

Otra mirada a la responsabilidad del Estado frente al lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público*

Luis Fernando Ulloa**

Recibido: 4 de febrero de 2018 • Aprobado: 8 de marzo de 2018

Resumen

Se expone una reflexión crítica frente a la responsabilidad del Estado colombiano en la vigilancia, control y acción que debe desempeñar, desde el campo administrativo, en lo referente a las prácticas del lavado de activos y de la captación masiva y habitual de dineros, desde la perspectiva de la omisión y de la confianza legítima.

Palabras clave: responsabilidad estatal, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, omisión del Estado lavado de activos, captación masiva de dineros.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación: “El lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público”, gestionado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Sede Bogotá, Colombia. Citar como: Ulloa, L. F. (2018). Otra mirada a la responsabilidad del Estado frente al lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público. IUSTA, 2(49), 14-46. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0049.01>

** Magíster en Derecho Administrativo, consultor y asesor en el área de Derecho Público. Correo electrónico: ferchoullao@yahoo.com

**ANOTHER LOOK AT STATE RESPONSIBILITY IN MONEY
LAUNDERING AND THE MASSIVE AND HABITUAL
COLLECTION OF MONEY FROM THE PUBLIC**

Abstract

A critical reflection is exposed with regards to the responsibility of the Colombian State in the surveillance, control and action that it must carry out, from the administrative field, in relation to the practices of money laundering and massive and habitual collection of money from the perspective of the omission and legitimate expectation.

Keywords: State responsibility, strict liability, subjective liability, omission of the State, money laundering, massive collection of money.

**OUTRO OLHAR SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO CONTRA
O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E A RECOLHA MASSIVA E
HABITUAL DE DINHEIRO DO PÚBLICO**

Resumo

Uma reflexão crítica é exposta diante da responsabilidade do Estado colombiano na vigilância, controle e ação que deve realizar, do campo administrativo, em relação às práticas de lavagem de dinheiro e da arrecadação massiva e habitual de dinheiro desde a perspectiva da omissão e confiança legítima.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado, responsabilidade objetiva, responsabilidade subjetiva, omissão do Estado, lavagem de dinheiro, arrecadação maciça de dinheiro.

Introducción

Este ensayo está inmerso en el análisis de la responsabilidad del Estado en el marco del lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público, y establece aspectos concernientes a la vigilancia estatal como la inspección, vigilancia y control de actividades financieras y comerciales, la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, la responsabilidad objetiva y la inaplicabilidad de la responsabilidad subjetiva, la omisión del Estado colombiano, la omisión en la actividad de intervención, inspección, vigilancia y control, y la inactividad de la administración o la omisión administrativa.

Problema de investigación

El problema de investigación sobre el cual se reflexiona es: ¿cuál es la responsabilidad del Estado por omisión de sus deberes jurídicos frente a la inspección, control y vigilancia en la no oportuna intervención de las empresas que ejercen captación ilegal de dineros y lavado de activos?

Hipótesis

Es insuficiente la acción del Estado en los controles de prevención y protección por acción descomunal de los captadores y lavadores de activos, al permitir el libre ejercicio de estas actividades realizadas por personas naturales o jurídicas, pero también, se configura la omisión estatal frente a la falta de diligencia exhaustiva en el control sobre aquellas organizaciones que, estando autorizadas por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Sociedades, terminan delinquiendo.

Estrategia metodológica

Desde lo metodológico, la estrategia que se aborda es la de un análisis documental de carácter legal, jurisprudencial y doctrinal partiendo de lo general a lo particular, en el que se reflexiona críticamente el tema de la responsabilidad del Estado por omisión en este tipo de prácticas.

Responsabilidad del Estado en el lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que los asociados gozan de la garantía constitucional de ejercer la libertad en las actividades económicas, siempre y cuando no sean contrarias al orden público, la ley y las sanas costumbres¹.

Respetando estos principios, las personas pueden celebrar negocios jurídicos con cualquier empresa que se presuma legal, con la garantía de que la administración pública tiene la potestad de intervención, control y vigilancia, de tal suerte que es deber del Estado el actuar de manera eficiente y eficaz para garantizarlo.

Luego entonces, las actuaciones irregulares de las empresas captadoras de dinero o aquellas que ejercían el lavado de activos atentaban contra las normas teniendo un objeto ilícito, incluso delictual. Cabe preguntarse por qué el Estado colombiano no puso en funcionamiento los diferentes órganos de la administración pública para ejercer sus potestades de intervención, inspección, vigilancia y control. Simplemente lo pasó por alto y permitió estas actividades económicas, comerciales o financieras a estas sociedades que crecieron a lo largo y ancho del territorio nacional.

En Colombia, esto no es extraño, las empresas captadoras que presuntamente lavaban activos no eran nuevas en el país y por el contrario, desarrollaron durante muchos años sus actividades² en departamentos y municipios del territorio nacional, a la vista de todo el mundo, con grandes letreros sobre sus locales y oficinas de operaciones nunca fueron clandestinas, tenían permisos de funcionamiento, usos de suelo, pagaban impuestos a la Dian³, atendieron múltiples visitas administrativas de entes reguladores quienes no verificaron de dónde provenían los enormes recursos que manipulaban. Es más, durante meses diferentes medios de comunicación llamaban la atención sobre la existencia de estas empresas captadoras y, aun así,

¹ Al respecto, es importante no olvidar lo dispuesto por Llano, Rengifo y Rojas (2018), para quienes: “el actual proceso de globalización viene acompañado de profundos cambios en el contexto internacional y de nuevos retos políticos, poniendo de manifiesto las consecuencias de la presente crisis financiera, económica, de segregación y abusos de poderes y los nuevos problemas mundiales” (p. 115).

² Recordemos que fueron casi siete años aproximados de operaciones en el caso de la empresa DMG, y en el caso de InterBolsa, desde el año 2002 fungía como comisionista.

³ Impuestos como el IVA, la retención en la fuente y declaración de renta derivados de estas empresas, etc.

la administración, en todos sus niveles, omitió su obligación constitucional de intervención, inspección, vigilancia y control.

Estas situaciones han sido resueltas de manera coyuntural, un ejemplo de ello, han sido los decretos legislativos declarativos de emergencia social, que para el caso del lavado de activos y de la captación masiva de dineros del público, el uso de esta figura jurídica permitió un control y una intervención.

El Gobierno nacional, haciendo uso de la figura de decretos con fuerza de ley expidió un paquete de medidas legislativas por vía de excepción para contener la expansión de empresas captadoras y lavadoras de activos, lo cual conduce a la reflexión sobre los verdaderos fines que llevaron al ejecutivo a desarrollar estos procedimientos fácticos, sociales, económicos y jurídicos en el marco de la declaratoria de estado de excepción, mediante “emergencia social económica”, los cuales, posteriormente, fueron revisados mediante control automático por la Corte Constitucional.

La vigilancia estatal ante la responsabilidad de las personas jurídicas⁴

Es pertinente referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas en materia del delito de lavado de activos toda vez que estas se convierten en actores que intervienen directamente en ese tipo de conductas⁵. La tesis que hace curso internacionalmente frente al delito de lavado de activos al interior de la responsabilidad

⁴ Al respecto, es importante hacer referencia al principio *iura novit curia*, el cual “en materia de responsabilidad del Estado ha tenido un desarrollo principalmente jurisprudencial, aplicándose con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la primacía de lo sustancial sobre las formalidades en los eventos en que existe divergencia entre el título de imputación que quienes pretenden obtener del Estado la reparación de un daño invocan en la demanda con el que efectivamente se deriva de los hechos demostrados” (Castro, 2018, p. 169).

⁵ Un referente judicial es la Sentencia N° 19 proceso 1100160200800130, proferida el 16 de diciembre de 2009 por el Juzgado 4° Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Bogotá, cuyo imputado fue el director, en Colombia y en el exterior, de la mal llamada “pirámide” DMG, por las siglas constitutiva de su nombre: David Murcia Guzmán, quien fue procesado por los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva de dineros, aterrizando lo que viene a ser la conceptualización aplicada de la omisión rampante por más de siete años en que el creador de este sistema de comercialización incrementó sus negocios activos a plena luz pública y resguardado a lo largo y ancho del territorio nacional, y en el exterior, incluso, por los órganos policivos y bajo la mirada gacha de las entidades de inspección, control y vigilancia del Estado colombiano.

penal de las empresas y, en especial, de las instituciones financieras⁶, es que también deben responder penalmente en su condición de personas jurídicas, no solo por el delito de lavado de activos cuando alguno de sus directivos, administradores o empleados sea encontrado responsable, sino igualmente, por un delito autónomo consistente en el incumplimiento de las órdenes de incautación, embargo o comiso de bienes de origen ilícito o de las obligaciones de adoptar y ejecutar las medidas de control del lavado de activos. Así las cosas, el incumplimiento de obligaciones como el conocimiento adecuado del cliente, el registro de operaciones en efectivo o el reporte de operaciones sospechosas, deberá generar responsabilidad penal para la persona natural (director, administrador o empleado) y para la persona jurídica (institución financiera), independientemente de la responsabilidad que surja o no por el delito de lavado de activos, recordando el aforismo latino: *ab omni negotiofraus abesto*⁷ (Preciado, 2008).

La inspección, vigilancia y control de las actividades financieras y comerciales deben estar a cargo de las superintendencias, entendidas por los tratadistas Jaime Ramírez Plazas y José Sánchez Plazas (2012), como las entidades del Estado que tienen la función de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que desarrollen actividad financiera y comercial que, a su vez, son:

[...] organismos adscritos a un Ministerio, que ejerce algunas de las funciones que pertenecen al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en la prestación de un servicio, desarrollo de una actividad o demás que la ley les confiera.

Las superintendencias pueden o no tener personería jurídica, están a cargo de un superintendente que las coordina y representa legalmente y cuando la ley lo considere necesario, tendrán un consejo o junta directiva. Así, la Superintendencia Financiera se encuentra adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸ y su

⁶ Al respecto, es importante resaltar la necesidad del estudio de las instituciones en el marco de la ciencia política y de la administración pública. Lo anterior supone el estudio de las incitaciones formales y no formales que orientan la acción colectiva, en este caso, “al funcionamiento interno de las organizaciones del Estado” (Trujillo, 2018, p. 149).

⁷ En español, “aleja el fraude de todo negocio”.

⁸ Ley 51 de noviembre 21 de 1918, “Sobre establecimientos o sociedades de crédito”; Ley 45 de julio 19 de 1923, “Sobre establecimientos bancarios”; Ley 32 de mayo 17 de 1979, “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; Ley 81 de diciembre 23 de 1988, “Por

objeto es: ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

A su vez, debe supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados. Sin embargo, conforme a lo establecido por el literal a) del numeral 5, del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), la Superintendencia Financiera tiene la facultad de impartir órdenes para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales e inseguras y para que se adopten de inmediato las medidas correctivas procedentes.

En caso de incumplimiento de las instrucciones impartidas para enervar las prácticas inseguras frente al riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo, la Superintendencia está facultada para imponer sanciones (por ejemplo multas) a la entidad, a sus directivos, a sus administradores, a su revisor fiscal o a sus funcionarios. En los casos más graves, cuando se presente un reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad, la Superintendencia podría llegar a decretar la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, conforme al literal f) del artículo 114 del EOSF.

Es de anotar que la normatividad aplicable para este tipo de sanciones es la establecida por el artículo 9 del Decreto 4327 de 2005, en el cual se dispone que la Superintendencia Financiera podrá imponer sanciones de carácter administrativo, entre ellas: la amonestación o llamado de atención, multa, suspensión o inhabilitación para el ejercicio en entidades vigiladas por la Superintendencia, remoción de los administradores y clausura de las oficinas.

la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus dependencias...”.

Responsabilidad del Estado frente al sistema piramidal en Colombia

En el tema del compromiso administrativo del Estado frente al contexto de los sistemas tipo “Ponzi”⁹ y afines en la captación de dinero, es importante establecer las consecuencias y los alcances de las actuaciones provenientes de la administración. Ante dicha situación, es preciso analizar las funciones de la Superintendencia¹⁰ Financiera, establecidas por la ley, para actuar ante la crisis social ocasionada por la estafa piramidal. Entre sus fines específicos está trabajar por la seguridad de la confianza pública en torno al sistema financiero, para así, evitar situaciones que dañen la confianza del público, ya que es importante salvaguardar el beneficio general y, en especial, la buena fe de terceros y los factores que constituyen fallas en el servicio, tales como el título jurídico de imputación¹¹, el cual genera la replicación y el testimonio de la responsabilidad extracontractual del Estado en este asunto.

En primer término, es un error de la administración el relativo retardo en los servicios a cargo de la Superintendencia, lo cual se constituye como un deber jurídico vulnerado; en segunda instancia, se puede determinar la relación de causalidad entre la tardanza en los asuntos y el perjuicio, lo que se refiere a la perturbación del bien protegido por el derecho, que en este caso, se tradujo en la lesión de la confianza pública tanto en los capitales de los ahorradores como en el entorno financiero.

⁹ El esquema Ponzi es una operación fraudulenta de inversión que implica el pago de intereses a los inversores de su propio dinero invertido o del dinero de nuevos inversores. Este sistema no invierte en instrumentos financieros, sino que redistribuye el dinero de unos inversionistas hacia otros.

¹⁰ El tratadista Jaime Vidal Perdomo (2008), se expresa en su obra *Derecho administrativo* sobre el nacimiento en el ordenamiento jurídico de un “nuevo organismo, que guarda relación con un Ministerio, pero que adquiere cierta independencia que le da la ley para la atención de sus funciones, sin alcanzar la personalidad jurídica de los establecimientos públicos”.

¹¹ La profesora Yolanda Guerra García (2007), se refiere en su libro *Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios. Introducción al estudio de la corrupción*, a la imputabilidad del Estado como aquel daño producido como “consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración”.

Es de anotar que el daño antijurídico¹² es aceptado por la doctrina¹³ según fundamentación del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, conforme tres requisitos para exigir del Estado la indemnización de los perjuicios que por su acción u omisión se hayan causado a los particulares:

1. La existencia de un daño antijurídico.
2. Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública.
3. Que dicho daño sea imputable al Estado.

Jurisprudencialmente¹⁴ ante esta situación fáctica, surgen otros pronunciamientos sobre la responsabilidad estatal bajo tres teorías, que la clasifican así: 1. Teoría de la falla en el servicio. 2. Teoría del daño especial. 3. Teoría del riesgo excepcional. Lo anterior tiende a unificar la teoría de la responsabilidad del Estado por los perjuicios que este llegue a causar más allá de los discutidos títulos de imputación subjetivos basados en la culpa, por cuanto debe hacerse sentir el ordenamiento constitucional sobre toda pesadumbre judicial maniquea e irresponsable de amañadas conceptualizaciones foráneas, porque la suscitada controversia en materia de “culpa” no es del todo aceptada por la doctrina y buena parte de la jurisprudencia, entendiendo que el término “culpa” se deriva de la voz francófona *faute* (traduce culpa), que pasaría a nuestro castellano como falta y esta viene a ser

¹² En sentencia del Consejo de Estado con radicado interno N° 6515 del 31 de octubre de 1991, M. P. Julio César Uribe Acosta, se expresó la definición del daño antijurídico como aquel “daño o perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento”.

¹³ En lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado frente al daño antijurídico, hay que tener presente que el error jurisdiccional puede ser de hecho o de derecho. Es error de hecho cuando el juez equivocadamente razona y da por establecido un hecho no ocurrido o da por no establecido un hecho que sí ocurrió, y que además, está plenamente demostrado.

¹⁴ Al respecto, es importante resaltar las reiteradas vulneraciones a “los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica en algunas decisiones judiciales, tomadas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo al resolver de diferente forma casos con similitud fáctica y jurídica” (Vargas, 2018, p. 122), aspecto que resulta aplicable en la temática del presente manuscrito.

la falla del servicio (culpa del servicio), toda vez que no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad¹⁵.

La jurisprudencia colombiana, en mayor medida en la anterior a la Constitución de 1991, ha sostenido con insistencia que para que se declare la responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro. Hoy en día el enfoque ha cambiado porque la falla del servicio no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad.

Por tal razón, no se comparten los planteamientos del Consejo de Estado colombiano en los procesos de responsabilidad, toda vez que se trastoca la lógica misma de la responsabilidad civil, claro está que la responsabilidad puede existir aún sin la existencia de la falla del servicio. Diferente cosa ocurre frente a la ausencia del daño que inevitablemente preceptúa la inexistencia de la responsabilidad. Por lo tanto, valorar en primer orden la falla es prácticamente alterar el estado lógico del derecho de reparación a las víctimas amparándose en un elemento intrascendente e inmanente a la responsabilidad como lo es la falla del servicio.

El tratadista Juan Carlos Henao (2007) expone que:

Primero se ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento, por tal motivo, el concepto referente a la falla, falta o culpa es significativo para evitar confundir los conceptos jurídicos y no incurrir en yerros históricos tergiversando el derecho administrativo (público) con el derecho civil (privado), que en ocasiones ha impedido indemnizar daños ciertos, porque la indagación primera se hace hacia el autor del daño y no hacia la víctima del mismo.

¹⁵ Ver entre las diferentes fórmulas utilizadas: Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 9 de julio de 1992, C. P. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Rueda Ardila, exp. 7078: “Utilizando la nueva terminología que trae la Carta Constitucional en su artículo 90, se debe probar: a) la acción o la omisión o sea la conducta que se afirma causó el perjuicio a una persona; b) que esa conducta es imputable a una autoridad pública (la administración en sentido genérico); y c) que esa conducta imputable a la administración produjo un daño o perjuicio a quien no tenía por qué soportarlo”; 16 de abril de 1993, C. P. Montes Hernández, actor Carlos Anillo, exp. 7124: “La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurren los siguientes elementos: un hecho dañoso imputable a la administración, un daño sufrido por el actor, que para estos efectos es quien los alega y un nexa causal que vincula a estos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración”.

El tratadista Fernando Hinestrosa (1967) plantea en su obra que el daño es aquella “lesión del derecho ajeno consistente en el quebrantamiento económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la congoja”, toda vez que el daño es la razón de ser de la responsabilidad¹⁶.

De la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fuente directa el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

De este artículo constitucional se desprende el deber indemnizatorio de la administración (denominada cláusula general de responsabilidad), cuando se configure un daño antijurídico que puede provenir de una *omisión* de la administración en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. El tratadista Jaime Orlando Santofimio (2004a)¹⁷ ha dicho que se configura:

[...] responsabilidad patrimonial del Estado, siempre y cuando medie un daño antijurídico, haciendo de este un elemento esencial de la responsabilidad del Estado que (contractual o extracontractual) tiene como fundamento constitucional el deber indemnizatorio del Estado cuando se configuren daños antijurídicos respecto de los asociados¹⁸.

¹⁶ Hinestrosa (1967) plantea una reflexión sobre el daño, precisando sus distintos aspectos y su cuantía. “Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse”.

¹⁷ El exmagistrado y tratadista Jaime Santofimio Gamboa (2004a) expresa en su obra denominada *Tratado de derecho administrativo*, que: “constitucionalmente (Art. 90 CN) la responsabilidad del Estado es un deber indemnizatorio (contractual o extracontractual) que recae sobre el daño antijurídico producto de su acción u omisión ante los particulares. Apartándose de la doctrina anterior a la Constitución del 91, basada en la subjetividad intrínseca en la culpa del funcionario público”.

¹⁸ Tratándose de la acción de reparación directa; el acto administrativo en los casos de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción; o el contrato en los eventos señalados para la acción contractual sobre la base constitucional de la responsabilidad del Estado. La norma superior incluye el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado, siempre y cuando medie un daño antijurídico, haciendo de este un elemento esencial de la responsabilidad del Estado.

Los exconsejeros de Estado Ricardo Hoyos Duque y María Victoria Zambrano, frente al daño antijurídico, del art. 90 constitucional, manifiestan que es aquel que la persona que lo padece no está en la obligación jurídica de soportarlo.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-100 del 31 de enero de 2001, con ponencia de la M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez¹⁹, precisó:

Respecto a la noción de daño antijurídico, [...] [la responsabilidad del] Estado podría configurarse no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar.

Igualmente, la misma corporación en la Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero²⁰ citando la doctrina española: “[...] el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho²¹, pues al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares como parte de su actividad de administración; es decir, el proceso de análisis pasa a ser la víctima –en este caso, de la omisión estatal– y no el agente de la entidad pública, tal y como lo refieren los autores Hernández Enríquez y Franco Gómez (2007), que manifestaron que *objetivizó* el concepto de daño antijurídico con fundamento en la doctrina española en concordancia con la entrada en vigor de la Constitución colombiana de 1991 (artículo 90): “[...] Ello significa, en el entendido jurisprudencial, que la antijuridicidad del daño no depende de la antijuridicidad del hecho que lo causa, de modo que el mismo seguirá siendo antijurídico aunque su causa sea lícita” (p. 33).

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-100 del 2001 donde expresa que el daño puede ser por causa ilícita y teje un hilo conductor paralelo entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

²⁰ En la Sentencia constitucional C-333 de 1996 se interpreta que el daño antijurídico es un perjuicio causado a los particulares que debe resarcirse sin importar que provenga de una actividad ilícita del Estado.

²¹ En el art. 1º de la Constitución Política.

La forma de cumplir con el postulado del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, es a través del juzgamiento que hace la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada por el artículo 86 del anterior Código Contencioso Administrativo²² y el artículo 140 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²³.

La Sentencia C-644 de 2011 se pronuncia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que dicha responsabilidad, en nuestro sistema jurídico, encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos²⁴. En este orden de ideas, la Corte contextualiza la responsabilidad estatal desde la entrada en vigencia de la Constitución Política colombiana, ya que hasta antes de 1991 no existía una cláusula de responsabilidad estatal en el ordenamiento colombiano, y por lo tanto, anteriormente se concebía como una institución de origen netamente jurisprudencial.

De la omisión del Estado colombiano

Hablar de omisión del Estado es hablar del incumplimiento en las funciones o cometidos por parte de la administración pública, tal y como lo dice la Corte Constitucional: “Una omisión no es un acto sino una ausencia de acto”.

El fundamento de la actividad estatal se encuentra en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, consagrados por el artículo 2° de la Constitución Política

²² Artículo 86. Modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. Acción de reparación directa. “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

²³ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, por el Congreso de Colombia.

²⁴ La Sentencia C-644 de 2011, expresa que se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos, a saber: a) un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo, b) una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la administración pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas y, c) una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que este sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

de Colombia de 1991, norma que en su inciso segundo instituye la finalidad de la acción de la administración pública.

Aquí se encuentra su concreción en las funciones atribuidas por la propia Constitución y por la ley a los órganos y entidades que componen la administración pública, en concordancia con el artículo 121 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Del mismo modo, las actuaciones administrativas gozan de una consagración legal en los artículos 2, 3, 4 y 7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁵, en donde se reitera que la finalidad de la administración pública es el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, la observancia de los deberes del Estado y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; y que las actuaciones administrativas pueden iniciarse de oficio²⁶ en cumplimiento de un deber legal, puesto que sería absurdo el pretender que todo el impulso de la administración proviniera de los particulares en ejercicio del derecho de petición, ello iría en contravía de los postulados sobre los que se erige el Estado social de derecho y resultaría inócua la definición de fines esenciales del Estado.

En concordancia con lo anterior, el artículo 209 de la Constitución Política define los principios de la función administrativa y de la coordinación entre las autoridades de la administración con el fin de dar cumplimiento a la finalidad esencial del Estado; bajo el entendido que estos postulados fueron desarrollados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006, al referirse a la estructura del Estado y la administración pública como la vía expedita para efectivizar los valores constitucionales.

Resulta absolutamente claro que el deber de la administración es el de actuar, de manera oficiosa, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales y

²⁵ Ley 1437 de enero 18 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

²⁶ La Ley 1437 de 2011 en su artículo 3, numeral 11 expresa: “En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.

que el no hacerlo conlleva a una **omisión**²⁷ estatal que puede acarrear consecuencias para los particulares, quienes pueden verse afectados por un daño antijurídico derivado de esa **omisión** de la administración. Y en consecuencia se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-1194 del 15 de noviembre de 2001, frente a los conceptos de **omisión** o inacción en la actividad estatal por parte de la administración en la medida en que todas aquellas expresiones de incumplimiento de las autoridades administrativas pueden materializarse a través de su inacción o de una acción que manifiesta ineficiencia o evasión de la administración en el cumplimiento de sus deberes²⁸.

La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado. En otras situaciones la inactividad es tan solo aparente. Es el caso de la inacción administrativa dada la necesidad de tomarse el tiempo suficiente para ponderar una situación compleja antes de adoptar una decisión. En este evento, no se está frente a un incumplimiento de la función pública, sino frente al ejercicio legítimo de las competencias administrativas siempre que se trate de un lapso razonable para la toma de una decisión.

También, puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que esta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado. Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones, determinadas por intereses económicos.

²⁷ Carlos Betancur Jaramillo (2002), en su obra *Derecho procesal administrativo*, expresa que las “omisiones no constituyen un elemento aparte de los hechos sino que son estos mismos en cuanto que implican abstenciones de la administración”.

²⁸ En la Sentencia C-1194 de 2001, se determina que la omisión puede ser materializada a través de una inacción tal como lo determina la doctrina española frente al concepto de “inactividad de la administración”, que representa el tratadista Marcos Gómez (2002), toda vez que “debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”.

De la omisión en la actividad de intervención, inspección, vigilancia y control

La actividad administrativa tiene un marco funcional bastante amplio que permite la satisfacción de los cometidos estatales. Una de estas funciones es la actividad de intervención, inspección, vigilancia y control, donde se expresa el tratadista Jaime Orlando Santofimio (2004b)²⁹ mediante la siguiente conceptualización:

[...] todas aquellas actividades encomendadas por el ordenamiento jurídico en dirección al ejercicio de controles de tipo disciplinario o fiscal, como el depositado en los llamados órganos de control y aquellos otros de supervisión de procesos o actuaciones de particulares e, incluso, de instituciones públicas que implican el ejercicio de la inspección, control, vigilancia, supervisión y sanción cuando se ha desconocido el principio de legalidad. Es común la presencia de este tipo de actividad pública administrativa respecto de actividades como la bancaria, bursátil, financiera, cambiaria, educativa, de servicios públicos, urbanística, notarial, etc.

Esta forma de acción de la administración pública se deriva directamente de la Constitución Política de Colombia de 1991, tal y como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-758 del 17 de septiembre de 2002, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis³⁰:

La inspección, vigilancia y control que en ocasiones se asigna al Estado, [...] 24 (inspección, vigilancia y control sobre personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público y sobre entidades cooperativas y sociedades mercantiles); 26 (inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común).

En este punto es pertinente señalar que, tanto en la Constitución Política de Colombia de 1991 como en la ley, se hace mención a la inspección, la vigilancia y el control, sin especificar sus particulares proyecciones y alcances. Estas nociones no son siempre coincidentes, ya que corresponden a grados diferentes de intervención

²⁹ En su obra denominada *Tratado de derecho administrativo*.

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-758 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

del Estado con relación a las personas que desarrollan las actividades que se someten a dicha acción estatal.

En ese orden de ideas, al regularse legalmente la inspección o la vigilancia o el control o todo tipo de modalidades de intervención estatal, deberán determinarse sus objetivos para el efectivo cumplimiento de las actividades a cargo de una determinada entidad, de acuerdo con los fines propios de esta. Igualmente, deberá el legislador precisar los medios a través de los cuales ha de realizarse la intervención, esto es, las atribuciones de vigilancia, inspección y control.

De la inactividad de la administración, o la omisión administrativa

Dentro del escenario de la inactividad de la administración, tenemos que es una tesis bastante popular y muy desarrollada por la doctrina española en cabeza de Marcos Gómez Puente³¹, José Luis Rodríguez, Ignacio Villaverde Méndez, Luis Felipe Botero y Víctor Bazán, entre otros, los cuales impulsan una corriente jurídica doctrinaria bastante innovadora frente a la omisión³² en las responsabilidades administrativas del Estado que configura la denominada inactividad de la administración y por consiguiente, la responsabilidad debida por este a sus administrados en materia de resarcimiento de perjuicios producto del daño infligido al particular.

En Colombia, los doctrinantes Vargas, Cárdenas y Dussán (2010) en su obra, explican la responsabilidad estatal en materia patrimonial como aquel régimen de falla en el servicio, régimen de responsabilidad objetiva, riesgo excepcional y daño especial. En este mismo contexto, el profesor De La Vega (2010) se refiere en su libro³³ al delito impropio de omisión, como un delito sin norma de sanción expresa

³¹ El tratadista Marcos Gómez (2002) se refiere en su obra *La inactividad de la administración*, a la inactividad, toda vez que “debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”.

³² El autor Ángel Menéndez Rexach (2001) en su texto denominado *El control judicial de la inactividad de la administración*, nos menciona que en principio “si no había acto previo, no cabía recurso ni, por tanto, control judicial”. Circunstancia que obligó a una evolución forzada del derecho español frente a la omisión.

³³ Comentado por el profesor Orlando De La Vega Martinis (2010), en su obra *El delito de omisión y su explicación causal*.

e igualmente coincide en las apreciaciones sobre delitos de omisión, del doctrinante y profesor catedrático Carlos Roberto Solórzano (2011)³⁴.

El autor Santofimio (2004a)³⁵ ha dicho al respecto del valor indemnizatorio derivado de la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, que desde la norma constitucional (art. 90) y el código administrativo el cual se acciona mediante la reparación directa cuando sea configurada por daños antijurídicos respecto de los asociados, provenientes de hechos, **omisiones**, operaciones (...) atribuibles a las autoridades públicas o a quienes ejerzan funciones públicas; y es en el mismo sentido que se expresa la obra de Gabriel Valbuena³⁶ (2008), al traer al debate jurídico el concepto de la omisión desde el punto de vista jurisprudencial, toda vez que manifiesta que:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-038 del 1º de febrero de 2006, realiza un ponderado recuento doctrinario y jurisprudencial cuyas consideraciones estriban en que el mencionado artículo 90 superior, fundada en la presunta omisión en que incurrió el Honorable Congreso de la Republica al dejar de contemplar en dicha norma la responsabilidad del Estado, pero que fue de buen recibo por parte de la comunidad judicial bajo el entendido que dicha interpretación fue asumida igualmente por el Consejo de Estado en diversas sentencias³⁷.

En igual sentido encontramos al autor Wilson Ruiz Orejuela³⁸ (2013), cuando expresa que a la luz de la interpretación jurisprudencial realizada por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 2006³⁹, el Estado carga la obligación

³⁴ Carlos Roberto Solórzano Garavito (2011), en su obra *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia*, reconoce ampliamente la omisión para los funcionarios públicos.

³⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2004a), se refiere a la omisión del Estado que debe ser indemnizada cuando cause daños antijurídicos derivado del valor objetivo de la reparación directa.

³⁶ Lo refiere el tratadista Gabriel Valbuena Hernández (2008), en su obra *La defraudación de la confianza legítima, aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*.

³⁷ [...] como la del 25 de agosto de 1998 (C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros), 8 de septiembre de 1998 (C. P. Daniel Suárez Hernández), 26 de septiembre de 2002 (C. P. Alier Hernández Enríquez) y auto del 15 de mayo de 2003 del exp. N° 76001-23-31-000-2002-1912-01 (23245) (C. P. Alier Hernández Enríquez).

³⁸ En este sentido, el autor Wilson Ruiz (2013) lo describe en su obra *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*.

³⁹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-038 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual se decide sobre la exequibilidad del artículo 86 CCA (en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo) por cuanto hay lugar a demandar por vía de acción

de indemnizar daños derivados de la actuación del legislador⁴⁰ (también comprende legislaciones de emergencia social y económica) en materia de expropiación, monopolio o determinadas actividades estratégicas o de servicios públicos⁴¹, como los de captación y la actividad bancaria que es un servicio de interés público esencial del Estado, conforme lo determina la Sentencia C-224 de 2009.

El tratadista español Álvaro Mora (1998) define la inactividad, en sentido genérico, aquella que se considera como pasividad o no reacción por parte de la administración. Lo anterior interpretado por el autor como un estado de carencia en que se pueden ver involucrados los particulares ante los servicios prestacionales públicos, demostrando en cada uno, un no hacer cuando así se requiere legalmente, diferenciando la inactividad material de la administrativa⁴². Entre tanto, autores como Alina Nettel (2012) se refieren a la idea de aplicar el título de imputación subjetivo (falla del servicio) a las conductas pasivas de cara a la inactividad administrativa, determinando que la responsabilidad acaecida por la inactividad es de la administración pública.

La actividad administrativa tiene un marco funcional bastante amplio que permite la satisfacción de los cometidos estatales y es tan variado como sea requerido para la consecución de esos fines. Es así como aparece la actividad de intervención, control y vigilancia como una forma de acción de la administración pública, la cual es definida por el tratadista Jaime Orlando Santofimio (2004a) como aquella actividad administrativa considerada como: “[...] toda aquella en la cual las autoridades adoptan decisiones y ejecutan o desarrollan operaciones tendientes a intervenir en la actividad de los particulares para regular procesos o impedir el desbordamiento de las mismas en detrimento del interés general” (p. 43).

de reparación directa la responsabilidad del Estado legislador puesto que “la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o de servicios públicos”.

⁴⁰ El autor Javier Torregrosa (2007) se expresa en este sentido en su obra *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador*, reafirmando dicha teoría.

⁴¹ La cláusula general de responsabilidad enmarcada en el artículo 90 constitucional establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño (responsabilidad objetiva), de modo que la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al poder legislativo está expresamente contemplada en el referido artículo 90 superior.

⁴² El autor Álvaro Mora (1998) lo describe en su libro *El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública*.

La tesis de la confianza legítima

Es de obligatoriedad referirnos a la tesis de la confianza legítima derivada de los principios constitucionales del Estado de derecho y seguridad jurídica, en la medida que entrega un marco dogmático suficiente para enfrentar la tarea de delinear los límites al ejercicio de tal potestad, como lo expresan diferentes interpretaciones doctrinales. Con especial énfasis se expresa el profesor chileno Jorge Bermúdez Soto (2005), quien destaca que la administración pública tiene el poder de revisar sus propios actos y de dejar sin efecto aquellos que vulneran el ordenamiento jurídico; así las cosas, la discusión se centra en torno a la competencia en el ejercicio del poder donde el profesor Bermúdez expresa que el principio de confianza legítima se reconoce hoy expresamente en la ley alemana de procedimiento administrativo, siendo el “principal límite a la potestad invalidatoria”, teniendo una evolución doctrinal y jurisprudencial.

El autor Daniel Cuadrado (2009) establece que bajo dicho principio se supone que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones administrativas tomadas, y en función de las cuales los ciudadanos han realizado determinadas actuaciones, reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-478 de 1998⁴³, donde se estableció que la confianza legítima es constitucionalmente relevante, en la medida en que constituye una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares (C. P. Art. 83). Sobre esto ha dicho Franz Wieacker⁴⁴: “Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe”.

Sobre el principio de buena fe, columna vertebral del derecho universal de los hombres, encontramos las tesis de los tratadistas Eduardo García De Enterría y Tomás Fernández⁴⁵ en su libro *Curso de derecho administrativo*, frente a los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, proclamados

⁴³ La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico como una pluralidad de matices y consecuencias.

⁴⁴ Sentencia C-478 de 1998.

⁴⁵ Los autores Eduardo García De Enterría y Tomás Fernández (2000), en su obra *Curso de derecho administrativo*, y García De Enterría (2002), en su obra *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*.

en el artículo 9º de la Constitución⁴⁶, obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas con base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no solo al presente sino también al futuro.

Tenemos en Colombia⁴⁷ el desarrollo del principio de la buena fe integrada por los mandatos de lealtad, honestidad y sinceridad, y la falta de uno de ellos impide la presunción de su existencia. Al efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-487 de 1992, expresó en apartes: la buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico como una pluralidad de matices y consecuencias [...]. Para Karl Larenz⁴⁸, la buena fe no es un concepto sino un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho. El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla⁴⁹. Así pues, el querer del constituyente fue consagrado en el artículo 83 de la Constitución como una verdadera garantía.

⁴⁶ Artículo 9º de la Constitución Política española: 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁴⁷ La obra de Gabriel Valbuena (2008) anima profundamente el debate jurídico frente al concepto de la rescindibilidad de las expectativas legítimas frustradas, puesto que en el campo de la reparación de daños materiales se encuentra el “lucro cesante”, el cual opera cuando se tiene una expectativa cierta del beneficio o provecho que se esfuma a causa de acciones u omisiones de otra persona; pero el autor también nos presenta la “teoría de la pérdida de una oportunidad” la cual debe, igualmente, precisar el grado de probabilidad y certeza que existe alrededor de la concreción del daño en cada caso particular con un umbral de certeza.

⁴⁸ Así lo refiere el doctrinante Larenz en su obra: “Una sociedad en la que unos desconfían de otros se sumergiría en un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de paz dominaría la discordia; allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo”. Estas palabras recuerdan a Hobbes, cuando afirmaba: *homo hominis lupus* (el hombre es el lobo del hombre).

⁴⁹ [...] poder confiar, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por tanto, de paz jurídica [...]. La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos.

Circunstancias con connotaciones jurídicas en pronunciamientos de la Corte Constitucional (1999) mediante la Sentencia SU-360 de 1999 que refieren sobre la confianza o la buena fe de los administrados, la cual no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales, sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado, y este mismo contexto se reitera en la Sentencia T-617 de 1995, donde la buena fe tampoco significa donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general.

Bajo este orden de ideas, es primordial traer a colación el razonamiento de la autora María José Viana Cleves⁵⁰ (2007), toda vez que argumenta que la confianza legítima es un principio orientador del ordenamiento jurídico que debe ser respetado en todas las relaciones jurídicas que surjan entre la administración y los particulares, razón por la cual se vale de cualesquiera de las acciones judiciales existentes, donde dicha escogencia de la acción jurisdiccional⁵¹ que aplique a su caso particular deberá estar sometida al procedimiento contencioso administrativo instaurado en Colombia⁵². La confianza legítima no es un medio para la protección de otros derechos ni una vía judicial alternativa, ni un argumento jurídico adicional para fortalecer las pretensiones judiciales de los particulares frente a la administración, puesto que se debe entender como un verdadero principio constitucional dentro del nuevo constitucionalismo internacional⁵³.

En la Sentencia SU-360 de 1999 se determinó que la confianza legítima o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales, sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. En las mismas trazas argumentativas, se

⁵⁰ En su libro *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*.

⁵¹ El autor Miguel González Rodríguez (2007) en su libro *Derecho procesal administrativo*, refiere que “esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”.

⁵² Tenemos entonces que “si la acción del particular es indemnizatoria, las acciones procedentes podrán ser las de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa o la de grupo, según las condiciones del caso particular y concreto, y, si la violación de la confianza legítima en el caso concreto trajo consigo la afectación de derechos colectivos, la acción procedente será la popular”.

⁵³ [...] el cual debe propender por “orientar todas las actuaciones y relaciones jurídicas que surjan entre los particulares y la administración pública y que esté orientado hacia la protección de expectativas legítimas”. Y como verdadero principio constitucional también trae consigo la doble virtud de ser concebido como “un derecho público subjetivo que radica en cabeza de todo administrado y que consiste en una potestad jurídica de exigir, por parte de los demás sujetos de derecho, el respeto de su confianza legítima, y, por parte del Estado, su correspondiente garantía y protección”.

expresa la Sentencia T-617 de 1995 frente al significado inmaterial del principio de la buena fe⁵⁴, donde sí se interpreta el concepto de resarcibilidad con la interpretación doctrinal que hiciera el tratadista Jesús González (1999)⁵⁵ frente al concepto de resarcibilidad por frustración de expectativas legítimas, en la medida en que se demuestre el daño causado bajo los supuestos o requisitos debidamente demostrados.

Se encuentran suficientes y valederos razonamientos del tratadista Luis Berrocal (2005), cuando al expresarse sobre la confianza legítima nos recuerda que su alcance consiste en que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten expectativas razonables que las autoridades han creado en situaciones concretas, igualmente se refiere a aquellos derechos particulares consolidados, fundamentados en la convicción objetiva, esto es, en signos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular⁵⁶. Esto en relación directa con los cimientos constitucionales que desarrollan los doctrinantes Julio Rodríguez (1998) y Jacobo Pérez (2010) en sus respectivas obras, donde se abordan desde el punto de vista constitucional todos aquellos aspectos relevantes al derecho que legitima al ciudadano frente a la legítima confianza proveniente de la omisión de las autoridades (Brito Ruiz, 2013).

Conclusión

En la jurisprudencia y la doctrina especializada, se observa que la omisión administrativa deriva en factores punibles producto del incumplimiento de los deberes de la función pública y aquellos tipificados penalmente como delitos contra la administración pública establecidos en el título XV del Código Penal colombiano, en la medida que se configuran diversas clases de omisión estatal, como: la inacción de la administración; la acción de ineficacia; la evasión de deberes; la congestión de la administración; negligencia; inactividad aparente; captura de la entidad por

⁵⁴ “Tampoco significa ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general”.

⁵⁵ Refiriéndonos al tratadista español Jesús González Pérez (1999), quien en su obra *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo* trae la conceptualización “resarcibilidad por frustración de expectativas legítimas”.

⁵⁶ Es de anotar que el tratadista Luis Berrocal Guerrero (2005) concluye en su obra, frente a la confianza legítima guardada por la administración, que dicho principio “no significa imposibilidad de adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad”.

intereses; parálisis de la entidad ejercida por los destinatarios de la actuación administrativa que necesitan una entidad paralizada para cometer sus crímenes; y la corrupción como modalidad de contraprestación económica para obtener a cambio la parálisis de la actividad administrativa.

Establecer la responsabilidad del Estado en el marco del lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público, donde se abordan aquellos aspectos relevantes del derecho administrativo, especialmente, la responsabilidad objetiva, la cual se colige del espíritu hermenéutico que, según Saavedra (2011), se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esto en el marco del artículo 90 de nuestra Carta Política que incorporó los más modernos criterios sobre la materia de responsabilidad patrimonial del Estado, fundamentada en el principio internacional del equilibrio de las cargas públicas, cuyos títulos de imputación, dentro del ordenamiento jurídico nacional, estriban en el riesgo excepcional y el daño especial. Frente al daño antijurídico, se interpreta que propicia la ruptura de las cargas públicas, toda vez que el daño no es solo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño antijurídico a una persona para que deba ser resarcida y reparada integralmente por el Estado.

Lo anterior se fundamenta en que si ubicamos a la víctima en el centro de la reparación integral administrativa, estaremos materializando el objetivo fundamental del Estado social de derecho, en el sentido de fijar al ser humano en el centro de la protección del Estado, circunstancia muy diferente al actual pensamiento judicial que solamente se concentra en judicializar al sujeto culposo que permitió un daño antijurídico. Desde la academia, no se puede permitir seguir desconociendo a la víctima, quien actualmente es revictimizada por el sistema interpretativo judicial, cuando la convierte en un objeto aislado de la reparación del perjuicio que debe ser subsanado objetivamente. Es decir, el particular debe ser reparado directamente mediante el régimen de responsabilidad jurídico-objetivo, cuando se trate de omisiones administrativas en el control de las actividades de captación masiva de dineros y lavado de activos en el marco de los delitos que regula el derecho penal económico.

Así las cosas, se debe poner en discusión el replanteamiento del actual régimen general de responsabilidad subjetiva basado en el título de imputación denominado falla del servicio (o culpa del funcionario público) y en su lugar, debería ser

reemplazado por el régimen de responsabilidad objetiva basado en un título de imputación que podría denominarse: daño por omisión en el control de la economía, el cual debería ser tenido como título general de responsabilidad, toda vez que la captación y el lavado de activos son delitos que afectan el interés público, el interés general y la pérdida de confianza pública en el control de la economía. Lo cual reside, exclusivamente, en el Estado, por cuanto afecta a todos los ciudadanos y no puede tramitarse como un caso interpartes, particular y concreto basado en régimen de culpa de la administración (falta o falla del servicio), colocándose en riesgo la estabilidad económica, jurídica y la confianza legítima en las instituciones del país en la medida que el Estado debe garantizar la seguridad jurídica y fortalecer la confianza legítima del particular para con este. El ciudadano debe confiar en un Estado moralmente diligente que lo proteja de actividades delictivas notorias, lo cual se logra desplegando adecuadamente, y sin dilaciones injustificadas, la actividad legal que tiene por obligación constitucional desarrollar, pues cuenta con la fuerza y la competencia para intervenir y castigar actividades ilegales, bajo el entendido de que quien produce la norma también es responsable de controlar su ejecución en el marco de la legitimidad y la legalidad, sin tener que acudir a herramientas excepcionales ni diseñar nuevos marcos normativos a los que la Constitución y la ley le otorgó competencia de tiempo atrás.

Así mismo, el Estado debe centrar sus esfuerzos en devolver a un estado inicial los derechos arrebatados a los ciudadanos, lo cual se logra mediante la reparación objetiva de los daños antijurídicos causados por su omisión, materializados por la vía indemnizatoria rescatando el principio jurídico básico de resarcimiento de perjuicios y recuperación de la confianza legítima en lo público.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta una primera instancia por conducto jurisdiccional mediante el adecuado ejercicio del operador judicial, para que adopte decisiones inequívocas frente a un sistema de imputabilidad de cargos llamando a juicio al Estado y respetando el régimen de responsabilidad objetiva constitucional (art. 90 superior) en concordancia con el artículo 333 de la Carta Política. Así, se afirma en el reproche jurídico frente a la ausencia de una política estructural e integral en materia de responsabilidad del Estado, desconociendo la protección de derechos económicos de los particulares, una nula reparación patrimonial de las víctimas y la inexistencia del ejercicio diligente en el control de lavado de activos y captación no autorizada, de cara a enfrentar los poderosos intereses confundidos entre poder político y económico anidados en el área gris de la criminalidad.

El tránsito de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho, implica sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores. Por lo tanto, la autoridad pública solo puede hacer aquello que le permita la norma, siendo de vital importancia la función estatal relacionada con la producción normativa determinante para desarrollar los mandatos superiores, para administrar y para conservar el orden social y para ejercer control sobre situaciones que afectan el orden público, social y económico o sobre las mismas actuaciones de los particulares.

Referencias

- Corte Constitucional. (6 de agosto de 1992). Sala Plena. Sentencia C-333, expediente RE-058, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (9 de septiembre de 1998). Sala Plena. Sentencia C-478, expediente RE-1945, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (31 de enero de 2001). Sala Plena. Sentencia C-100, expediente D-3205, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional. (17 de septiembre de 2002). Sala Plena. Sentencia C-758, expediente D-3956, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2006). Sala Plena. Sentencia C-038, expediente D-5768, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (31 de agosto de 2011). Sala Plena. Sentencia C-644, expediente DE-8422, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Consejo de Estado. (31 de octubre de 1991). Sentencia con radicado interno N° 6515, M. P. Julio César Uribe Acosta.
- Consejo de Estado. (9 de julio de 1992). Sección Tercera. Expediente 7078, M. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Bermúdez Soto, J. (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(2), 83-105. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2283091>
- Berrocal, L. E. (2005). *Manual del acto administrativo, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá D. C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Betancur Jaramillo, C. (2002). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Librería Señal Editora.
- Brito Ruiz, F. (2013). *Estructura del Estado colombiano y de la administración pública nacional, según la Constitución de 1991, revaluación de conceptos constitucionales y administrativos*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis S. A.

- Castro J. (2018). Alcance del principio *iura novit curia* en la responsabilidad del Estado colombiano. Revista *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14(1), 169-187. Recuperado de file://localhost/C:/Users/Usuario/Downloads/4270-12563-1-SM (1).pdf
- Cuadrado Zuloaga, D. (2009). Vulneración del principio de confianza legítima. *Actualidad administrativa*, (18), 3. Recuperado de [http://dialnet.unirioja.es/servlet/ ejemplar?codigo=233630](http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=233630)
- De La Vega Martinis, O. (2010). *El delito de omisión y su explicación causal*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Temis – Universidad de los Andes.
- García De Enterría, E., y Fernández, T. (2000). *Curso de derecho administrativo*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Gómez, M. (2002). *La inactividad de la administración*. Navarra, España: Editorial Aranzadi S. A. – Elcano.
- González, J. (1999). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- González, M. (2007). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá D. C., Colombia: Alvi Impresores Ltda. – Universidad Libre.
- Guerra García, Y. (2007). *Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios. Introducción al estudio de la corrupción*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Libre.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Henríquez, A. E., y Franco Gómez, C. (2007). *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Nueva Jurídica.
- Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de obligaciones*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Bogotá. (16 de diciembre de 2009). Sentencia N° 19. Proceso 1100160200800130.
- Llano, J. V., Rengifo, R. A., y Rojas, L. M. (2018). Estado cosmopolita en América Latina. Revista *IUSTA*, 1(48), 97-117. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4088/3883>
- Menéndez Rexach, Á. (2001). El control judicial de la inactividad de la administración. *AFDUAM*, (5), 163-186. Recuperado de [http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(163-186\).pdf](http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(163-186).pdf)

- Mora Espinoza, Á. E. (2003). *El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública* (tesis de grado). Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, Madrid, España.
- Nettel, A. (2012). *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*. Madrid, España: Meller.
- Preciado Agudelo, D. (2008). *Frasas latinas del derecho usual*. Bogotá D. C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pérez Escobar, J. (2010). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Temis.
- Rodríguez Ortega, J. A. (1998). *La legitimidad en el Estado social de derecho*. Bogotá D. C., Colombia: Leyer.
- Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá D. C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Santofimio Gamboa, J. (2004a). *Tratado de derecho administrativo. Tomo I*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. (2004b). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Solórzano Garavito, C. R. (2011). *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia*. Bogotá D. C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Torregrosa, J. (2007). *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Trujillo, I. (2018). Las instituciones en la administración financiera de las misiones diplomáticas de Colombia en el exterior. *Revista IUSTA*, 1(48), 145-178. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4102/3906>
- Viana Cleves, M. J. (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Valbuena Hernández, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima, aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Vargas, S. (2018). La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista IUSTA*, 1(48), 119-144. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4089/3884>
- Vargas García, J., Cárdenas Poveda, M., y Dussán Hernández, O. (2010). *Delitos de omisión impropia*. Bogotá D. C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho administrativo*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis S. A.