

Popayán, 16 de marzo de 2016

La responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de sus funciones de inspección, vigilancia y control

The State liability for the acts of omission in its inspection, surveillance and control functions

Juan Felipe Arbeláez Revelo⁷⁴

Abstract

The functions of inspection, surveillance, and control are part of the so called “*policía administrativa*”, which aims to subject the acts of the individuals and some State bodies to the Law.

Such functions must be done efficiently and strictly, by using all the legal mechanisms to achieve their goal which is to avoid the materialization of a harmful fact.

That is why the administrative jurisdiction must be rigorous in reproaching the blame to the State, avoiding it to relapse, and must verify the fulfillment of the principles of effectiveness and legality, which are necessary to determine correctly the State liability.

Keywords: *policía administrativa*, State liability, imputability, *falla del servicio*, principle of effectiveness, principle of legality, State acts of omission.

Resumen

Las funciones de inspección, vigilancia y control hacen parte de la *policía administrativa*, la cual pretende someter las conductas de los individuos y algunas entidades estatales al Derecho.

Dichas funciones deben ser realizadas de forma eficaz y estricta, haciendo uso de todos los instrumentos legales para realizar su finalidad, la cual es evitar la materialización del hecho dañoso.

Por eso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe ser rigurosa a la hora de reprochar la culpa a la administración, evitando la reincidencia administrativa, y debe verificar el cumplimiento de los principios de eficacia y legalidad, los cuales son necesarios para determinar de forma idónea la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Palabras clave: *policía administrativa*, responsabilidad del Estado, imputabilidad, *falla del servicio*, principio de eficacia, principio de legalidad, omisión del Estado.

⁷⁴ Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, Popayán.

I. Introducción

El tema de este artículo se refiere a la responsabilidad que tiene órgano estatal en los casos que pretermite, actúa de forma tardía o errónea en las funciones de supervisión que la Constitución y la ley le han encomendado. Para el desarrollo del mismo se acudirá, principalmente, a las decisiones del Consejo de Estado, el cual ha desarrollado lo referente al instituto resarcitorio, entre otras normas del orden jurídico.

Las funciones de inspección, vigilancia y control pueden categorizarse como obligaciones de medios, situación primordial para efectos de dilucidar la existencia de responsabilidad en cabeza del Estado. Esto lo ha sostenido la doctrina, y el mismo Consejo de Estado se ha servido de esa posición para desarrollar su jurisprudencia: “(...) las obligaciones de la administración al ejercitar estas facultades discrecionales son de medios, y no de resultados. La administración está obligada a desplegar todas las actividades necesarias para elaborar los aludidos criterios técnicos, objetivos y razonables de decisión. Lo que la administración no puede garantizar, en todos los casos, es que las determinaciones, de este modo adoptadas, conducirán, necesariamente, a la salvación de la entidad intervenida o, más genéricamente, a la indefectible consecución del objetivo propuesto con la medida elegida.”⁷⁵

De igual forma, pese a que no es el objeto principal de este escrito, se pretende aclarar la idea de que la responsabilidad por omisión se vincula por una causalidad jurídica o imputabilidad y no por una causalidad material, pues “[l]a causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (*ex nihilo nihil fit*).”⁷⁶

Se puede advertir que si bien la jurisprudencia no ha sido muy cambiante en esta especie de responsabilidad, al interior de la sección tercera del máximo tribunal contencioso administrativo ha habido diferencias bastante importantes que pueden significar el límite entre la absolución y la condena administrativa, y es por ello que surge la necesidad de discutir un tema que tiene destacada trascendencia habida consideración que las actividades objeto de supervisión son de interés público y tiene una posición preponderante para la sociedad.

De esta forma, resulta problemática la interpretación que ha tomado el Consejo de Estado a la hora de analizar y valorar las actuaciones de la administración pública para efectos de fijar la existencia del deber de resarcir daños antijurídicos. En un inicio verificó que debían cumplirse con principios de oportunidad y eficacia, y al notar que estos criterios fueron pretermitidos procedió a condenar administrativamente, dice el alto tribunal: “en materia de responsabilidad de entidades

⁷⁵ Alier Hernández Enríquez & Catalina Franco Gómez, *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado* 536-537 (Bogotá: Nueva Jurídica, 2007).

⁷⁶ Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* 318 (Barcelona: Reppertor, 5.ª ed. 1998), Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* 852 (Barcelona: Bosch, 1981), y Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria: Organización, Imputación y Causalidad* 241-242 (Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 2000).

financieras, la oportunidad y la eficacia son factores relevantes, toda vez que al analizarlos se puede establecer si el resultado dañino podía o no evitarse.”⁷⁷

No obstante, en una providencia reciente resolvió que no debía estimarse pretensiones en contra del Estado cuando éste hizo uso de solo algunos instrumentos consagrados por ley para evitar un resultado dañoso, es decir, prescindió del principio de eficacia. Este último aspecto contraviene, además, el principio de legalidad, entre otros criterios, que son imperiosos en el ejercicio de la función pública.

La razón de la decisión de esta última sentencia no tiene conexión con la resolución, pues en la parte motiva el máximo tribunal contencioso hace el siguiente razonamiento: “[s]e le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.”⁷⁸ Todo ello suscita ambigüedad en la postura, pues decide exonerar de responsabilidad a una entidad que no dio uso de todos los medios disponibles, pero hace apología a un principio de eficacia en ejercicio de las funciones públicas.

El problema entonces es que el Consejo de Estado en sentencia reciente ha exonerado de responsabilidad al Estado cuando se limita a usar pocos de los instrumentos a su disposición, en el entorno de las funciones de inspección, vigilancia y control. La no injerencia por parte de los organismos competentes, o su intervención negligente, puede suscitarle una obligación resarcitoria en la ocasión del daño derivado de una mala administración de sociedades y empresas a razón de que:

- I) Si bien, y desde una perspectiva fáctica o de causalidad material, no es posible vincular una omisión, o no actuación, con un resultado dañoso toda vez que a quien se le pretende adjudicar la responsabilidad no tuvo participación en la ocasión del daño, existen mandatos jurídicos, que desde una perspectiva deontológica logran unir los elementos en mención, ello puesto que la sociedad y el estado se rigen por el Derecho, en el cual se especifican los deberes a cumplir, especialmente para la administración pública que debe ceñir, de forma restrictiva y rigurosa, su funcionamiento a las normas positivas.

Esto lo explica de forma clara el profesor Luis Guillermo Serrano Escobar: “[!]a distinción que se hace entre los conceptos de relación de causalidad y de imputación, aspecto que es muy importante desde el punto de vista dogmático, por cuanto permite precisar que para el constituyente se trataba de dos nociones distintas, aunque complementarias, la primera, referida al aspecto fáctica que vincula la acción con daño,

⁷⁷ Sent. del 22 de julio de 2009, Sec. 3.ª, S.C.A. del C. Edo.

⁷⁸ Sent. del 26 de febrero de 2015, Subsec. A, Sec. 3.ª, S.C.A. del C. Edo.

en tanto que la segunda, dice relación o valoración normativa que permite establecer cuando ese daño puede atribuirse al Estado.”⁷⁹ Esto indica que basta con verificar la existencia de una obligación legal o constitucional a cargo del Estado, y asegurarse de su incumplimiento normativo, para vincular, en los casos de omisión, la obligación de resarcir los daños causados.

- II) “En el cumplimiento de funciones de inspección, control y vigilancia es necesario revisar el contenido obligacional impuesto en la ley para determinar si la entidad demandada cumplió sus funciones y si éstas fueron oportunas y eficaces, pues en materia de responsabilidad de entidades financieras, la oportunidad y la eficacia son factores relevantes, toda vez que al analizarlos se puede establecer si el resultado dañino podía o no evitarse.”⁸⁰ Lo anterior expresa la necesidad de utilizar los criterios de oportunidad y eficacia a la hora de valorar las funciones de supervisión de los organismos estatales, pues si bien son obligaciones de medios no puede admitirse en un Estado Social de Derecho que un desempeño insuficiente del órgano estatal se premie con la exención de la responsabilidad, cuando haya a lugar. Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado el uso de dichos mandatos en materia financiera, en el desarrollo de la investigación de explicará que la constitución y la ley han fijado la eficacia como un orientador de la función pública, por lo que las providencias aludidas servirán para dar claridad del alcance del principio.
- III) En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional: “(...) no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.”⁸¹ Esto indica que las funciones de la administración están consagradas en el Derecho, y las funciones de policía administrativa, como las de supervisión no están excluidas, así lo explica Jorge Oliviera que afirma: “Es necesario que la actividad de policía administrativa, se limite estrictamente por el orden jurídico, como actividad claramente reglada.”⁸²

La pregunta propuesta para resolver en este escrito es ¿Cuál es la decisión que debe proferir el juez administrativo frente a un caso que pretende adjudicarle al Estado la responsabilidad por cuenta de una omisión en la inspección, vigilancia y control cuando no usa todos los instrumentos de intervención consagrados en el orden jurídico?

Al respecto la respuesta que daría es que el juez administrativo debe hacer reproches estrictos y poco permisivos al Estado al realizar las funciones de inspección, vigilancia y control, por lo cual deberá hacer uso implacable de los principios de oportunidad, eficacia y legalidad como elementos

⁷⁹ Luis Guillermo Escobar Serrano & Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado* 383 (Bogotá: Doctrina y Ley, 2014) [Serrano & Tejada, *La Responsabilidad Patrimonial*].

⁸⁰ *Sent. del 22 de julio de 2009*, Sec. 3.^a, S.C.A. del C. Estado.

⁸¹ *Sent. C-200 de 2002*, C. Const.

⁸² Jorge Oliviera Toro, *Manual de Derecho Administrativo* 42 (México: Editorial Porrúa, 2.^a ed. 1967).

necesarios para determinar la responsabilidad administrativa en casos de omisión. Esto tiene que ser así por la importancia de la función supervisora, por cuenta que es “la intervención administrativa de la autoridad pública en el ejercicio de las actividades individuales susceptibles de hacer peligrar intereses generales, teniendo por objeto evitar que se produzcan, amplíen o generalicen los daños sociales que las leyes procuran evitar.”⁸³ No queda duda que evitar ser exigente y recio en el ejercicio de estas funciones públicas puede provocar daños graves a las personas y al proyecto de vida social.

En términos generales se pretende demostrar que existe responsabilidad administrativa cuando el aparato estatal no hace uso de todos los medios disponibles por mandato jurídico para evitar un daño a través de sus funciones de supervisión, la cual es una interpretación más garantista y coherente con el principio de responsabilidad que va aparejado al Estado de Derecho, y por lo tanto a la constitución de 1991.

Por su parte los objetivos específicos son:

- 1) Demostrar que la sentencia 27920 es la pauta jurisprudencia que debe guiar la actuación jurisdiccional administrativa del Estado en cuestión de inspección, vigilancia y control, extenderla más allá del ámbito financiero, que es el discutido en dicha providencia, esto porque es razonable en virtud de la constitución y los principios del orden normativo colombiano.
- 2) Demostrar que se puede vincular, a través de un criterio de causalidad jurídica, al Estado en casos que el daño es ocasionado por un tercero, como se presenta en relación a la responsabilidad administrativa por la omisión de las funciones de supervisión.
- 3) Demostrar que es obligatorio para el aparato estatal hacer uso de todos los medios y mecanismos disponibles, en materia de inspección, vigilancia y control, para evitar un hecho dañoso. Interpretación que respeta y sigue la carta de 1991.
- 4) Explicar porque el criterio de imputación en la responsabilidad por omisión en las funciones e inspección, vigilancia y control es siempre falla en el servicio.

II. La imputabilidad como criterio para vincular la responsabilidad administrativa cuando el aparato estatal no participa en el hecho dañoso

Antes de entrar a resolver la pregunta propuesta es necesario una somera aclaración sobre cómo le es atribuible al Estado unos perjuicios respecto de los cuales no persigue su materialización.

Muchos se preguntarán por qué tiene que pagarse con los impuestos e ingresos del Estado unos daños que son ocasionados por empresas particulares. Puede verificarse en el ámbito financiero, donde han sucedido los siguientes casos: I) en la sentencia 27920 de 2009 (Consejo de Estado, sección tercera) se declaró responsable administrativamente al Estado por la mala administración,

⁸³ Marcello Caetano, *Manual de Derecho Administrativo* 678 (Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1965) [Caetano, *Manual*].

de particulares de unas cooperativas dedicadas a la actividad financiera. II) De igual forma en la providencia 27544 de 2015, del mismo alto tribunal, en la cual se deprecia la declaración de responsabilidad estatal por la quiebra de una institución financiera bajo el argumento de que hubo fallas en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, a sabiendas que el verdadero origen del daño fue malas administraciones en el ente financiero.

En primer lugar hay que enunciar que desde una perspectiva naturalística- causal, respecto de los hechos relatados no es posible atribuirle al Estado la responsabilidad por un resultado del cual no procuro su ejecución, pues “desde la concepción estrictamente naturalística, hay lugar a responsabilidad por un resultado lesivo, cuando este se haya causado en sentido físico-externo por un movimiento corporal voluntario del sujeto.”⁸⁴

Por lo anterior debe indagarse en instituciones jurídicas novedosas en materia resarcitoria, específicamente la consagrada por la Carta Política colombiana vigente: “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”⁸⁵

La constitución de 1991 en el artículo aludido introdujo en Colombia un nuevo esquema de responsabilidad, adoptando el criterio de imputación como elemento esencial para la declaratoria de responsabilidad administrativa, y es precisamente a partir de esta teoría que puede vincularse el daño de un tercero al aparato estatal, pues “la imputación es un fenómeno jurídico y no físico, que vincula un daño con un sujeto que tiene el deber de repararlo, por virtud de una especial relación normativa que los relaciona.”⁸⁶

Este esquema novedoso y garantista permite explicar de mejor forma la imputación de los daños en ausencia de participación material, o de omisión, habida consideración que “negar la existencia de una relación causal entre la omisión y el resultado, no debe conducir a la negación de la posibilidad de imputar resultados en relación con la conducta omisiva, sino a reconocer que la responsabilidad no se erige sobre la causalidad, y por tanto, renuncia a su estructuración a partir de estos presupuestos naturalísticos, y en su lugar, aceptar que su articulación se tiene que hacer con arreglo a criterios eminentemente jurídicos.”⁸⁷

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo también ha dado uso de las teorías de imputabilidad y denominó los elementos requeridos para que exista responsabilidad por falla en funciones de supervisión: “[l]a responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, solamente puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso (i) que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada

⁸⁴ *Id.*, en 214.

⁸⁵ Const. Pol. Col., art. 90, (reformada en 2015).

⁸⁶ Serrano & Tejada, *La Responsabilidad Patrimonial*, en 390.

⁸⁷ *Id.* en 223.

y (ii) que esa falla en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se depreca.”⁸⁸

Como puede notarse para el citado tribunal, la responsabilidad en los casos mencionados ha desechado la idea de la causalidad material para adoptar una causalidad jurídica, por lo tanto, basta acreditar la existencia de un deber, de una obligación de hacer, que permita vincular jurídicamente al aparato estatal con el daño. Recuérdese que el Estado actúa en virtud del principio de legalidad y es en el Derecho en donde se encuentra reglamentado el ejercicio de la función pública, siendo así, con que preexista un mandato jurídico que impositivamente ordene un actuar administrativo, podrá imputársele el resarcimiento de los daños ocasionados por terceros. Dicho de otra forma, mientras no exista una norma jurídica que implique movimiento en el aparato estatal, no es dable que prosperen pretensiones en contra de este, en situaciones de omisión.

Lo anterior es explicado por la doctrina, en este caso el doctor Orlando Santofimio Gamboa expone que: (...) se concreta para la Administración pública, en una abstención – aspecto negativo-, y señala que la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento (simple constatación normativa), contrario al principio de autonomía de la voluntad que erige en el derecho privado, afirmando que lo que no está prohibido está permitido para los ciudadanos.⁸⁹ Esto explica lo imperativo del Derecho en el ejercicio de la función administrativa, y en general de todos los órganos del Estado.

Para consolidar la idea acudimos a la teoría de Luis Guillermo Serrano, quien es un faro en materia de causalidad e imputación en la responsabilidad por daños en la doctrina colombiana; dice el profesor: “el problema no es indagar por el causante de un hecho lesivo, sino vincular un suceso en el mundo con un destinatario de la imputación, que es a quien desde el punto de vista jurídico le pertenece el suceso (...),”⁹⁰ es por ello que para efectos de determinar la responsabilidad se deberá hacer un debate en el ámbito deontológico, o del deber ser, en este caso el jurídico.

III. Falla del servicio como criterio de imputación en la hipótesis de responsabilidad por omisión en las funciones de inspección, vigilancia y control

La administración pública tiene que cumplir con prestaciones de hacer y no hacer, esto es “la obligación de realizar o no realizar un hecho u actividad,”⁹¹ las cuales están debidamente consagradas en el orden jurídico que rige el actuar estatal. Si se tiene en cuenta que en materia de supervisión las obligaciones impuestas son preponderantemente de hacer, esto se puede

⁸⁸ Sent. del 3 de octubre de 2012, Sec. 3.^a, S.C.A. del C.Edo.

⁸⁹ 2 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo* 71 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998): al respecto el jurista Orlando Santofimio hace la diferencia entre legalidad formal y teleológica para la administración pública.

⁹⁰ Serrano & Tejada, *La Responsabilidad Patrimonial*, en 224.

⁹¹ Ramiro Alberto Cardona Castaño, *Derecho Romano, Historia e Instituciones* 194 (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014).

verificar analizando las leyes y demás normas, una omisión va a constituir siempre una conducta ilegal, por ser completamente contraria a la prestación adeudada. Es por lo anterior que el criterio de imputación en esta hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado -por omisión en las funciones de inspección, vigilancia y control- será siempre la falla del servicio.

Este criterio de imputación de falla del servicio como una violación a la obligación administrativa ha sido plasmada claramente por el Consejo de Estado; dice el alto tribunal: “[d]e conformidad con lo anterior, se puede entonces afirmar que la falla del servicio es la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse, en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada sentencia, “los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir.”⁹²

Al respecto quedan descartados los criterios objetivos de imputación, ello en razón a que “el daño especial es una de las variantes del régimen objetivo de responsabilidad. Debido a ello, es indispensable, para su aplicación, en primer lugar, que la administración no haya incurrido en una falla del servicio, es decir, que no haya habido un funcionamiento anormal o tardío del servicio, o que éste, simplemente, no haya funcionado. De lo contrario sería imperativo analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva.”⁹³

Respecto del riesgo excepcional, que es el otro criterio objetivo de imputación, el consejo de Estado ha dado algunas ideas de su concepto: “[l]a creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la Administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado.”⁹⁴

Lo anterior puede sintetizarse que los criterios objetivos de responsabilidad implican necesariamente una actividad legítima del Estado, y como quedo antes explicado: frente a una obligación de hacer impuesta por el orden jurídico, una conducta que pretermite dicho deber

⁹² *Sent. del 30 de marzo de 1990*, Sec. 3.^a, S.C.A. del C. Edo.

⁹³ Santiago Diazgranados Mesa, *Responsabilidad por Daño especial* (2001) (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana).

⁹⁴ *Sent. del 10 de agosto de 2000*, Sec. 3.^a, S.C.A. del C. Edo.

implica necesariamente socavar el Derecho positivo y por lo tanto una falla en el servicio, por lo que aquellos no pueden aplicarse en este tipo de responsabilidad.

IV. Las funciones de inspección, vigilancia y control como obligaciones de medios

Primariamente debe aclararse que las funciones de inspección constituyen una obligación de medios, es decir, que el deudor de la prestación no debe asegurar al resultado, por lo tanto bastaría con acreditar que se actuó de forma diligente y efectiva para considerar que aquel ha satisfecho la prestación, pero se exige que “lo haga con toda la prudencia y diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”⁹⁵

Ahora bien, en materia administrativa y en ejercicio de los mandatos aludidos no es dable, desde una interpretación sistemática, considerar que cualquier tipo de gestión puede realizar el cumplimiento obligacional que encabeza el Estado, por lo que se tiene que remitir a principios orientadores que imperen el actuar estatal, habida consideración que estos “son los postulados básicos de carácter jurídico que encauzan la interpretación e incluso la actuación y participación, tanto de las autoridades como de los asociados, en los procesos tendiente a las producción de un acto administrativo.”⁹⁶

Lo anterior tiene fundamento normativo en el artículo 209 constitucional, el cual prescribe el deber de la función administrativa de orientarse por los principios y ejercerse al servicio de los intereses generales;⁹⁷ y en el artículo 2 en donde se determinan los fines del Estado.

Esto permite resolver la problemática que originalmente se planteó, es decir, como debe ser la valoración del juez frente a unas pretensiones en contra de la administración pública cuando esta no hace uso de todos los mecanismos disponibles en ejercicio de sus funciones de supervisión.

Las funciones de inspección, vigilancia y control están incluidas en el género de la policía administrativa, la cual consiste en el riguroso deber de fiscalizar y vigilar a los particulares y a algunas entidades públicas para verificar que efectúen el cumplimiento de sus actividades en el marco de la legalidad y el Derecho. En palabras del Consejo de Estado: “[t]al como sucede con todas aquellas actividades y servicios que sobrepasan la esfera de los intereses puramente

⁹⁵ José Luis Silva Cueva, *La Responsabilidad Civil en las Obligaciones de Medios y Resultados 2*, www.galeon.com/josicu/contratos/6t.pdf (visitada por última vez el 2 de febrero de 2016): en esta ocasión el autor hace alusión a los códigos civiles de España y Perú, en sus artículos 1104 y 1320, respectivamente.

⁹⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo* 38 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998): en este sentido debe aclararse que, si bien la administración pública se expresa, preponderantemente, con los Actos Administrativos, existen otras formas manifestarse como la operación administrativa, figura muy común en materia de inspección, vigilancia y control.

⁹⁷ Véase Const. Pol. Col., art. 209: “la función administrativa es al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

privados (educación, servicios públicos, actividad financiera, etc.), la constitución política le asigna al Estado una función de supervisión orientada a garantizar el cumplimiento de los fines de interés general que justifican la intervención de los poderes públicos.”⁹⁸

Con la intromisión al libre mercado del Estado colombiano y la consagración constitucional de la libertad de empresa,⁹⁹ han proliferado muchas empresas, y por cuestión de teoría económica toda la ciudadanía se ha visto articulada hasta el punto que una falla grande en el sistema podría quebrantar el ciclo económico y en consecuencia causar una situación deleznable y caótica, por lo que se vuelve imperativo que la administración pública intervenga con el fin de evitar dicho resultado.

No es dable que en el sistema financiero las instituciones administren de manera equivocada los dineros del público, y en la eventualidad de una quiebra se pierdan los ahorros y esfuerzos de los usuarios financieros. Tampoco es admisible que las universidades y demás asociaciones dedicadas a la educación superior cobren por prestar un servicio público que por irregularidades de estos los estudiantes no van a poder culminar. Es por todo ello que surge el deber constitucional de supervisar adecuadamente todo tipo de actividades, sobre todo las que son susceptibles de generar un riesgo para los intereses sociales,¹⁰⁰ pues de no hacerlo eventualmente podrán ocasionar perjuicios irremediables a los individuos y de forma consecuente a todo el conglomerado social.

Ahora bien, teniendo clara la necesidad, justificación y obligación de actuar por parte del Estado para supervisar lo que sucede al interior de la sociedad, la constitución, la ley y la jurisprudencia han fijado unos principios que deben tenerse a consideración al momento de valorar el desempeño que aquel ha realizado en ejercicio de sus funciones.

Así pues, el artículo 209 de la constitución política dice: “[l]a función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”¹⁰¹

Como lo indica la carta política colombiana la función pública debe efectuarse en el marco de, entre otros, el principio de eficacia, sin embargo, no lo desarrolla de forma tan adecuada que permita inducir el alcance del mismo, situación que, si es concebida por la ley 1437, la cual viene dar un poco más de precisión al respecto:

⁹⁸ Concepto 2076657, [Sala de Servicio y Consulta Civil, C. Edo].

⁹⁹ Const. Pol. Col., art. 333.

¹⁰⁰ *Supra* nota 10.

¹⁰¹ Const. Pol. Col., art. 209, inc. 1.º.

“Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

(...)

11. 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.”¹⁰² (Negrilla fuera de texto)

Como lo destaca el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA), el actuar administrativo debe cumplir la finalidad para la cual está consagrada, por lo que la administración pública tendrá que empeñarse y realizar la gestión suficiente para ello, máxime cuando es una función prescrita por la cúspide del ordenamiento colombiano.

Por otro lado, la Corte Constitucional, como interprete auténtico de la constitución, sustrae una definición del principio de eficacia que reza lo siguiente: “[s]urgen obligaciones concretas del postulado constitucional contenido en artículo 2º Superior, según el cual dentro de los fines esenciales del Estado está “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]”. Con fundamento en esto, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado “principio de eficacia de la administración pública”, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos.”¹⁰³

Como bien lo afirma la Corte deben darse soluciones ciertas, eficaces y proporcionales, y teniendo en cuenta que el hecho de no supervisar entidades que trascienden y tienen protagonismo en la economía nacional, entre otros ámbitos, pueden suscitarse consecuencias completamente desfavorables para la sociedad, lo que hace del debate planteado un problema de gran envergadura. Debe exigírsele a la administración pública que se haga hacia los principios que rigen su actuar, esto brindará los resultados esperados por la sociedad y será un paso adelante para el cumplimiento del proyecto de vida colectivo que tienen los colombianos.

De igual forma el Consejo de Estado fijó una pauta sobre los principios de oportunidad y eficacia, como criterios determinantes para declarar responsabilidad en materia financiera. El primero de

¹⁰² Ley 1437 de 2011, art. 3, num. 11.

¹⁰³ *Sent. T-733 de 2009*, C. Const.

ellos es efectuar lo debido en los momentos que las leyes disponen; por otro lado el segundo significa que la administración debe actuar de tal forma que agote todos los medios y recursos a su disposición, en este sentido afirma el alto tribunal: “en materia de responsabilidad de entidades financieras, la oportunidad y la eficacia son factores relevantes, toda vez que al analizarlos se puede establecer si el resultado dañino podía o no evitarse.”¹⁰⁴

Para efectos de explicación del tema se cita a continuación un fragmento de la sentencia del Consejo de Estado Rad: 27920, C.P. Ramiro Saavedra Becerra: “[e]n consideración a que la imputación de la demanda radica en la omisión de DANSOCIAL en el cumplimiento de sus funciones de inspección, control y vigilancia de las entidades sometidas a su supervisión, es necesario revisar el contenido obligacional impuesto en la ley para determinar si la demandada cumplió sus funciones y si éstas fueron oportunas y eficaces, pues en materia de responsabilidad de entidades financieras, la oportunidad y la eficacia son factores relevantes, toda vez que al analizarlos se puede establecer si el resultado dañino podía o no evitarse. Como se explicó, no basta que se adopte un mecanismo preventivo, porque cuando falta alguno de los elementos mencionados – oportunidad y eficacia – se configura la falla del servicio.”¹⁰⁵

Si bien el pronunciamiento emitido por el juez administrativo circunscribe su uso para la materia financiera, es una pauta que no puede pretermirse habida cuenta que la jurisprudencia nacional está tendiendo a consagrar dicho alcance para todos los ámbitos de la administración, como bien lo enunció la Corte Constitucional. Es razonable esta proposición en virtud que la misma Constitución busca esas intenciones.

Todo lo anterior consolidan pautas suficientes para controvertir la sentencia que culminó el proceso de radicado 27544 en la cual se opta por no condenar al Estado pues se acreditó haber efectuado o solicitado solamente uno de los muchos instrumentos consagrados en el artículo 113 del decreto orgánico del sistema financiero, realizando en consecuencia una gestión ineficaz, algo que contradice los principios constitucionales y las normas legales, y como lo mencionó el máximo tribunal contencioso administrativo en el fallo 27920, “la oportunidad y eficacia son factores relevantes, toda vez que al analizarlos se puede establecer si el resultado dañino podía o no evitarse,” es decir, puede valorarse en virtud del principio de eficacia si la administración pública no cumplió con su deber, pues de hacerlo con diligencia no se presentaría el daño, y de presentarse habrá acatado la voluntad del constituyente con su compromiso. En este último caso no hay lugar a falla en el servicio ni responsabilidad patrimonial.

V. Conclusión

Queda claro que, y como lo ha reiterado la jurisprudencia, “la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo

¹⁰⁴ *Sent. del 22 de julio de 2009, Sec. 3.ª, S.C.A del C. Edo.*

¹⁰⁵ *Id.*

cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor,”¹⁰⁶ y es notorio que acatar el orden normativo implica, sobre todo, alinearse a los principios que lo rigen, por lo que no es dable pretermitir de esa exigencia que adeuda la administración pública de producir resultados eficaces, reales y proporcionales que permitan cumplir la finalidad de sus actuaciones. “(...) [E]l actuar de los órganos públicos está basado necesariamente en el mejoramiento de los intereses comunes de los asociados. La ley y las normas o principios superiores, en todos los casos, lo que buscan primordialmente es el cumplimiento de los intereses generales.”¹⁰⁷

Es por todo lo anterior que, si bien las funciones de inspección, vigilancia y control no exigen que se dé un resultado en específico, el orden jurídico demanda que estas se realicen con tal diligencia que procure evitar las consecuencias dañosas, y es aquí en donde la eficacia que orienta la función pública y administrativa debe estar presente para lograr lo esperado.

En conclusión, el juez administrativo debe hacerse con el principio de eficacia a la hora de valorar las actuaciones del Estado, que se demanda sean eficientes, oportunas y eficaces, que permitan realizar la cláusula del Estado Social de Derecho que se aspira, pues lo que es objeto de inspección, vigilancia y control no es de pequeña envergadura, por lo que no hay lugar a un ejercicio de deberes público a medias, y si llegare a ser así el órgano estatal deberá responder por lo ocasionado.

Por lo tanto, cuando se pretermitan de algunos elementos o instrumentos para evitar el hecho dañoso, en ejercicio de la supervisión, habrá falla en el servicio y una consecuente obligación de resarcir los daños, esto en virtud de la legalidad y el principio de eficacia.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Supra* nota 10.