigidos en las normas de derecho positivo.

Empero, en el proceso radicado con el número 3338-01, actor Colegio Nacional De Curadores Urbanos, la Procuraduría Segunda delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se declarara la nulidad de los actos acusados, con los siguientes argumentos:

Con la expedición de los Decretos 2111 de 1.997 y 1052 de 1.998, el gobierno nacional reglamentó lo relativo a los curadores urbanos, estableciendo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos, conforme a lo dispuesto en los numerales 5 y 9 del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997, potestad que ejerció dentro del término previsto en esa ley. En este caso, el gobierno agotó las facultades que le fueron conferidas.

El Decreto 1347 de 2001 derogó las normas que le eran contrarias en especial el Decreto 1052 de 1.998, razón por la cual no se configura la diferenciación hecha por el apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, ya que por unidad de materia están relacionadas las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos.

En conclusión, estimó el Ministerio Público que las disposiciones acusadas vulneran los artículos 123 - inciso 3 - y 124 de la Constitución Política, ya que es la ley la que determina la responsabilidad de los funcionarios públicos y la manera de hacerla efectiva.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demandan en este caso los artículos 2 - inciso 2° - y 3° del Decreto No. 1347 del 6 de julio de 2001, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se establecieron las condiciones y requisitos para la designación de curadores urbanos.

Las normas acusadas son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 2º. CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSANTES. La calificación de los concursantes que aspiren a ejercer las funciones de curador urbano, se realizará de acuerdo con los requisitos, factores de evaluación y los criterios de calificación que se establecen en este artículo sobre los siguientes aspectos y calidades:

...

2. La experiencia y rendimiento en actividades relacionadas con el desarrollo urbano.

ARTÍCULO 3º. IMPEDIMENTOS PARA CONCURSAR COMO CURADOR URBANO. No podrán concursar para

curadores urbanos:

1. Quienes en el desempeño de su cargo, y por falta disciplinaria, hayan sido destituidos, suspendidos o multados.
2. Quienes hayan demostrado ineficiencia en la prestación del servicio al no pronunciarse sobre las solicitudes de licencia en los términos previstos en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 388 de 1997. Se considera que hay ineficiencia cuando se compruebe que una o más solicitudes fueron aprobadas mediante la protocolización del silencio administrativo positivo.
3. Quienes hayan demostrado desconocimiento o falta de acatamiento de las normas urbanísticas aplicables a los proyectos sometidos a su estudio y aprobación. Se considera que existe desconocimiento o falta de acatamiento de las normas urbanísticas cuando una o más de las licencias expedidas por el curador hayan sido revocadas o anuladas por esta causa.
4. Quienes hayan expedido licencias en contravención a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 388 de 1997, en concordancia con los decretos 150 de 1999 y 1686 de 2000 y con los artículos 1o. de la Ley 507 de 1999, 26 de la Ley 546 de 1999 y 7o. de la Ley 614 de 2000. Para ello el alcalde o su delegado, verificará si los curadores urbanos expidieron licencias una vez vencidos los términos de transición previstos en las normas precitadas para que los municipios y distritos adoptaran sus respectivos Planes de Ordenamiento Territorial.

PARÁGRAFO. El alcalde o su delegado solicitará a la oficina de planeación municipal o distrital, o la entidad que cumpla sus funciones, la certificación de que los aspirantes no tienen antecedentes que les impida la participación en el concurso, de acuerdo con las situaciones previstas en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.”

El decreto anterior se fundamentó para su expedición en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en el numeral 9º artículo 101 de la Ley 388 de 1.997¹.

En su orden, disponen esas normas:

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

¹ Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

“**Artículo 101º.-** Curadores urbanos. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir 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 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 construcción.

El ejercicio de la curaduría urbana deberá sujetarse entre otras a las siguientes disposiciones:

1. (...).

9. El reglamento señalará los impedimentos para el ejercicio del cargo, que sean aplicables a los curadores y a los integrantes del grupo interdisciplinario de apoyo.
(...)”.

El problema jurídico gira en torno a determinar si el Gobierno Nacional al expedir las normas acusadas - inciso 2º del artículo 2 y artículo 3 del Decreto 1347 de 2.001 - se **extralimitó** en la potestad reglamentaria al establecer, modificar o derogar preceptos establecidos en la ley objeto de reglamentación y si actuó con **falta de competencia** al fijar el régimen de impedimentos de los curadores urbanos.

Consideran los actores que la aptitud legal para modificar y derogar los preceptos establecidos en la ley, así como para establecer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos para aspirar a ser designado curador urbano, reside en el Congreso de la República y, por excepción, en el gobierno nacional mediante el ejercicio de facultades extraordinarias concedidas para tales efectos por el órgano legislativo.

Procederá la Sala entonces a examinar la inconformidad manifestada por los actores, no sin antes hacer las siguientes precisiones.

Referente al alcance y límites de la **potestad reglamentaria** que reside en el Gobierno Nacional, esta Corporación ha venido sosteniendo lo siguiente:

“La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución;

Los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanta determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, ...

La potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional...

Según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, corresponde al Presidente, y no de otras autoridades administrativas, ejercer la potestad de reglamentar la ley mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general. Podía, pues, el Presidente de la República, en principio, reglamentar los artículos 226 a 236 de la ley 223 de 1.995 en materia de impuesto de registro...

Es pues, una regla general de competencia que la Constitución otorga al Presidente de la República, como símbolo de unidad nacional, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, la de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. No existe ninguna disposición constitucional que expresamente prohíba al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria respecto de leyes, como la 223 de 1995, que reguló el impuesto de registro, y por el sólo hecho de que se trate de un impuesto departamental, tal circunstancia no lo inhibe para que, como símbolo de unidad de la nación, dentro del contexto a que se ha venido haciendo referencia, cumpla con tal función. El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que

expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta...”².

En esas condiciones, al ejercer la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el gobierno nacional cumple una labor de complementación de la ley, en la medida en que establece ciertos dispositivos normativos que permiten su adecuada y oportuna ejecución, sin que pueda llegarse a variar o modificar, por vía de reglamentación, el contenido material de la norma a reglamentar.

No es posible entonces, so pretexto de reglamentar la ley, introducir nuevas disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla.

De conformidad con el artículo 123 -inciso 3º- de la Constitución Política “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Según lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, el Curador Urbano es un **particular** que ejerce **funciones públicas**, concretamente de naturaleza administrativa, pues se responsabiliza del estudio, trámite y expedición de licencias de urbanismo y construcción dentro de su respectiva jurisdicción, razón por la cual sus actuaciones se rigen por los principios funcionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Ahora bien, el Curador Urbano es designado, previo concurso de méritos, por el alcalde municipal o distrital para **períodos individuales** de cinco (5) años, con la posibilidad de ser nombrados de nuevo para el mismo cargo, según lo dispone el artículo 101 - numeral 5 - de la Ley 388 de 1997. Significa que las funciones públicas a desempeñar por parte de estos particulares se encuentran delimitadas temporalmente por el lapso para el cual han sido nombrados.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. Javier Díaz Bueno,

En esas condiciones, por tratarse de particulares en ejercicio de funciones públicas, la Constitución Política (art. 123 - inciso 3º), se repite, señaló con una claridad absoluta que la **Ley** se encargaría de **regular el régimen que les sería aplicable**, así como las disposiciones relacionadas con el ejercicio de dicho cargo.

En el caso objeto de estudio, observa la Sala que el Gobierno Nacional se encontraba facultado para **reglamentar** lo relacionado con los **impedimentos** para el **ejercicio del cargo** de curador urbano y de los integrantes del grupo interdisciplinario de apoyo de las curadurías urbanas (num. 9º del artículo 101 de la Ley 388/97).

Es decir, se revistió de facultades para reglamentar las causales que garantizan la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública como curadores urbanos y que les permite obrar con absoluta objetividad.

En manera alguna se le estaban confiriendo facultades para establecer parámetros de calificación de los aspirantes a un concurso de méritos (art. 2º Dcto 1347/97) ni para fundar nuevas causales de “impedimento” para concursar con miras a optar al cargo de curador urbano (art. 3º ibídem).

En efecto, el artículo 2 del Decreto 1347 de 2001, no complementa, actualiza, ni enfoca la Ley 388, por cuanto señala de manera general “la calificación de los concursantes”, señalando que dicha calificación se realizará “de acuerdo con los requisitos, factores de evaluación y los criterios de calificación que se **establecen** en este artículo sobre los siguientes aspectos y calidades” y en su numeral 2º señala expresamente “la experiencia y rendimiento en actividades relacionadas con el desarrollo urbano”.

Del análisis de los factores de evaluación y los criterios de calificación, debe tenerse en cuenta que el término “establecer”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, implica una orden, mandato o decreto, del cual se desprende una imposición que trae como consecuencia la modificación del requisito exigido por la ley, pues consagra como requisito una experiencia y rendimiento no susceptible de cuantificación en el tiempo, el cual en virtud de lo

señalado hace este mandato de obligatorio cumplimiento, dejando sin efecto lo estipulado por la ley objeto de reglamentación.

De esta manera, no logra desarrollar el criterio de eficacia para la ejecución de la Ley, pues el Gobierno se limita a realizar una interpretación de los contenidos de la Ley 388 desvirtuando la voluntad del legislador, pues su contenido difiere sustancialmente al encuadrar esta situación jurídica en los supuestos que contiene el decreto demandado, lo que configura una violación al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En cuanto al artículo 3° del Decreto 1347 de 1.997, estima la Sala que el cargo está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

Considera la Sala que es importante precisar las diferencias que existen entre los vocablos inhabilidad, incompatibilidad e impedimento para efectos de determinar las competencias en estas materias.

La **inhabilidad** hace referencia a aquellas circunstancias creadas por la Constitución y la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea designada en un cargo; en tanto que la **incompatibilidad** hace referencia a aquella tacha de orden legal que impide ejercer una función determinada, concepto en el cual se encuentran obviamente los impedimentos. Se constituye entonces en una unidad de materia.

En el presente caso se desarrolla el principio de **reserva legal** en virtud del cual ciertas decisiones normativas tienen rango de ley encontrándose ligadas a los procedimientos democráticos de las leyes, como lo ha establecido la Corte Constitucional al señalar:

“...la función primaria de producción de la ley corresponde al Congreso, aún cuando la Constitución permita, en determinadas condiciones, que dicha atribución sea trasladada al Presidente de la República para que, excepcionalmente, actúe como legislador extraordinario; la norma expedida en esas condiciones conserva su rango legal y, en todo caso, se garantiza la intervención del Congreso de la República en la definición precisa de las materias, límites y

condiciones de la habilitación legislativa (art. 150, numeral 10 C.P.)...”³.

Desde este punto de vista, la potestad reglamentaria encuentra un límite en aquellos aspectos que la Constitución señala que deben ser desarrollados por la ley, en virtud de funciones propias del legislador ordinario o extraordinario concedidas mediante facultades extraordinarias al Gobierno Nacional, tal como lo ha manifestado esta Corporación al señalar:

“...La reserva legal opera con efectos erga omnes, es decir, frente a todas aquellas autoridades distintas del Congreso de la República, incluso, si el Presidente de la República, actuando como máxima autoridad administrativa del Estado, decide ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, sólo puede hacerlo en aquellos campos que no tengan reserva legal, pues si advierte que la materia hace parte de ese espectro temático reservado al legislador lo propio es abstenerse de reglamentarlo, pues al hacerlo estaría produciendo una norma jurídica vulneratoria del ordenamiento superior...”⁴.

En el presente caso, el Gobierno Nacional precedido de una facultad constitucional (art. 189- 11) - procedió a “reglamentar el régimen de impedimentos” de los curadores urbanos, tuvo como fundamento el numeral 9° del artículo 101 de la Ley 388 de 1.997.

Dicha reglamentación desborda los límites máximos establecidos en la Ley 388 de 1.997, ya que el Gobierno Nacional se ocupó fue de regular la calificación de los concursantes que aspiran a ejercer funciones de curador urbano y establecer unas causales de impedimento para concursar a tales cargos.

Con base en la anterior precisión, es claro que el Gobierno Nacional, al expedir los actos acusados, actuó sin competencia, ya que el legislativo no le concedió facultades extraordinarias para regular aquellas materias, si no que le determinó con precisión la materia objeto de reglamentación (régimen de impedimentos -

³ Sentencia C-894 de 2.006

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente doctora María Noemí Hernández, 14 de septiembre de 2.007, expediente 11001-03-28-000-2007-00018-00(00018

num. 9º del art. 101 de la Ley 388/97), restringiendo el ámbito propio de la facultad a desarrollar.

En conclusión, si bien el Gobierno Nacional puede ejercer la potestad reglamentaria, en los términos del artículo 189 - numeral 11 - de la Constitución Política, no puede desbordar dicha facultad, esto es, alterar o modificar la ley que reglamenta.

En esas condiciones, prospera el cargo formulado y en consecuencia se declarará la nulidad de los actos acusados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE la nulidad del inciso 2º del artículo 2º y del artículo 3º del Decreto 1347 de 6 de julio de 2001, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se establecieron las condiciones y requisitos para la designación de curadores urbanos, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente acumulado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO