

**Hacia un Sistema Integrado de Defensa
Jurídica Estatal: situación y
perspectivas de una política pública
en Colombia**

**Fernando Carrillo Flórez y
David Fernando Varela S.**

Fernando Carrillo Flórez

Actual Ministro del Interior de Colombia. Ha sido Ministro de Justicia y primer Director General de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Fue Director Adjunto de la oficina del Banco Interamericano de Desarrollo en Europa y Representante para el Brasil. Impulsó y lideró el proceso de la "séptima papeleta" que dio origen a la Constitución de Colombia de 1991. Abogado de la Universidad Javeriana de Bogotá (1985); magíster en Leyes y Finanzas Públicas, y en Administración y Políticas Públicas de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard. Ha sido profesor universitario en Colombia y profesor visitante en Estados Unidos, Francia y España; consultor y conferencista internacional; columnista; autor de una variedad de libros, artículos y ensayos sobre temas de democracia, gobernabilidad y reforma a la justicia. Fue representante ante la Junta de Ex Alumnos de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Harvard y seleccionado para el Programa de "Liderazgo y Resolución de Conflictos" de la Universidad de las Naciones Unidas en Amán, Jordania.

David Fernando Varela S.

Abogado y especialista en ciencias socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia (1984). Máster en Leyes por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de McGill, Montreal, Canadá, con estudios de postgrado en Harvard Business School (2006) y John F. Kennedy School of Government (2010). Actualmente es asesor del Ministro del Interior de Colombia. Durante su carrera con el Banco Mundial en Washington D.C., Lima y Caracas fue gerente de proyectos de reforma del sector público y representante residente en Venezuela. Ha sido profesor universitario en Colombia y profesor invitado de varias universidades de España y Estados Unidos, además de autor de numerosos ensayos, artículos sobre temas jurídicos y de dos libros de reformas a la justicia. También trabajó con firmas de abogados en Canadá y Colombia.

Las comunicaciones con los autores pueden dirigirse a:

E-mails: fcarrilloflorez@gmail.com

davidfvarelas@gmail.com

Fue a medida que aumentó en forma descomunal el volumen de las reclamaciones y su costo fiscal que las entidades públicas comenzaron a sensibilizarse sobre los altos riesgos asociados a proceder que no se ajustaran rigurosamente a los parámetros de la nueva cláusula de responsabilidad constitucional.

Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia*

Introducción

El artículo 2 de la Constitución colombiana de 1991 proclamó una garantía universal de derechos fundamentales e hizo responsable al Estado por su efectividad. El artículo 90 introdujo un nuevo régimen de responsabilidad basado en la acción u omisión imputable a cualquier "autoridad pública" y el daño antijurídico, mucho más generoso que el sistema anterior desarrollado por jurisprudencia. Bajo ese régimen se potenciaron nuevos tipos de responsabilidad, tales como la objetiva y el daño especial, que hasta entonces solo habían tenido desarrollo limitado¹ pues la evolución doctrinal posterior a la Constitución superó lo que se conocía hasta entonces como la responsabilidad por "falla del servicio público". De ese modo, el ámbito de responsabilidad de actores estatales en Colombia se desligó del marco tradicional de defectos en la prestación del "servicio público" y se extendió a nuevas áreas².

Este nuevo enfoque de responsabilidad generó rápidamente una oleada de litigios, pues ciudadanos y abogados detectaron una oportunidad adicional para el reconocimiento y efectividad de derechos que hasta entonces no estaban claramente protegidos. Por el contrario, el cambio de cultura en las instituciones públicas que la Constitución de 1991 debió generar para prevenir daños antijurídicos que pudieran ocasionar responsabilidad estatal no ocurrió al mismo ritmo. Fue un cambio lento y gradual, y solamente a medida que aumentó en forma descomunal el volumen de las reclamaciones y

Recibido: 01-08-2013. Aceptado: 24-01-2013.

(*) Versión revisada del documento presentado en el XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena de Indias, Colombia, 30 de octubre al 2 de noviembre de 2012. Título original: "El reto de la creación de entidades a cargo de la defensa jurídica del Estado: el caso de Colombia".

Los autores eran, para ese entonces, Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) y Director de Políticas y Estrategias de la ANDJE, respectivamente.

su costo fiscal que las entidades públicas comenzaron a sensibilizarse sobre los altos riesgos asociados a proceder que no se ajustaran rigurosamente a los parámetros de la nueva cláusula de responsabilidad constitucional. No existía en Colombia, durante los años 90 del siglo XX, un concepto moderno de "gestión jurídica pública" con su propio "sistema de defensa judicial" que se alineara estrechamente con los nuevos principios constitucionales, para enfrentar la proliferación de reclamaciones por hechos y actos de la administración pública que afectaran negativamente los derechos y garantías de los ciudadanos. Los incentivos divergentes de los actores agravaron ese entorno de litigiosidad creciente: mientras que ciudadanos, empresas y abogados, al igual que la opinión pública y los medios de comunicación, captaron rápidamente el potencial benéfico del nuevo marco constitucional, los tribunales y las instituciones públicas demandadas, junto con sus abogados, tardaron en reaccionar y se aferraron a prácticas tradicionales anteriores a las de la litigiosidad masiva. Cuando lo hicieron se encontraron desbordados.

En realidad, el problema general de la litigiosidad contra el Estado en Colombia comenzó a ser objeto de investigación solo a partir de 2002³. Los primeros diagnósticos impulsados por la banca multilateral (Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial) comenzaron a identificar la necesidad de establecer un sistema coherente de defensa jurídica del Estado. Originalmente estuvieron basados en la preocupación derivada del alto costo fiscal asociado al manejo de la litigiosidad contra el Estado, tanto por el impacto potencial de las condenas como por el tamaño de la estructura institucional requerida para todos los casos que requerían de una defensa jurídica eficaz. Los mismos informes hicieron hincapié, por una parte, en la necesidad de prevenir y mitigar el daño antijurídico producido por la actividad estatal, y por otra, en el hecho de que las entidades públicas, a pesar de ser demandadas con frecuencia, actuaban como si fueran litigantes ocasionales, es decir, carecían de un sistema integrado para la defensa de sus intereses litigiosos y de una estrategia para el manejo del creciente volumen de casos similares, pero que afectaban a varias instituciones por separado. La evidencia anecdótica, combinada con algunas estadísticas incipientes, comprobó que este problema se agravaba por una serie de debilidades comunes en el manejo de los casos de responsabilidad del Estado por parte de sus abogados: i) falta de participación en el debate probatorio dentro del proceso; ii) ausencia generalizada de alegatos de

El fracaso reiterado de la defensa del Estado en procesos judiciales revelaba las limitaciones de la administración para la defensa de sus intereses en litigio, especialmente en procesos en los que se debatían cuantías elevadas, que aumentaban al ser indexadas durante el lento proceso judicial hasta su última instancia.

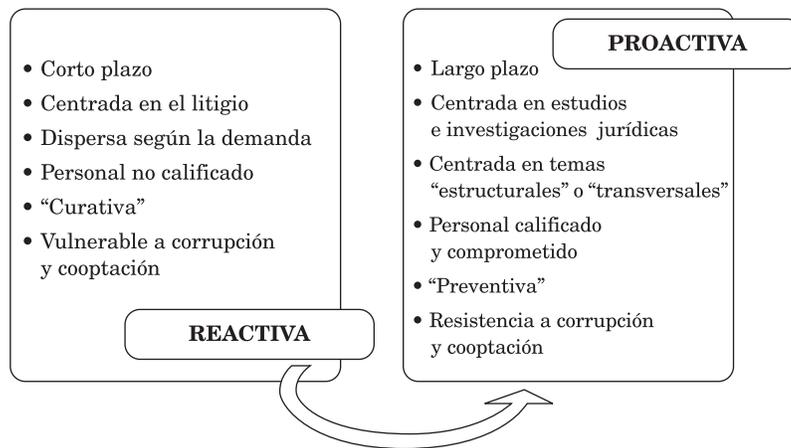
conclusión, y hasta de recursos de apelación frente a decisiones adoptadas en contra del Estado; y iii) falta de sustentación adecuada de las apelaciones, pues los abogados solo las interponían como formalidad para evitar posibles investigaciones disciplinarias, pero no impulsaban el recurso con las herramientas adecuadas para asegurar un resultado exitoso.

El fracaso reiterado de la defensa del Estado en procesos judiciales revelaba las limitaciones de la administración para la defensa de sus intereses en litigio, especialmente en procesos en los que se debatían cuantías muy elevadas, que aumentaban al ser indexadas durante el lento avance del proceso judicial hasta su última instancia (con frecuencia superior a 10 años), generando asignaciones crecientes de recursos públicos para el pago de sentencias y conciliaciones en detrimento de recursos para inversión social. Según los mismos diagnósticos, la litigiosidad desbordada contra el Estado afectaba además la eficacia general de la administración, pues la distraía del cumplimiento de su mandato misional al servicio de los ciudadanos inclinándola hacia una función accesorio de defensa de sus intereses patrimoniales para la que no estaba preparada, situación que se agravaba cuando dos o más entidades tenían que responder de acciones generadas por acciones u omisiones muy similares (por ejemplo, en materia de seguridad social), en ocasiones multiplicada hasta por cientos o miles de veces. Las entidades públicas con frecuencia duplicaban esfuerzos humanos, técnicos y financieros en la defensa de sus intereses que podían ser protegidos a menor costo y de mejor forma si adoptaban una estrategia conjunta. Para completar el panorama, la carencia de un régimen efectivo de responsabilidad de los funcionarios públicos impedía a la administración reclamar contra los errores y omisiones graves de sus operadores, generaba mayor desconfianza en la ciudadanía y una cultura de impunidad que fomentaba el irrespeto por lo público.

A partir de esos estudios preliminares, se fue generando un consenso acerca de la necesidad de integrar un sistema de defensa jurídica que permitiera a las entidades públicas convertirse en litigantes proactivos, y redujera los incentivos perversos que habían aumentado el número y monto de los litigios como medio de extracción de recursos públicos a favor de intereses particulares. Era necesario establecer una estructura institucional fuerte que no solo buscara enfrentar problemas endémicos de la rama ejecutiva, sino también algunos de la rama judicial, congestionada hasta límites insostenibles. Además, tenían que buscarse alternativas para evitar

que se judicializara cualquier conflicto que la actividad del Ejecutivo pudiera generar. Se trataba de enfrentar el desafío de pasar de un modelo de gestión jurídica reactivo a uno proactivo (ver Gráfico 1). Este estudio resume el camino recorrido por Colombia durante los últimos 15 años en la búsqueda de una solución para los problemas planteados y explora algunos de los caminos a seguir durante los próximos años.

Gráfico 1
Características de modelos extremos de gestión jurídica



Fuente: Alviar García ...[et al] (2006).

1. Experiencias consideradas para el desarrollo de la primera generación de políticas públicas de Defensa Jurídica Estatal

Para enfrentar las debilidades estructurales identificadas en Colombia se comenzó por investigar la práctica de otros países en materia de defensa del Estado, en búsqueda de referentes exitosos que le permitieran al país desarrollar su propia institucionalidad para el manejo de la gestión jurídica estatal y, sobre todo, su defensa judicial. Aunque los modelos de cada país son diferentes y fluctúan entre la concentración completa de las facultades de defensa en una sola institución, hasta su dispersión en un gran número de oficinas jurídicas (con diversos grados de supervisión) (ver Tabla 1), algunas de esas experiencias comprueban que sí es posible mantener bajo control la litigiosidad contra el Estado.

Tabla 1
Tipologías de modelos de gestión de defensa jurídica

CONCENTRADO (Una sola institución responsable)	HÍBRIDO (Una institución reguladora/supervisora/coordinadora de varias instituciones/personas responsables)	DESCONCENTRADO (Varias instituciones responsables)
<ul style="list-style-type: none"> • Brasil • Chile • Ecuador • España • Italia • Estados Unidos (Federal) • Venezuela 	<ul style="list-style-type: none"> • Perú • Colombia (desde 2012) 	<ul style="list-style-type: none"> • Colombia (hasta 2011) • México • Francia

Fuente: ANDJE (2012b).

Por ejemplo, desde 2004, en Francia, la defensa de los entes públicos se efectúa únicamente a través de la contratación de abogados externos especialistas en el tema de cada caso, lo que ha permitido eliminar la acumulación de expedientes en las oficinas jurídicas de dichos entes y ha generado una capacidad de respuesta más oportuna, eficiente y efectiva (Bernard, 2005: 10). En España, el manejo de la defensa jurídica de las entidades públicas es responsabilidad exclusiva del cuerpo de abogados del Estado, cuyos miembros son los únicos que pueden ejercer funciones de asesoramiento y defensa bajo la dirección del Abogado General del Estado, conforme al principio de asegurar la "unidad de doctrina". Según cifras entregadas por la oficina del Abogado General, en el año 2007 esa entidad alcanzó una tasa de éxito del 86% respecto del universo de pleitos contra el Estado (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2007: 23). España ha sido también modelo en la formación y selección de los defensores de los intereses estatales, por cuanto solo es posible acceder a la Abogacía del Estado a través de un sistema meritocrático que la ha convertido en una de las entidades con mayor prestigio en el sector público. Una vez que hayan concluido su carrera al servicio de la institución, sus abogados suelen trasladarse a los mejores despachos del país.

En Latinoamérica se destaca el modelo chileno, estructurado en torno a un antiguo Consejo de Defensa Fiscal, transformado en los años 60 en el actual Consejo de Defensa del Estado. Se trata de un organismo independiente regido por su propia ley orgánica, y administrado por 12 consejeros designados por el Presidente de la República, con carácter inamovible hasta su edad de retiro forzoso, a fin de impedir interferencias de orden político. Los funcionarios del Consejo también ingresan a través de un concurso en el que se

aplican criterios de evaluación que van desde la declaración del patrimonio hasta la reputación en el ejercicio de la profesión de abogado. El Consejo de Defensa del Estado actúa como un servicio público autónomo y descentralizado, y ha mostrado resultados muy positivos en los últimos años. Por ejemplo, durante el año 2009, en la defensa judicial de los intereses patrimoniales y no patrimoniales del Estado, el Consejo obtuvo ahorros equivalentes al 97% del valor total demandado (o sea que mientras las pretensiones de los demandantes ascendían a 149 mil 164 millones de pesos chilenos, el monto de las condenas ejecutoriadas solo llegó a 4 mil 471 millones) (Consejo de Defensa del Estado, 2009: 6).

Estas experiencias sugieren que el éxito de un modelo no depende de su grado de concentración o desconcentración, sino de la calidad de los recursos humanos seleccionados para la defensa, ya sea al interior de las oficinas jurídicas, vía abogados externos individuales, o recurriendo a firmas especializadas. Sin embargo, para el caso colombiano era esencial superar las debilidades de su modelo radicalmente desconcentrado (ver Tabla 2) que había fracasado en el cumplimiento de su misión y tenía que superarse, bien con un modelo híbrido que preservara parte de la fragmentación, o bien con uno totalmente concentrado. Las siguientes secciones muestran el proceso de gestación de políticas públicas respecto de dichos modelos y su materialización en un marco normativo.

Tabla 2
Cuadro comparativo de ventajas y desventajas de los dos modelos básicos de gestión jurídica

Modelo concentrado		Modelo desconcentrado	
Ventajas	Desventajas	Ventajas	Desventajas
<ul style="list-style-type: none"> • Interacción permanente con otros actores. • Memoria institucional. • Carrera administrativa. • Espíritu de cuerpo (elite selecta). • Prevalencia de la perspectiva jurídica. • Mayor experticia en litigio. • Compromiso con el cumplimiento de un mandato específico. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asimilación de las prácticas de otros actores. • Rigidez institucional. • Barreras de acceso a la carrera administrativa. • Espíritu de cuerpo (elite aislada). • Limitada sensibilidad para la perspectiva sectorial, económica o financiera. • Menor conocimiento de temas de fondo. • Cumplimiento del mandato específico limita espacio para métodos alternativos de solución de conflictos (MASC). 	<ul style="list-style-type: none"> • Mandato múltiple (asesoría jurídica y defensa judicial). • Mayor apertura a los MASC. • Limitada interacción con otros actores. • Flexibilidad en asignación de recursos. • Combinación de abogados generalistas y especializados. • Combinación de abogados internos y externos. • Alta rotación del personal (renovación permanente). 	<ul style="list-style-type: none"> • Mandato múltiple limita compromiso con litigios. • Dificultad para evaluar el uso y resultado de los MASC. • Limitado conocimiento de otros actores. • Incertidumbre sobre la calidad de los recursos. • Prevalencia de abogados generalistas (menor experticia en litigios). • Limitada supervisión de abogados externos. • Alta rotación del personal (desincentiva inversión en capacitación).

Fuente: ANDJE (2012b).

Por otra parte, un antecedente importante de estructuración institucional de un sistema de defensa jurídica en Colombia ocurrió en el Distrito Capital de Bogotá, cuyas administraciones entre 1998 y 2003 realizaron un proceso de fortalecimiento de la "defensa judicial" de las entidades vinculadas. En una primera etapa se enfocaron en el perfeccionamiento y actualización de las destrezas como litigantes de los abogados del Distrito, así como en la promoción del uso de *Métodos alternativos de solución de conflictos* (MASC) como herramienta efectiva para la protección de los intereses públicos. En una segunda, adelantaron un proceso de reforma más amplio que denominaron de "gestión jurídica", mediante el cual integraron los esfuerzos realizados en varios frentes bajo un enfoque preventivo (Veleño, 2010).

En esta fase se buscó la generación de lineamientos para la administración de recursos, el replanteamiento de las estructuras, la formulación de estrategias específicas para la ejecución efectiva de todas las funciones jurídicas relevantes, y la prevención del daño antijurídico en las entidades públicas distritales. A partir de cambios básicos, como la articulación de diversas actividades jurídicas de dichas entidades y el empleo de herramientas gerenciales, se efectuó un salto cualitativo de la simple gestión reactiva a la proactiva, y se incrementó la capacidad de las entidades públicas para anticipar y manejar los riesgos jurídicos derivados de su operación.

2. Formulación de la primera generación de políticas públicas sobre defensa jurídica estatal

El Documento CONPES⁴ 3248 de 2003⁵ quiso profundizar en el estudio de las causas de las demandas en contra de la nación y las principales fallas en la gestión de los procesos judiciales a su cargo. De manera más específica, en el CONPES citado se propuso lo siguiente: "Se hará un diagnóstico que permita desarrollar una estrategia preventiva, se diseñará un 'sistema de garantía de calidad y salvaguarda' con provisiones especiales para los sectores de alto riesgo, se propondrán mecanismos alternativos de defensa, se identificarán las reformas normativas necesarias, se diseñarán acciones proactivas contra quienes desconocen los intereses del Estado, y se analizará la conveniencia de proponer reformas a la rama jurisdiccional".

El Documento CONPES 3250 de 2003 ("Líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la Nación y para la valoración

Los datos reportados por cada uno de los entes responsables no eran coherentes. Por tal motivo, para la construcción de la política de "gestión jurídica pública" no se podía partir de la evaluación de un conjunto organizado de información y de un alto grado de control de la situación, sino de una aproximación incremental.

de pasivos contingentes)"⁶ detalló los componentes de la estrategia propuesta en torno a cuatro líneas de trabajo que debían orientar los esfuerzos del Gobierno en su conjunto: a) diseño e implementación del sistema de recaudo de información para la defensa judicial del Estado y la valoración de pasivos contingentes; b) diseño de modelos de gestión para las áreas de apoyo jurídico de las entidades del sector nacional; c) diseño de planes de capacitación; y d) propuestas normativas para la sostenibilidad institucional de un Programa de Defensa Judicial del Estado.

En el análisis de la problemática, este Documento CONPES menciona que la verdadera magnitud y características de la actividad litigiosa de la nación no estaban plenamente establecidas dada la inconsistencia de las cifras y la diversidad de fuentes e interpretaciones disponibles. En efecto, la perspectiva y los datos reportados por cada uno de los entes responsables no eran coherentes. Las funciones de seguimiento a la actividad litigiosa eran compartidas por varias instituciones independientes que seguían metodologías distintas: a) la Procuraduría General de la Nación (PGN), encargada de llevar un registro actualizado de las sentencias y conciliaciones de las entidades nacionales y territoriales; b) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) que, a través de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional, aprueba las valoraciones de pasivos contingentes que realizan las entidades públicas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011); y c) el Ministerio del Interior y de Justicia (MIJ) que, además de diseñar las herramientas para la recolección de la información sobre sentencias, conciliaciones y acciones de repetición, debía procesarla y reportar los resultados al resto del Gobierno.

Por tal motivo, para la construcción de la política de "gestión jurídica pública" no se podía partir de la evaluación de un conjunto organizado de información y de un alto grado de control de la situación, sino de una aproximación incremental. Se centró la atención en un campo limitado de problemas sobre los cuales el Gobierno tenía cierto nivel de control y en el que, si bien existía un nivel alto de acuerdo sobre los objetivos últimos de la política, el consenso sobre las líneas de acción todavía no se había generado. Esta situación puede explicar en parte las dificultades encontradas al ejecutar la estrategia trazada en el Documento CONPES 3250.

Sin embargo, el proceso de definición de políticas públicas y el salto del modelo tradicional, fragmentado por oficina jurídica y

pasivo, a uno coordinado por una sola institución y proactivo, resultó del desarrollo de la segunda línea de acción propuesta en este Documento CONPES. El Ministerio del Interior y de Justicia (MIJ) comenzó a generar modelos de gestión para las áreas de apoyo jurídico y reconoció que la verdadera "gestión jurídica pública" requería de la aplicación de herramientas gerenciales y la definición de lineamientos comunes para cuatro frentes específicos de la actividad jurídica de las entidades, a saber: a) *Asesoría jurídica*: preparación y revisión de documentos de contenido o efecto legal, relativos a la administración de personal, convenios y contratos, y emisión de conceptos para absolver consultas jurídicas; b) *Producción normativa*: preparación y revisión de proyectos de ley y actos administrativos; selección, compilación, sistematización, actualización y publicación de la información normativa, jurisprudencial y doctrinal; mantenimiento y actualización de sistemas de información normativos, físicos o informáticos; expedición de boletines y publicaciones virtuales e impresas para la garantía de la difusión y el acceso a información normativa, jurisprudencial y doctrinal; c) *Contratación*: preparación y ejecución de procesos precontractuales, selección de contratistas, celebración, perfeccionamiento, legalización, ejecución, supervisión, interventoría y liquidación de contratos; mantenimiento y actualización del sistema de información para diligenciar, publicitar, registrar y hacer seguimiento de todos los procesos contractuales; y d) *Defensa judicial*: representación y defensa judicial y extrajudicial y en asuntos administrativos; actividades de conciliación, actividades de prevención de daño antijurídico; valoración de pasivos contingentes; mantenimiento y actualización del sistema de información previsto para el registro y seguimiento de los procesos.

Igualmente, se concluyó que la gestión jurídica pública no solo era un asunto relacionado con la simple ejecución de actividades operativas en estos cuatro frentes, sino que debía actuar también en el nivel de planeación, diseño y determinación de políticas públicas, al igual que en el de ejecución, seguimiento y evaluación de las mismas, para lo cual sería incluso necesario alterar la estructura misma de las instancias encargadas de las actividades jurídicas dentro de cada entidad. La implantación de la gestión jurídica pública no podía manejarse de manera aislada, sino como una reforma transversal en estrecha relación con las reformas propuestas al sistema de contratación pública y, en general, con la racionalización normativa del Estado colombiano.

La implan-
tación de la
gestión jurí-
dica pública
no podía
manejarse
de manera
aislada, sino
como una
reforma
transversal
en estrecha
relación con
las reformas
propuestas
al sistema de
contratación
pública y, en
general, con
la racional-
ización nor-
mativa del
Estado
colombiano.

El capítulo 6 del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2006-2010 "Hacia un Estado Comunitario"⁷ hizo dos referencias explícitas a la gestión jurídica pública al recoger los elementos desarrollados bajo la estrategia trazada en el CONPES 3250. Destaca, por ejemplo, la adopción en 19 entidades públicas nacionales de un modelo de gestión jurídica y el logro de la meta de coordinar, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación (DDJN) del MIJ, el 100% de los procesos con cuantía superior a 2 mil salarios mínimos vigentes en los que sea parte la nación. Sin embargo, observó también que, a pesar de la adopción parcial de la organización de la gestión jurídica en el nivel central propuesta en el modelo original del CONPES 3250 de 2003, continuaba la desarticulación de los diferentes frentes en la gestión jurídica y el crecimiento de la magnitud de los pasivos contingentes que, dependiendo de la fuente, se calcularon entonces entre 431 y 675 billones de pesos colombianos (aproximadamente entre 235 mil 326 y 368 mil 550 millones de dólares).

Más adelante, en las bases del PND 2010-2014 "Prosperidad para Todos"⁸ se señala que, para conocer la verdadera cuantía de los procesos que actualmente cursan contra la nación, se requiere una estrategia definida de defensa y se propone la formulación de un plan de acción para manejar dichos procesos junto con una política para la prevención del daño antijurídico.

Para la cuantificación de los pasivos contingentes se propuso específicamente el levantamiento de mapas de riesgo que identificaran: a) posibles debilidades en la defensa, ámbitos de conciliación necesaria, tipo de procesos; b) entidades en las que se concentran las mayores cuantías; c) puntos críticos en la gestión de los documentos que pueden llegar a ser tenidos como pruebas en el proceso o de expedientes que tienen en su poder diferentes entidades (incluidos los de entidades en liquidación); y d) riesgos principales a los que se enfrenta el Estado en la gestión de sus intereses jurídicos.

Igualmente, en el capítulo 5 del mismo PND se estableció la necesidad de desarrollar una estrategia de prevención del daño antijurídico, dentro de la cual era imperativo contar con una "Abogacía General del Estado" resistente a la corrupción, compuesta por un personal que cumpla los modelos de competencias comportamentales y funcionales de la gestión jurídica pública, encargados de diseñar, ejecutar y controlar políticas estructurales y transversales en temas relacionados con la defensa de los intereses del Estado. Entre estos

se destacaron: a) el desarrollo de un sistema de administración del riesgo jurídico que reduzca las acciones y omisiones que vulneran los derechos y bienes de los ciudadanos; b) la promoción de la conciliación extrajudicial, el arbitramento y demás mecanismos alternos que solucionen los conflictos en los que se involucran entidades estatales; y c) la defensa articulada del Estado en tribunales nacionales e internacionales que garanticen el cumplimiento de la ley, la seguridad jurídica y la confianza ciudadana.

3. Desarrollo normativo de la primera generación de políticas públicas sobre defensa jurídica estatal

Aunque el Ministerio de Justicia fue establecido por la Ley 68 de 1945 y reorganizado en 1974, el tema de la defensa jurídica de las entidades públicas nunca figuró entre sus competencias, bajo el postulado de que cada entidad (nacional, departamental o municipal) a través de su propia oficina jurídica o de abogados externos sería responsable de dicha defensa en cada caso particular (no se anticipaban litigios masivos).

El Decreto 1890 de 1999 incluyó por primera vez la "coordinación de la defensa judicial de la Nación" entre las funciones del Ministerio de Justicia. Los Decretos 2490 y 2491 de 2002 modificaron la estructura y la planta de personal del Ministerio y conservó esa función. Sin embargo, la Ley 790 de 2002 dispuso la fusión de los ministerios del Interior y de Justicia, y específicamente su artículo 15 señaló que la Dirección de Defensa Judicial del nuevo Ministerio (luego regulado por el Decreto 200 de 2003) estaría encargada de la generación de lineamientos para la prevención del daño antijurídico, la profesionalización de los servidores encargados de la defensa de los intereses litigiosos del Estado y la recuperación de los dineros que con ocasión de las conductas dolosas o gravemente culposas de sus funcionarios o ex funcionarios hubiera pagado el Estado. Esta Ley también sentó las bases para la adopción de estrategias de defensa judicial a través de la creación y consolidación de un sistema integrado de información a cargo de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación (DDJN) del Ministerio de Interior y de Justicia (MIJ).

El Decreto 4530 de 2008 realizó una reestructuración del MIJ que buscaba, como se señala en el estudio técnico que la sustentó, "[el fortalecimiento] de la función del ente rector de la gestión jurídica pública en el Viceministerio de Justicia y del Derecho, y el fortale-

cimiento para el efecto del área de defensa judicial de la Nación y de ordenamiento jurídico, para facilitar el cumplimiento de las directrices presidenciales y programas gubernamentales relacionados con el propósito de crear un Cuerpo Único de Defensa Jurídica del Estado Colombiano" (Ministerio del Interior y de Justicia, 2008: 513).

Entre 2002 y 2008 la terminología de las disposiciones aplicables no había sido uniforme. Se hablaba de "defensa jurídica del Estado", "defensa legal del Estado", "defensa judicial de la Nación" o incluso de "estrategia judicial de la Nación" como si fueran sinónimos. El Decreto 4530 de 2008 modificó el nombre de la DDJN por el de "Dirección de Defensa Jurídica del Estado" (DDJE) para reflejar un mandato más amplio que cubriera no solo la dimensión "curativa", sino también la "preventiva" en el ámbito de una "gestión jurídica". En el estudio técnico de dicha reforma se sostiene que la sustitución de la palabra "Estado" por la palabra "Nación" se justifica en la medida en que busca cubrir no solo entidades centrales (o "nacionales", como se dice en el derecho colombiano), sino potencialmente entidades descentralizadas (o "territoriales", departamentos y municipios). Igualmente, la sustitución del término "judicial" por "jurídica" se justificó en tanto que la "gestión jurídica pública" no solo se enfoca en los litigios en los que es parte el Estado, sino que incorpora herramientas de gestión pública que se deben también aplicar a procesos jurídicos diferentes a los establecidos en las normas procesales, tales como el diseño de políticas, el seguimiento y evaluación de indicadores de gestión.

Por consiguiente, el Decreto 4530 de 2008 encomendó a la DDJE las siguientes funciones: a) diseñar e implementar políticas de defensa litigiosa y de prevención del daño antijurídico estatal; b) contribuir a la reducción de la responsabilidad patrimonial del Estado y su consecuente afectación presupuestal; c) promover la desjudicialización de la conflictividad del Estado; d) asesorar eficazmente a las entidades del Estado y la ciudadanía en temas relacionados con la defensa jurídica del Estado; e) realizar estudios e investigaciones sobre causas de litigiosidad del Estado.

Entre los resultados más significativos de la DDJN y la DDJE del MIJ se destacan:

- Desarrollo e implementación del Sistema de Información Litigiosa (LITIGOB) que por primera vez intentó consolidar la informa-

ción sobre demandas contra entidades públicas del orden nacional, de manera tal que se pudieran efectuar cálculos exactos del pasivo contingente para tomar decisiones eficaces en materia de prevención del daño antijurídico, y generar políticas de orientación de la defensa judicial. Este sistema del MIJ incluyó información sobre actividad litigiosa en tribunales de arbitramento, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y conflictos suscitados en el marco de Acuerdos Internacionales de Inversión. Desafortunadamente enfrentó serias dificultades durante su implementación y fue suspendido en el año 2010.

- Establecimiento de mesas temáticas interinstitucionales permanentes para la coordinación de la defensa en procesos de alto impacto contra el Estado, tales como aquellos derivados por la actividad de captadores ilegales de dineros del público, embargos irregulares de los recursos del Sistema General de Participaciones⁹, responsabilidades por secuestros de ex congresistas, procedimientos indebidos de expropiación de terrenos utilizados para la construcción de vías públicas, etc.

- Desarrollo de: a) investigaciones sobre temas claves de defensa jurídica como prevención del daño antijurídico en materia contractual, laboral y extracontractual (ver Alonso Guzmán, 2010; De Vivero Arciniegas, 2010), diagnóstico sobre demandas judiciales y arbitrales susceptibles de conciliación (ver Ministerio del Interior y de Justicia, 2010) y sobre MASC en asuntos laborales (ver Jiménez Salazar, 2010) del Estado, contratación estatal y responsabilidad extracontractual del Estado; y b) materiales de capacitación para funcionarios de oficinas jurídicas de entidades públicas, como cartillas de gestión jurídica pública, MASC en la contratación estatal y en la responsabilidad extracontractual del Estado.

4. Situación de las políticas públicas de defensa jurídica estatal

Problemática a resolver

Usando como base las experiencias internacionales y locales, y los esfuerzos de más de 10 años en la gestación de una política pública de defensa jurídica, Colombia desarrolló un modelo híbrido propio que se adecuara a la realidad de un Estado unitario, pero descentralizado por servicios y territorialmente¹⁰. Sin embargo, todavía a

principios de 2011 carecía de políticas y estrategias claras para el desarrollo de la gestión de defensa jurídica pública y el mejoramiento de la coordinación existente entre las numerosas instituciones potencialmente afectadas. A falta de mecanismos eficaces de prevención del daño antijurídico, la litigiosidad contra entidades públicas había continuado creciendo en forma desorbitada debido principalmente a las siguientes causas:

Falta de una cultura de Buen Gobierno que permita resolver las reclamaciones de los ciudadanos al interior de las entidades públicas. El procedimiento administrativo debería ser el foro natural para resolver la mayoría de los conflictos entre los ciudadanos y las entidades públicas cuando se presentan actuaciones¹¹ que pudieron vulnerar los derechos y garantías de los ciudadanos. A través del derecho de petición, de los actos administrativos que respondan a él y de los recursos a esos actos, se podría encontrar una solución ajustada a derecho, incluso a situaciones de ostensible daño antijurídico imputable a agentes de la administración (conforme a la presunción de legalidad de los actos de la administración y a la buena fe de los que participan en el proceso de formación de la voluntad administrativa).

Falta de mecanismos de defensa jurídica articulados institucionalmente y de políticas y estrategias coherentes. El modelo absolutamente desconcentrado de defensa jurídica prevaleciente en Colombia podría llevar a que entidades demandadas con argumentos similares (por ejemplo, en asuntos laborales o de seguridad social) trataran esos casos de manera diferente, tanto en lo relativo a la argumentación jurídica (por ejemplo, mientras unas entidades presentan cierto tipo de excepciones, otras interponen unas diferentes) como en cuanto a la metodología de manejo del caso (por ejemplo, una entidad utiliza abogados internos y otra, externos para incidentes muy similares). Hasta cierto punto, la dispersión del número total de procesos era contrarrestada por la concentración del volumen de pretensiones en unos pocos sectores e instituciones afectados, que debería permitir el desarrollo de estrategias y políticas consistentes para todos ellos. La Tabla 3 muestra que las pretensiones de mayor valor estaban concentradas en los sectores Agricultura, Hacienda, Minas, Comercio y Transporte, de modo tal que diez entidades acumulaban más del 90% del total de las pretensiones.

Tabla 3
Tamaño de las pretensiones por entidad pública demandada (2012)

Entidades	Total pretensiones	%
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	909.846.757.653.898	35%
Superintendencia Financiera de Colombia	40.824.310.201.554	9%
Ministerio de Minas y Energía	6.862.113.325.655	6%
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	5.510.893.164.088	5%
Superintendencia de Sociedades	5.009.306.479.428	4%
Cormagdalena	3.317.822.373.540	4%
Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil	2.329.692.597.257	3%
Ministerio de Transporte	1.916.999.809.030	2%
Ministerio de Protección Social	1.450.713.543.582	2%
Comisión de Regulación de Comunicaciones	1.440.359.992.227	2%
Total	978.508.969.140.259	28%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

Falta de una cultura de aprovechamiento de los MASC en beneficio de las entidades públicas. Aunque la experiencia en el uso de MASC en Colombia por el sector privado es una de las más notables de Hispanoamérica¹², el sector público ha sido más tímido en su utilización debido principalmente a precedentes infortunados de conciliaciones y arbitrajes cuestionados con posterioridad ante tribunales domésticos e internacionales¹³. El potencial de acuerdos extrajudiciales de menor costo y mayor beneficio para la entidad pública no ha sido ni explorado ni explotado suficientemente por temor a investigaciones disciplinarias o penales, o simplemente porque la inercia burocrática favorece continuar por una vía judicial que no solo libera de responsabilidad a los funcionarios administrativos respecto de los MASC, sino que reduce el esfuerzo durante la etapa de conciliación al cumplimiento de unas simples formalidades. Los comités de conciliación establecidos en la ley¹⁴ no suelen realizar una evaluación adecuada de los diversos escenarios fácticos, argumentales, probatorios o de condena, y de los costos y riesgos de cada uno, a fin de identificar oportunidades concretas de conciliación, por lo que sus resultados han sido muy escasos¹⁵.

Deficiencias en la cantidad y calidad de la información disponible sobre las características de los litigios contra entidades públicas (monto, riesgo, complejidad, número). A pesar de los esfuerzos del MIJ por construir el LITIGOB, este sistema experimentó numerosos tropiezos desde sus orígenes, principalmente por su inflexibilidad y complejidad, lo que generó resistencia entre las entidades públicas que debían utilizarlo. En la práctica fue abandonado en el año 2010 y la

información depositada en él no solo quedó desactualizada en poco tiempo, sino que nunca fue depurada. El primer ejercicio de depuración que validó la información del LITIGOB con piezas claves de 279 expedientes reveló una disminución sustancial de las pretensiones. A pesar de los esfuerzos del MIJ, no existía información confiable y precisa sobre el estado procesal del 100% de los pleitos contra entidades del Estado, el número y perfil de los abogados que representaban sus intereses, y la valoración del pasivo contingente, de forma tal que se pudiera evaluar los niveles de riesgo de pérdida de los procesos.

Deficiencias en la experticia de defensa jurídica de abogados internos o externos de las entidades públicas. La falta de criterios uniformes sobre el modo de manejar los procesos se trasladó a la selección de los abogados que representaban a las entidades públicas. Unas prefirieron abogados externos especializados en el tema; otras continuaron utilizando a sus abogados internos, pero no siempre verificaron sus aptitudes para la tarea del litigio. Otra práctica frecuente era la de contratar mediante el mecanismo de "servicios personales" abogados externos para que manejaran un portafolio de proyectos. Aunque teóricamente "independientes", en la práctica estos profesionales asumían las responsabilidades de abogados internos sin los incentivos de estabilidad y remuneración propios de los funcionarios. La defensa judicial de las entidades públicas ha sido también deficiente por falta de herramientas apropiadas, como, por ejemplo, grupos interdisciplinarios que proporcionen una visión no solo jurídica del tema, sino que atiendan a los temas técnicos de relevancia probatoria. Un informe del MIJ (basado en información obtenida del 70% de las entidades públicas del orden nacional al 31 de diciembre de 2009) concluyó que: a) el 41% de las entidades no realizaban planeación de su gestión jurídica interna y externa; b) el 72% de las entidades no había definido niveles de servicio para los procesos a su cargo; c) el 75% de las entidades no disponía de una instancia que evaluara las propuestas de defensa jurídica en el marco de parámetros más amplios de una política institucional; d) el 92% de las entidades no formulaba políticas de defensa jurídica basadas en estudios, investigaciones o análisis previos; e) el 54% de las entidades no tomaba medidas preventivas adecuadas, aunque si identificaba demandas basadas en causas de daño antijurídico similar; y f) el 40% de las entidades no capacitaba a sus apoderados sobre la implementación de las políticas de defensa jurídica adoptadas¹⁶.

Existencia de sectores especialmente vulnerables a demandas masivas o a responsabilidades elevadas. Ciertas entidades públicas han demostrado ser especialmente vulnerables a la litigiosidad, en especial las instituciones de seguridad social que en conjunto manejan cientos de miles de demandas por pensiones. Estas entidades necesitan de una estrategia diferente a la que puede resultar apropiada para una entidad que solo esporádicamente comparece a estrados judiciales (por ejemplo, el Banco de la República). Los pagos por sentencias y conciliaciones se han concentrado en tres sectores (Seguridad, Justicia y Seguridad Social), de modo que solo cuatro entidades acumularon el 78% de los pagos en 2011: a) Ministerio de Defensa: \$ 316.017 millones; b) Policía Nacional: \$ 168.059 millones; c) Fiscalía General de la Nación: \$ 78.738 millones; y d) Caja de Sueldos de la Policía y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: \$ 72.188 millones (ver Gráfico 2).

Gráfico 2
Pagos de Sentencias y Conciliaciones (2011)



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

Cambios en las tendencias de la litigiosidad como resultado de fenómenos estacionales o sistémicos. Parte del crecimiento de la litigiosidad en materia de seguridad social refleja un fenómeno demográfico (el envejecimiento de la población colombiana) que no fue anticipado oportunamente y que pudo haber dejado desfinanciadas algunas entidades del sector que no pueden atender oportunamente

sus obligaciones y no tienen alternativa diferente de manejar su flujo de caja a través del reconocimiento gradual de los derechos respectivos. Hasta marzo de 2012 se estimaba que existían 199.379 procesos activos contra 217 entidades del nivel nacional, de los cuales más de 70.000 se dirigían contra el Instituto de Seguros Sociales (en liquidación). Conforme a los datos del Gráfico 3, más del 50% del número total de procesos involucra a entidades de seguridad social.

Gráfico 3
Distribución del número total de procesos por entidad pública (2012)



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

Falta de un fondo de contingencias apropiado para atender pagos de sentencias, laudos y conciliaciones. Cada entidad pública ha tenido que atender las obligaciones establecidas por decisiones judiciales o de MASC con cargo a su presupuesto, a través de ajustes internos en las partidas aprobadas por el MHCP, lo que ha generado un incentivo adicional para dilatar el impacto de los procesos, aunque a la larga signifique agravarlo como resultado de las indexaciones. Para llenar ese vacío que generaba incentivos perversos, el nuevo Código Contencioso Administrativo (Art. 194) obligó a las entidades

públicas de nivel nacional a lo siguiente: a) valorar sus contingencias, y b) efectuar aportes al Fondo de Contingencias para atender las obligaciones derivadas de sentencias. Sin embargo, a mediados de 2012, el Fondo de Contingencias solo contaba con recursos para atender contingencias de contratos y operaciones de crédito público, no para otras formas de responsabilidad como sentencias o conciliaciones (ver Tabla 4).

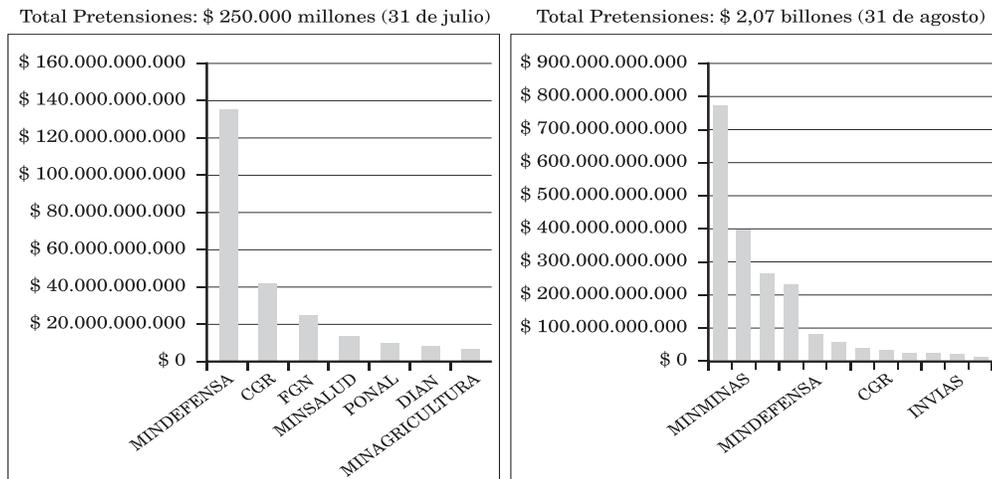
Tabla 4
Recursos del Fondo de Contingencias (2012)

Fondo de Contingencias	
Contratos	\$ 436.554 millones
Operación de crédito público	\$ 80.042 millones

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

Explosión de la litigiosidad. Ha surgido en Colombia una cultura del litigio agresiva promovida por grupos de interés y abogados especializados que encuentran en las controversias contra el Estado un espacio favorable para obtener beneficios particulares, no siempre legítimos. Un muestreo rápido de solicitudes de conciliación prejudicial (la primera etapa de cualquier proceso judicial) reveló que entre julio y septiembre de 2012 hubo un crecimiento exponencial de la litigiosidad, principalmente la relacionada con actividades mineras (ver Gráfico 4).

Gráfico 4
Pretensiones de solicitudes de conciliación (julio-septiembre de 2012)



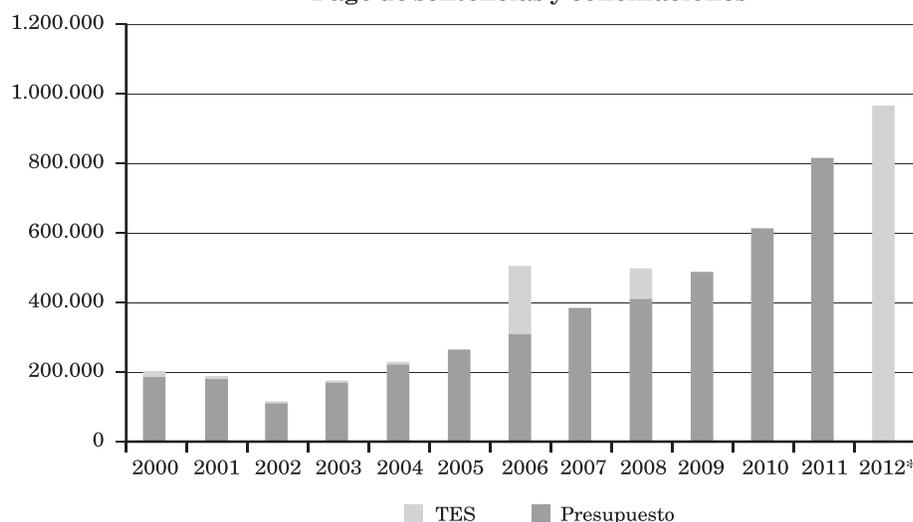
Fuente: ANDJE (2012a).

Proliferación y dispersión normativa y jurisprudencial que genera incertidumbre sobre el marco jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado. La proliferación normativa proviene tanto del Congreso como del Ejecutivo, y se agrava por la falta de una jurisprudencia coherente, que afecta a veces al mismo órgano (una sala o subsala del Consejo de Estado emite fallos contrarios a los de la otra), o puede ocurrir entre diferentes órganos (comúnmente entre la Corte Constitucional y las otras "altas cortes": Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura.

Dimensión del problema: impacto fiscal

Desde el punto de vista del impacto fiscal, las vulnerabilidades detectadas eran alarmantes. Cifras del MHCP comprobaron que la ausencia de una adecuada estrategia institucional de defensa jurídica de los intereses estatales estaba poniendo en peligro la sostenibilidad de las finanzas públicas. Durante el período comprendido entre los años 2000 y 2011, el costo fiscal por sentencias y conciliaciones había crecido de \$ 200 mil millones a \$ 810 mil millones. Solamente en el año 2012 tendrían que pagarse \$ 964 mil millones por concepto de sentencias y conciliaciones (registrando un aumento del 19% respecto a 2011), suma que equivale al 6% de la inversión pública prevista para el año 2012 por el Gobierno Nacional (ver Gráfico 5).

Gráfico 5
Pago de sentencias y conciliaciones



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

La contabilidad del Estado colombiano durante ese período también reconoció las dificultades judiciales de las entidades públicas, de modo que los pasivos contingentes por sentencias y conciliaciones representaron el 95% del total de los pasivos contingentes de la nación. A principios de 2012, el Estado colombiano enfrentaba pasivos contingentes por actividad litigiosa de \$ 430 billones (calculados como el equivalente al 44% de las pretensiones de las demandas en contra, estimadas en \$ 982 billones conforme a una metodología adoptada por el MHCP). Excluyendo del análisis el caso atípico contra el antiguo Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), el pasivo contingente de la nación se reducía a \$ 88,3 billones, equivalente al 16,12% del PIB (ver Tabla 5).

Tabla 5
Obligaciones contingentes como porcentaje del PIB

Obligaciones Contingentes		% PIB
Sentencias y conciliaciones (sin INCORA)	\$ 88,30 billones	16,12%
Garantías de contratos administrativos	\$ 1,56 billones	0,29%
Capital exigible	\$ 1,23 billones	0,23%
Garantías de operación de crédito público	\$ 1,24 billones	0,19%
Total	\$ 92,36 billones	16,80%

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011).

5. Creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)

La Ley 1444 de 2011 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública nacional. En particular, esta Ley ordenó la escisión del Ministerio de Interior y de Justicia y Derecho (MJD), encomendó a este último la dirección de la política pública sobre defensa jurídica del Estado, y creó la "Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado" (ANDJE) como entidad ejecutora de la misma. De acuerdo a este modelo, el MJD ejercería las funciones de orientación y promoción de estudios y articulación de dichas políticas públicas, elaboraría propuestas de arreglos institucionales para la ejecución de la política de defensa jurídica del Estado, identificaría puntos críticos en su ejecución, y prepararía el estudio técnico para la creación de la ANDJE (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012).

Conforme al Decreto 4085 de 2011, la ANDJE fue establecida como una unidad administrativa especial, descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial. Su objetivo es el "diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar

cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación".

El mismo Decreto 4085 definió la defensa jurídica como el "conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado, y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público". Son intereses litigiosos de la nación: a) procesos en que una entidad de la administración pública del orden nacional es parte; b) procesos en los cuales haya sido demandado un acto proferido por una autoridad pública o un órgano estatal del orden nacional, tales como leyes y actos administrativos, así como aquellos procesos en los cuales se controvierta su interpretación o aplicación; c) procesos en los cuales se controvierta una conducta de un servidor público del orden nacional; d) procesos en el orden regional o internacional en los cuales haya sido demandada la nación; y e) los que determine el Consejo Directivo de la Agencia dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional¹⁷.

La ANDJE fue estructurada en torno a tres áreas misionales o direcciones. La de Políticas y Estrategias tiene por funciones principales: a) formular y difundir políticas públicas para prevenir el daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la protección efectiva de los intereses litigiosos del Estado; b) diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para usar mecanismos alternativos de resolución de conflictos; y c) diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para participar en procesos judiciales en los que entidades públicas de nivel nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir¹⁸.

A la Dirección de Defensa Jurídica corresponde: a) elaborar lineamientos para la adecuada gestión de la defensa jurídica de entidades públicas; b) difundir cambios normativos, jurisprudenciales y de políticas de prevención y defensa jurídica relevantes entre los actores que intervienen en la defensa jurídica; c) mantener un diálogo permanente y armónico con las altas cortes; d) asumir de manera discrecional en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente, la defensa jurídica de las entidades públicas, atendiendo el

impacto patrimonial, el número de procesos, la reiteración de los hechos, el objeto del proceso o su trascendencia jurídica; e) coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelantan ante organismos internacionales o extranjeros; f) interponer acciones de tutela contra sentencias de condena proferidas contra entidades públicas; g) ejercer la facultad de insistencia para la selección de sentencias de tutela para su revisión por la Corte Constitucional; h) participar en los Comités de Conciliación de las entidades u organismos del orden nacional, con derecho a voz y voto, y actuar como mediador en los conflictos que se originen entre entidades del orden nacional; i) hacer seguimiento al ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional o interponerlas directamente cuando la entidad u organismo del orden nacional no las ejerza habiendo lugar a ello (ver Tabla 6)¹⁹.

Tabla 6
Atribuciones procesales de la ANDJE

Ley	Atribución	Contenido
Código General del Proceso	Traslado de la demanda	Recibir traslado de la demanda para que intervenga si así lo dispone.
	Facultades como interviniente	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar en cualquier etapa del proceso. • Obrar como apoderada de entidades públicas, incluso para demandar. • Proponer excepciones previas y de mérito, u oponerse a la demanda. • Aportar y solicitar la práctica de pruebas, e intervenir en su práctica. • Interponer recursos ordinarios y extraordinarios. • Recurrir a las providencias que aprueben acuerdos conciliatorios o que terminen el proceso por cualquier causa. • Solicitar la práctica de medidas cautelares, o el levantamiento de las mismas. • Llamar en garantía. • Notificarse de todo trámite de conciliaciones extrajudiciales y de todo proceso notificado en contra de las entidades públicas.
	Extensión de jurisprudencia	Emitir concepto previo para aplicar la extensión de la jurisprudencia.
	Cambio de radicación por deficiencias de gestión	Pedir cambio de radicación cuando se adviertan graves deficiencias de la gestión, previo concepto del Consejo Superior de la Judicatura.
	Desembargo	Pedir el desembargo de recursos públicos.
	Cambio de radicación por riesgos externos	Pedir cambio de radicación de procesos ante la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial cuando afecten: <ul style="list-style-type: none"> • Orden público. • Imparcialidad o independencia de la administración de justicia. • Garantías procesales o la seguridad o integridad de los intervinientes.

Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional		<ul style="list-style-type: none">• Notificarse de toda demanda arbitral contra entidades públicas.• Participar activamente con el Ministerio Público en la audiencia de conciliación.• Intervenir en el trámite arbitral y de amigable composición.
Estatuto de Municipios	Asesoría en la defensa judicial	Asesorar procesos de defensa judicial de municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría.

Fuente: ANDJE (2012b).

Por último, la Dirección de Gestión de Información²⁰ es responsable de: a) desarrollar, implementar y administrar, con el MHCP, el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa de las entidades públicas; b) desarrollar, en coordinación con el MHCP, reportes de alertas para las entidades públicas cuando se detecte riesgo fiscal en procesos judiciales; c) asegurar el acceso a la información y reportes contenidos en el Sistema Único de Gestión e Información a las entidades públicas que tienen obligación o competencia para recaudar y producir información sobre la materia; y d) evaluar el resultado e impacto de las políticas relacionadas con la defensa jurídica del Estado mediante la formulación de indicadores.

6. Propuesta de una segunda generación de políticas públicas sobre defensa jurídica de entidades públicas

Entre marzo y octubre de 2012, el equipo de la ANDJE se dedicó a realizar un diagnóstico de la problemática de la defensa jurídica estatal y a formular una serie de propuestas para el desarrollo de políticas públicas en esta nueva área. En tan breve plazo solo fue posible estructurar el esquema general de dichas propuestas para comenzar su debate al interior de la rama ejecutiva. Será tarea de varios años terminar la formulación e implementación de esta segunda generación de políticas públicas en el área, que deberán configurarse como "políticas de Estado" para asegurar su continuidad a lo largo de varias administraciones. Lo que sigue es un resumen de las propuestas formuladas y cuyo debate comenzó en ese período.

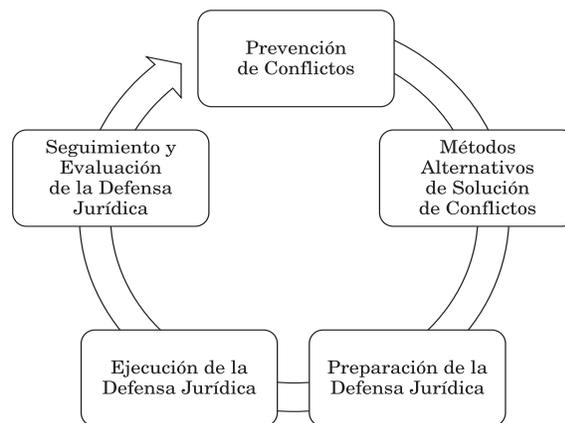
a. Objetivo general del sistema integrado de defensa jurídica

La creación y fortalecimiento de un sistema integrado de defensa jurídica del Estado colombiano, bajo la dirección de la ANDJE como ente rector, tiene por objetivo vincular a todas las entidades públicas del orden nacional, y las entidades públicas del orden territorial que lo deseen, mediante convenio interadministrativo en torno a

un solo mecanismo permanente de consulta para el desarrollo e implementación de políticas y estrategias sobre defensa jurídica, en todas las fases del ciclo de defensa jurídica (ver Gráfico 6).

La experiencia inicial de la ANDJE ha comprobado que con la estructura y funciones recibidas en 2011 es imposible desarrollar el modelo "concentrado" de gestión jurídica, por lo que se impone perfeccionar uno "desconcentrado", dentro del cual la ANDJE es simplemente la cabeza de un sistema en el que participan todas las entidades del orden nacional, pero que queda abierta a las departamentales y municipales que quieran vincularse para mantener la coherencia dentro de la visión de un Estado unitario y evitar que el fortalecimiento de un sistema exclusivamente nacional genere incentivos para desviar la litigiosidad hacia los entes territoriales por considerarlos más vulnerables.

Gráfico 6
Fases del ciclo de defensa jurídica



Fuente: ANDJE (2012b).

b. Elementos del sistema integrado de defensa jurídica

Mecanismos de generación de políticas

Identificación de patrones de casos frecuentes que pueden generar responsabilidad estatal. El Sistema no cumpliría su objetivo si no atiende primordialmente a la identificación de las principales causas de daño antijurídico que pueden generar responsabilidad del Estado. La identificación de patrones de "casos

Con la estructura y funciones recibidas en 2011 es imposible desarrollar el modelo "concentrado" de gestión jurídica, por lo que se impone perfeccionar uno "desconcentrado", dentro del cual la ANDJE es simplemente la cabeza de un sistema.

frecuentes" es esencial para desarrollar una estrategia de prevención de actos u omisiones que pueden generar daños, y de defensa eficaz en el caso de que dichos actos u omisiones estén ajustados a derecho (el "litigio estratégico" no puede abordar el universo total de los casos que se puedan presentar, pero sí abordar los que responden a un patrón y generan mayor impacto)²¹. Para identificar estos patrones, el sistema se propone desarrollar políticas y estrategias en las siguientes áreas:

Fortalecimiento de la capacidad estadística sobre casos que pueden generar responsabilidad estatal. El desarrollo de la capacidad de las entidades públicas para generar y analizar información estadística sobre procesos de toma de decisión, el impacto de esas decisiones, los conflictos que generan y los mecanismos que se pueden activar para la solución de esos conflictos es el primer paso en la estructuración del sistema. Sin esa información no pueden detectarse los patrones de "casos frecuentes" o desarrollarse los modelos de "litigio estratégico". Sin embargo, la experiencia del LITIGOB sugiere que mientras se desarrolla plenamente esa capacidad es preferible trabajar a través de muestras representativas en lugar de embarcarse en la generación de un sistema de información que no cuente con garantías suficientes de calidad de información.

Estudios sectoriales sobre fuentes comunes de responsabilidad estatal. La identificación de los patrones de "casos frecuentes" puede partir también de un análisis del impacto fiscal de los fallos de tribunales de última instancia y de decisiones legislativas sobre la responsabilidad de la administración pública (algo que una buena técnica judicial legislativa debería exigir en cualquier fundamentación o exposición de motivos). Más que análisis aislados o abstractos de estas fuentes de derecho se impone una metodología de medición de la conexión entre hechos y derecho que permita detectar los patrones buscados (demandantes y demandados frecuentes, pretensiones frecuentes, etc.) en términos de tiempo, lugar y montos. Los estudios propuestos podrían comprender varios aspectos, en conjunto o por separado, a saber:

i) Análisis empíricos sobre muestras representativas de decisiones de altos tribunales, con énfasis en fallos de altas cortes contra entidades públicas (Consejo de Estado y Corte Constitucional) y tribunales de arbitramento en casos de derechos fundamentales, contractuales, extracontractuales, laborales y tributarios, a fin de detectar patrones y tendencias (ver Banco Mundial, 2011a y 2011b).

ii) Identificación de la jurisprudencia relevante, reiterada o unificada sobre responsabilidad estatal. Para tal fin, debe integrarse tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre daño antijurídico y tasación de indemnizaciones como la de la Corte Constitucional sobre protección de derechos fundamentales y colectivos, pero no en un modelo tradicional de tratado académico o de relatoría, sino como herramienta amigable para toma de decisiones que vincule hechos y fallos, decisiones jurídicas con impacto fiscal, y se difunda entre las instancias asesoras y decisorias de entidades públicas. Se sugiere un avance temático que parta de los temas claves para obtener "victorias tempranas" en materia de prevención o de defensa, antes de pasar a estudios sobre temas de segunda o tercera prioridad (ver Tabla 7).

iii) Análisis de casos de responsabilidad estatal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Litigar en tribunales internacionales demanda un esfuerzo adicional para adaptarse a sus propias reglas, diferentes a las del litigio local. Experiencias recientes comprueban que no puede improvisarse la representación del Estado colombiano en estos casos, sino que se requiere identificar los expertos colombianos o extranjeros apropiados para ejercerla con suficiente anticipación y evitar la confusión entre los mecanismos y argumentos de defensa propios del derecho interno, y los adecuados para un foro internacional. Un observatorio permanente del estado actual de los procesos y las posibilidades de solución amistosa es indispensable para evitar resultados sorpresivos y desfavorables y potenciar al máximo los mecanismos extrajudiciales que el propio sistema interamericano impulsa, tanto en la Comisión como en la Corte (Galvis Patiño, 2011).

iv) Análisis de muestras representativas de informes de comités de conciliación de entidades públicas. La conciliación en Colombia es una "promesa no realizada". A pesar de los esfuerzos hechos por el legislador y los órganos de control (incluido el crecimiento significativo de la unidad responsable de la Procuraduría General de la Nación), los resultados aún son escasos. Casos célebres de conciliaciones que conducen a investigaciones disciplinarias o penales inhiben el ánimo de conciliar de los funcionarios públicos. El rastreo de experiencias más recientes y exitosas podría romper con ese patrón adverso a la conciliación y proponer las reformas legales que sean necesarias para "blindarla" de acuerdo a un protocolo caracterizado por la transparencia y la revisión por instancias superiores e independientes.

v) Evaluación de posibles responsabilidades estatales derivadas de decisiones legislativas o administrativas. Con el fin de anticipar "oleadas de litigios" resultantes de vacíos normativos o interpretaciones contradictorias, todas las decisiones legislativas o administrativas deberían considerar su impacto en términos de litigiosidad contra el Estado. A diferencia del impacto fiscal, que se mide simplemente por una estimación de los ingresos o gastos generados por la decisión en el corto, mediano y largo plazo, esta evaluación *ex ante* debería considerar no solo cómo encaja la nueva decisión con el resto del entorno normativo del país, sino también cómo por vía de interpretaciones alternativas se pueden generar efectos negativos sobre los intereses de las entidades responsables de su ejecución. Los posibles "costos ocultos" o "riesgos remotos" asociados a la decisión también deberían anticiparse a través de la formulación de escenarios alternativos que consideren diversos factores externos (a la institución, al sector, e incluso al país) con posible impacto sobre la ejecución de la medida. Un análisis de este tipo es imperativo para cualquier decisión que genere obligaciones de pagos periódicos a cargo del Estado, como medidas en campos salariales, prestacionales y pensionales.

Tabla 7
Desarrollo de políticas públicas integrales y de estadísticas confiables
(propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad 1	Prioridad 2	Prioridad 3
Política pública integral de defensa jurídica	<ul style="list-style-type: none"> Conformación de grupos de trabajo para el diseño de una política pública integral de defensa jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> Consulta con actores externos y expertos sobre la política pública integral de defensa jurídica (por ejemplo, sociedad civil, sector privado, instituciones académicas). Diseño y aprobación de una política pública integral de defensa jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> Implementación gradual de la política pública integral de defensa jurídica.
Estadísticas confiables sobre defensa jurídica	<ul style="list-style-type: none"> Análisis de la información existente sobre casos contra el Estado. Mejoramiento de los mecanismos de recolección y análisis de información sobre casos contra el Estado. Propuesta de indicadores de desempeño e impacto de abogados externos. 	<ul style="list-style-type: none"> Adopción de indicadores de desempeño e impacto de abogados externos. Propuesta de indicadores de desempeño e impacto de abogados internos. 	<ul style="list-style-type: none"> Evaluación de indicadores de desempeño e impacto de abogados externos. Adopción de indicadores de desempeño e impacto de abogados internos.

Fuente: ANDJE (2012b).

Diseño de una metodología de evaluación de costos y riesgos potenciales de responsabilidad estatal. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011) ha avanzado significativamente en la adopción de criterios para la evaluación temprana de los posibles costos y riesgos asociados a conflictos derivados del daño antijurídico. Sin embargo, dicha metodología está basada en un cálculo actuarial sobre la indexación de las posibles condenas y un cálculo probabilístico sobre la posibilidad misma de dichas condenas. Podría perfeccionarse a nivel de cada institución afectada, y en casos que por su complejidad o por su monto así lo ameriten, mediante una estimación de: i) *Costos*: tiempo y salarios de funcionarios administrativos y judiciales; impacto sobre la reputación de la entidad y del Gobierno en general; honorarios de abogados externos y auxiliares de la justicia; y ii) *Riesgos*: posibilidad de pérdida parcial o total de un proceso judicial que surja del conflicto, basada en la experiencia de cada institución y no solo en la del Estado en general, como en el caso de la metodología del MHCP; duración esperada del proceso judicial; impacto de la indexación sobre el monto inicial de la pretensión en el presupuesto de la entidad; y generación sistemática de precedentes contra la administración pública (ver Tabla 8).

Tabla 8
Adopción de procedimientos estandarizados y evaluación temprana de riesgos (propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Adopción de procedimientos estandarizados de seguimiento y evaluación: estrategias de defensa jurídica (macro) y directrices de actuación procesal (micro) para el manejo de casos contra el Estado	<ul style="list-style-type: none"> Análisis de la experiencia procesal en los casos de alto y mediano impacto. 	<ul style="list-style-type: none"> Diseño y adopción de procedimientos estandarizados para procesos de alto impacto (por ejemplo, detención preventiva, contratación de telecomunicaciones, acciones de la fuerza pública). 	<ul style="list-style-type: none"> Diseño y adopción de procedimientos estandarizados para casos de mediano impacto (por ejemplo, casos de inspección, vigilancia y control del Estado, contratación de infraestructura, pensiones).
Evaluación temprana de riesgos de conflictos recurrentes	<ul style="list-style-type: none"> Establecimiento de un grupo de trabajo interinstitucional para la adopción de un sistema de manejo de riesgos (incluido el cálculo de pasivos contingentes). 	<ul style="list-style-type: none"> Diseño de una metodología de evaluación temprana de costo-beneficio, e impacto potencial de decisiones administrativas (económico, financiero, social y ambiental). 	<ul style="list-style-type: none"> Implementación gradual de una metodología de evaluación temprana de costo-beneficio e impacto potencial de decisiones administrativas (económico, financiero, social y ambiental).

Fuente: ANDJE (2012b).

La precisión y detalle de esta metodología dependerá de la disponibilidad de información estadística y la construcción de series que cubran varios años; en un escenario ideal deberá incluir variables no solo fiscales, sino también sociales y ambientales que, aunque son de difícil medición, pueden adoptar metodologías internacionales²².

Gestión de riesgos y prevención de daños y conflictos Mecanismos efectivos de seguros y garantías²³. La litigiosidad es un riesgo común de cualquier actor público y privado en una economía de mercado; por consiguiente, para prevenirlo o para manejarlo y mitigarlo conviene utilizar los mecanismos que el mercado mismo facilita. Por eso, el sistema propuesto requiere del mejoramiento de la protección de entidades públicas a través de seguros y garantías (ver Tabla 9). Hasta ahora, la práctica en Colombia ha sido dispersa, con unas pocas instituciones (generalmente las más modernas o similares en sus operaciones al sector privado) haciendo un uso intensivo de esos mecanismos, mientras que la mayoría los desconoce. Así, en una etapa inicial se propone el establecimiento de un grupo de trabajo interinstitucional para: i) preparar un "mapa de riesgos" de entidades públicas del orden nacional y determinar la cobertura de los seguros y garantías existentes; y ii) promover el desarrollo de nuevos productos de seguros y garantías para casos de mala práctica profesional de abogados y médicos, responsabilidad de hospitales y centros penitenciarios, militares y policías, que constituyen fuentes típicas de responsabilidad del Estado, cuyo riesgo podría trasladarse por lo menos parcialmente a compañías especializadas en Colombia y en el exterior. La eficacia de este grupo de trabajo depende de la participación activa de otras instituciones públicas como la Superintendencia Financiera, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). La primera, porque es el ente regulador de las operaciones de compañías de seguros y garantías, y las otras dos, porque celebran o regulan los contratos estatales de mayor volumen. También debe involucrarse al gremio de los aseguradores, Fasecolda. Se espera que en el mediano y el largo plazo el sistema desarrolle la estrategia propuesta por este grupo de trabajo y pase a su implementación con una meta de largo plazo, cual es la de asegurar que no menos del 80% de los riesgos asegurables en el mercado nacional o internacional lo sean efectivamente,

y se retengan en cabeza del Estado solo aquellos que no puedan trasladarse a un asegurador autorizado para cubrirse con el Fondo de Contingencias, debidamente financiado.

Tabla 9
Uso eficaz de seguros y garantías (propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Uso eficaz de seguros y garantías	<ul style="list-style-type: none"> • Análisis costo-beneficio de seguros y garantías existentes. • Conformación de un grupo de trabajo interinstitucional para iniciar el mapa de riesgos del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ampliación del grupo de trabajo interinstitucional para terminar el mapa de riesgos del Estado. • Revisión y fortalecimiento de seguros y garantías existentes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollo de nuevos seguros y garantías: <ul style="list-style-type: none"> - mala práctica profesional de abogados y médicos; - responsabilidad de hospitales y centros penitenciarios; - responsabilidad de funcionarios de alto riesgo (por ejemplo, militares y policías).

Fuente: ANDJE (2012b).

Fortalecimiento de la memoria institucional. Una de las barreras más delicadas que encuentra la implementación de un sistema integrado de defensa jurídica es la desaparición de la memoria institucional en un cortísimo plazo como resultado de la rotación de funcionarios especializados, cambios de tecnología o infraestructura. La documentación adecuada del proceso de toma de decisiones de las entidades públicas es esencial, no solo para fines de transparencia y rendición de cuentas, sino también para rastrear las causas de acciones u omisiones que pueden generar daño antijurídico, valorar su consistencia con el ordenamiento jurídico e identificar los operadores estatales que asumieron responsabilidad. Las principales pruebas para una defensa jurídica efectiva se encuentran en el expediente administrativo y deben conservarse en él sin riesgo de deterioro o distracción.

Además de las "tablas de retención documental", que la Ley colombiana exige a todas las entidades públicas y que se coordinan con el Archivo Nacional para fines de memoria histórica, el sistema propuesto requiere del desarrollo de formatos y criterios para conservar los antecedentes de los actos y contratos administrativos, que incluyan: i) análisis costo-beneficio (económico, financiero, social y ambiental) y evaluación del impacto de las decisiones (identificación

de posibles afectados y mecanismos apropiados de consulta y participación); y ii) análisis de alternativas de acción y razones para descartarlas. Esta tarea deberá coordinarse con el MHCP y DNP (principalmente en lo relacionado con actuaciones que tengan impacto sobre el gasto público, sobre todo el seguimiento de los proyectos de inversión) y la Presidencia de la República (cuya Alta Consejería para el Buen Gobierno y la Eficiencia Administrativa puede emitir instructivos de carácter general sobre buenas prácticas administrativas e impulsar reformas de simplificación de trámites).

Tabla 10
Compilación y preservación de pruebas
(propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Documentación adecuada del proceso de toma de decisiones de las entidades públicas	<ul style="list-style-type: none"> • Conformación de grupo de trabajo con entidades de alto riesgo para identificar necesidades. • Consulta con actores externos y expertos (por ejemplo, sociedad civil, sector privado, instituciones académicas). 	<ul style="list-style-type: none"> • Ampliación de grupo de trabajo con instituciones de mediano riesgo y especializadas en TIC y archivística. • Diseño de mecanismos basados en TIC para la generación y conservación de pruebas de actos o hechos que puedan utilizarse en la prevención y solución de conflictos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Implementación gradual de mecanismos basados en TIC para la generación y conservación de pruebas de actos o hechos que puedan utilizarse en prevención y solución de conflictos. • Revisión de políticas de acceso a la información de actos oficiales.

Fuente: ANDJE (2012b).

Mecanismos de enlace para la coordinación de la defensa jurídica. Es imperativo desarrollar herramientas de enlace entre la ANDJE y las oficinas jurídicas de las entidades públicas, mediante designación de funcionarios encargados de canalizar intercambio de información que se comuniquen permanentemente a través de canales de uso exclusivo de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). La práctica de la DDJN, la DDJE y la ANDJE ha comprobado la ineficacia de un sistema de reuniones *ad-hoc*, que distraen la atención del ente rector de las políticas generales hacia casos particulares y que pueden ser precipitadas por funcionarios de las entidades públicas como medida de protección respecto de posibles responsabilidades administrativas²⁴. Por el contrario, para

mantener su posición de ente rector ("metaregulador"), la ANDJE debe tener acceso a toda la información que manejan las oficinas jurídicas de miembros del sistema, pero debe ser cuidadosa al seleccionar los casos en los que asume el manejo directo, y evitar en lo posible avanzar opiniones sobre dichos casos, pues tales opiniones en el modelo híbrido colombiano deben emitirlas los abogados de la entidad o abogados externos contratados para ese fin. Si los expertos seleccionados por la entidad no logran identificar una estrategia adecuada se impone su sustitución, no la intervención de la ANDJE (salvo en casos extremos que equivalgan a asumir competencia sobre el caso en sustitución de la oficina jurídica responsable, evento que obligaría a considerar la necesidad de su reestructuración o renovación gerencial). Sin embargo, la función de enlace de la ANDJE y las oficinas jurídicas puede ser no menos importante en la medida en que facilita un flujo de información y conocimientos relevantes de carácter permanente que debe permitir el mejoramiento de los procesos de tomas de decisión de ambas partes ("regulador" y "regulados"). Esta función de enlace comprenderá, por tanto, actividades concretas en las siguientes áreas:

Gerencia del conocimiento. En lugar de ocuparse de casos particulares, la ANDJE debe cumplir una función clave en materia de generación y difusión de conocimiento especializado sobre casos contra entidades públicas, asumiendo actividades de "investigación y desarrollo" de nuevos enfoques para el manejo de dichos casos, con fundamento en la información proporcionada por los miembros del sistema integrado y de la que reciba de fuentes externas (por ejemplo, jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera). Tal información puede utilizarse en la formulación de instrumentos generales de políticas públicas, como protocolos o lineamientos para el manejo de categorías de casos frecuentes. La gestión del conocimiento puede descomponerse en dos funciones básicas: i) *generación y difusión de información relevante sobre precedentes administrativos o jurisprudenciales*: focalizada en los que puedan orientar las decisiones de las entidades públicas para la prevención de conflictos, y que incluya un programa de investigación, publicaciones y eventos académicos que sirvan de apoyo permanente a las oficinas jurídicas "reguladas" por la ANDJE; ii) *lanzamiento del Banco de Conocimiento de defensa jurídica*: más allá de los precedentes jurisprudenciales o administrativos, el universo de la litigiosidad sobre el Estado debe condensarse y categorizarse en una gran base de datos o "Banco

de Conocimiento" que permita a todos los interesados (las entidades públicas y ciudadanos del común) realizar "minería de datos", que complemente las investigaciones realizadas por la ANDJE. La fuente principal serán las estadísticas generadas por las mismas entidades públicas, analizadas y depuradas por la ANDJE, y difundidas en "tiempo real" a través de su página *web*. Mientras la ANDJE puede asumir el liderazgo en materia de capacitación para personal relevante de entidades públicas, la búsqueda y recepción de asistencia técnica debe ser responsabilidad exclusiva de cada oficina jurídica, para evitar posibles conflictos entre la opinión de quien proporciona la asistencia y la de la misma Agencia, excepto la que se obtenga en el marco de programas de cooperación internacional que lidere la ANDJE, específicamente diseñados para ese fin y que a pesar de ser ejecutados por la Agencia no comprometen su decisión sobre temas de su competencia²⁵.

Tabla 11
Gerencia del conocimiento (propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Gestión del conocimiento: identificación y difusión de líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia del conflicto (incluida revisión de doctrina y jurisprudencia extranjera).	<ul style="list-style-type: none"> Estudios sobre casos de alto impacto por monto, riesgo, complejidad o número (por ejemplo, daño especial, detención preventiva). 	<ul style="list-style-type: none"> Casos de mediano impacto por monto, riesgo, complejidad o número (por ejemplo, inspección, vigilancia y control del Estado, regímenes pensionales, Sistema Interamericano de Derechos Humanos). 	<ul style="list-style-type: none"> Casos de menor impacto por monto, riesgo de pérdida, complejidad o número (por ejemplo, otras modalidades de responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidad objetiva).

Fuente: ANDJE (2012b).

Creación de una comunidad de expertos en defensa jurídica. Mediante la prestación de servicios de gestión del conocimiento, la ANDJE debe generar una comunidad de abogados internos y externos de entidades públicas interesados en compartir información sobre temas comunes y en constituir "grupos de tarea" *ad-hoc* a solicitud de la Agencia. Esta comunidad puede convertirse en el semillero de cuadros para la ANDJE y las oficinas jurídicas de las entidades públicas, y puede integrarse a través de herramientas

informáticas de bajo costo (página *web* especializada, conversaciones en línea sobre temas seleccionados, encuentros periódicos, observatorio de la gestión jurídica). Debe también facilitar la identificación de especialistas en asuntos complejos y el proceso de selección de abogados externos.

Tabla 12
Coordinación interinstitucional (propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Coordinación efectiva entre entidades responsables	<ul style="list-style-type: none"> • Conformación de grupo de trabajo entre entidades responsables. • Identificación de necesidades y prioridades de capacitación y asistencia técnica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Lanzamiento de un programa de capacitación y difusión de información en alianza con instituciones especializadas públicas o privadas. • Diseño de una red de abogados internos y externos del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluación y actualización del programa de capacitación y difusión de información en alianza con instituciones especializadas públicas y privadas. • Implementación de la red de abogados internos y externos del Estado. • Difusión de información sobre defensa jurídica.

Fuente: ANDJE (2012b).

Mecanismos de mejoramiento de la interacción entre entidades públicas y ciudadanos. La mayor parte de los conflictos puede prevenirse en sede administrativa, desde el primer momento de la interacción entre las entidades y los ciudadanos, a través de un relacionamiento equilibrado que no solo cumpla con los mandatos constitucionales y legales sobre respeto y colaboración recíprocos, sino que busque generar un ambiente de diálogo transparente y eficaz que deje satisfechas las expectativas del ciudadano²⁶. Por ello, tiene que ser parte del sistema de gestión jurídica el desarrollo de mecanismos estandarizados y amigables de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, entre otros, el uso de un lenguaje sencillo²⁷ en todos los actos y contratos administrativos, los folletos informativos, las comunicaciones oficiales y las páginas *web*, para facilitar la comprensión de las decisiones de las entidades por parte de sus usuarios y reducir el margen de interpretación en caso de conflicto. Esta función deberá coordinarse con varias instituciones, principalmente con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC), cuyos programas de "ciudadano digital" van orientados en el mismo sentido, y con la Agencia de Contratación Pública, que ya

ha establecido un nuevo portal caracterizado por el uso de formatos amigables.

Métodos alternativos de solución de conflictos (MASC)

Fortalecimiento de oficinas de peticiones/quejas/reclamos o defensorías del usuario. El ejercicio del derecho constitucional de petición²⁸ puede ayudar a prevenir conflictos si la petición, queja o reclamo (PQR, como se acostumbra decir en Colombia) es atendida oportuna y claramente por las entidades públicas. El uso frecuente de este derecho comprueba su popularidad entre los ciudadanos, y el manejo interno de la entidad pública podría identificar los riesgos asociados a esta responsabilidad estatal. Por consiguiente, es esencial potenciar las oficinas responsables de PQR (generalmente la Oficina Jurídica) o de las Defensorías del Usuario (oficinas separadas) de las instituciones del Estado como mecanismos de prevención del daño antijurídico o de conflictos derivados de él²⁹.

Utilización gradual de los MASC. La eficacia de los MASC debe pasar de antiguo anhelo del sector público colombiano a una práctica estandarizada que supere el legado de experiencias negativas y se abra a una evaluación transparente y concluyente de sus ventajas sobre soluciones litigiosas. Para hacerlos efectivos se requiere la adopción de criterios para el uso gradual de métodos alternativos informales (amigable composición, mediación) o formales (conciliación, arbitraje) en la solución de conflictos de entidades públicas que brinden certeza al funcionario responsable sobre los pasos a seguir, y ofrezcan garantías a la entidad de que se han considerado adecuadamente todos los factores involucrados antes de tomar una decisión³⁰.

Metodología de evaluación de costos y riesgos potenciales de los MASC. Basada en la metodología de medición de pasivos contingentes, puede desarrollarse una evaluación temprana de los costos y riesgos asociados a conflictos derivados del daño antijurídico en cada etapa de la utilización de MASC, análoga a la de los conflictos sujetos a litigio, pero que considere explícitamente las ventajas potenciales de los MASC en términos de costos menores de abogados o arancel judicial, tiempo de funcionarios y pago de sumas ciertas en el presente frente a responsabilidad por montos inciertos en el futuro que pueden incluir multas, intereses y corrección monetaria.

Evaluación específica de las posibilidades de éxito de los MASC:
a) Análisis estandarizado de los elementos esenciales de casos susceptibles de MASC. Para tomar una decisión sobre si procede o no

una transacción extrajudicial como resultado de la aplicación de un MASC, las entidades públicas requieren de una metodología de análisis estandarizado de las pruebas disponibles a su favor o en contra, de sentencias condenatorias reiteradas, y tasación de los daños antijurídicos, de acuerdo a las fórmulas comúnmente utilizadas en la jurisprudencia contencioso administrativa. El concepto de terceros independientes, expertos en la materia del conflicto, puede ser definitivo en casos de alta complejidad técnica (por ejemplo, cuestiones ambientales o de ingeniería). b) Estandarización del proceso de toma de decisiones sobre la utilización de cada MASC. Aunque parezca limitar la creatividad de los funcionarios, es indispensable adoptar una metodología de producción de decisiones en materia de MASC que permita verificar, en la marcha y con posterioridad, el cumplimiento de los requisitos legales, e incorpore las mejores prácticas sobre evaluación de costos y riesgos, y de posibilidades de éxito.

Utilización de cláusulas estandarizadas sobre MASC. Una de las funciones primordiales de la ANDJE es la de expedir directivas de carácter general para la prevención del daño antijurídico y la responsabilidad del Estado. Una de las primeras aplicaciones de esa facultad debe ser el uso de cláusulas estandarizadas acerca de MASC informales o formales a utilizarse en contratos administrativos³¹. La experiencia colombiana e internacional ha definido un conjunto de buenas prácticas que pueden incorporarse obligatoriamente en las formas preestablecidas que se utilicen en los contratos de entidades públicas. La eficacia práctica de estas cláusulas está en función de la claridad de sus "reglas de juego", las cuales deben anticipar múltiples situaciones y definir de antemano los pasos a seguir frente a cada una para impedir que se paralice el MASC por la inacción o desconfianza de una de las partes. El énfasis de las cláusulas de solución de conflictos que constituyen mejor práctica internacional (FIDIC o banca multilateral) es, precisamente, la movilización de la mejor experticia técnica para el esclarecimiento de los hechos que generan la disputa y la aplicación de las disposiciones del contrato en forma equitativa para las partes, de modo que no se detenga la relación contractual, sino que continúe siendo benéfica para ambas. Naturalmente, dichas cláusulas no pueden interpretarse aisladamente y necesitan ser consistentes con el conjunto del contrato (área en la que la Agencia de Contratación Pública tiene un papel clave), y deben adaptarse al entorno jurídico colombiano en consulta con expertos y grupos interesados en el país³².

Tabla 13
MASC (propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad 1	Prioridad 2	Prioridad 3
Uso intensivo de MASC	<ul style="list-style-type: none"> • Creación de grupos de trabajo interinstitucionales sobre conciliación y arbitraje. • Evaluación del potencial de la amigable composición y la mediación entre las entidades responsables. • Consulta con actores externos y expertos (por ejemplo, sociedad civil, sector privado, instituciones académicas). 	<ul style="list-style-type: none"> • Diseño de mecanismos de evaluación temprana del potencial de la conciliación (incluido análisis de costos, riesgos y pruebas). • Diseño de instrumentos que faciliten la amigable composición y la mediación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Implementación gradual de mecanismos de evaluación temprana del potencial de la conciliación (incluido análisis de costos, riesgos y pruebas). • Implementación gradual de instrumentos sobre amigable composición y mediación.

Fuente: ANDJE (2012b).

Prevención de prácticas y reclamos fraudulentos

Prevención de prácticas fraudulentas en reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Escándalos recientes relacionados con grandes obras de infraestructura³³ han revelado la frecuencia de prácticas fraudulentas en los procesos precontractuales y en la ejecución de los contratos. Aunque el efecto típico de ese tipo de sospechas es la iniciación de procesos penales y disciplinarios, mucho más efectivo puede ser el diseño de mecanismos administrativos que generan incentivos para que las compañías involucradas rectifiquen errores u omisiones de sus gerentes o empleados, o para que los gerentes y empleados revelen prácticas irregulares de las compañías. Por eso, la ANDJE puede liderar la expedición de su propia normativa sobre mecanismos administrativos aplicables a contratistas del Estado (incluidos abogados externos) que incurran en prácticas fraudulentas (independientemente del curso de los procesos disciplinarios y penales), incluidas las relacionadas con reclamos judiciales o extrajudiciales, basadas en sus propios compromisos contractuales que permita excluirlos de futuras licitaciones o procesos de selección con fundamento en actuaciones administrativas. Una buena práctica internacional es la de la banca multilateral en sus políticas de lucha contra el fraude y la corrupción en los contratos que financian³⁴.

Desarrollo de una propuesta de régimen legal sancionatorio. La gravedad de cualquier actuación que desnaturalice los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad del Estado obliga a considerar nuevos mecanismos sancionatorios que completen el catálogo de los delitos contra la administración pública, y, sobre todo, que disponga de herramientas que faciliten la comprobación del hecho o de la autoría de los imputados. Por eso, la ANDJE debe preparar propuestas legislativas para un régimen penal y administrativo contra quienes formulen reclamos fraudulentos en contra de entidades del Estado, que incluya penas económicas basadas en el monto de la pretensión y que genere incentivos también económicos para quienes denuncien o faciliten pruebas sobre dichos reclamos³⁵.

Selección y evaluación de abogados

La calidad de los productos de la gestión jurídica estatal depende de la calidad de los abogados internos y externos que trabajen al servicio del Estado, bien como parte de sus servicios de asesoría jurídica interna (generalmente en el grupo de conceptos de las oficinas jurídicas de cada entidad pública) y los que prestan servicios como litigantes (bien en los grupos de litigios de las oficinas jurídicas o como asesores externos). Hasta ahora la selección de ambos grupos ha seguido las reglas comunes de la selección de cualquier otro funcionario o contratista, como parte de un proceso liderado por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) en el marco de la carrera administrativa o de Colombia Compra Eficiente. Para los fines de la defensa jurídica es necesario complementar esas reglas con criterios específicos para la selección de abogados y distinguir los dos perfiles (asesores y litigantes), pues corresponden a funciones de alto riesgo en las que se requieren destrezas, calificaciones académicas y experiencias previas diferentes. En el mediano plazo, es posible que deba revisarse el Estatuto de la Abogacía para reconocer las particularidades de los profesionales que asumen la defensa jurídica de entidades públicas y desarrollar un régimen consistente de responsabilidades³⁶ (ver Tabla 14).

Cabe, además, considerar los asuntos siguientes:

Estandarización de procesos de selección de abogados externos. Además de las reglas generales del DAFP y Colombia Compra Eficiente, la ANDJE puede establecer, en las oficinas jurídicas que regula, un mecanismo estandarizado de selección de abogados externos para

las entidades del Estado, basado en la presentación voluntaria de las hojas de vida de los abogados interesados, su publicación para comentarios, la evaluación de las credenciales, la configuración de listas de abogados elegibles, la clasificación de acuerdo con especialidades y puntajes (por ejemplo, una lista A con perfil de magistrados de altas cortes para casos de alto impacto, y una lista B para todos los demás), y un sorteo público para la selección final³⁷. Las entidades públicas podrían seleccionar los abogados mediante sorteo de las listas preparadas por la ANDJE para cada especialidad³⁸.

Procedimientos periódicos de actualización de las listas de abogados externos. Las listas elaboradas conforme al procedimiento descrito anteriormente no pueden quedar escritas en piedra. Preocupa la tendencia detectada en algunas entidades públicas a continuar trabajando indefinidamente con los mismos abogados, independientemente de si su desempeño ha sido satisfactorio o de si han aparecido en el mercado otros abogados de igual o mejor perfil.

Estandarización de términos y condiciones contractuales con abogados externos. No existen en la actualidad criterios uniformes para la remuneración de abogados externos, lo que genera situaciones de gran disparidad. En consecuencia, la ANDJE debe adoptar modelos estandarizados de contrato con abogados externos de entidades del Estado que incluyan cláusulas con incentivos para la solución anticipada de los conflictos, reemplazo en caso de no obtener resultados satisfactorios de acuerdo a las circunstancias del caso, mecanismos expeditos para la sustitución de individuos o firmas, cálculo de honorarios basados en recuperación de costos y resultados, y promoción de asociaciones o uniones temporales en los casos en que una sola firma no pueda atender las necesidades de una entidad pública³⁹.

Evaluación de las credenciales de los abogados de las oficinas jurídicas de las entidades públicas. Aunque los abogados asesores internos de las oficinas jurídicas también requieren de una evaluación previa de sus credenciales antes de permitirles participar en el ciclo de gestión jurídica estatal, la prioridad del sistema debe ser la evaluación de quienes ejerzan la función de litigantes. Para uniformar los criterios de las entidades públicas, la ANDJE debe expedir lineamientos sobre el perfil académico y profesional de los abogados de oficinas jurídicas que pueden asumir el papel de defensores, especificando los requisitos mínimos, y la manera de probarlos y actualizarlos periódicamente⁴⁰.

Tabla 14
Selección y evaluación de abogados y actualización del Estatuto de la Abogacía
(propuesta de plan de acción de 1 a 3 años)

Eje estratégico	Prioridad Año 1	Prioridad Año 2	Prioridad Año 3
Adopción de criterios de selección y evaluación de abogados internos y externos responsables de la defensa jurídica del Estado	<ul style="list-style-type: none"> Propuesta de evaluación de perfiles académicos y profesionales de abogados actuales mediante puntaje. Propuesta de criterios uniformes de selección y modelos estandarizados de contratación de abogados externos. 	<ul style="list-style-type: none"> Adopción de criterios uniformes de selección y modelos estandarizados de contratación de abogados externos. Propuesta de criterios uniformes de selección y evaluación para abogados internos. 	<ul style="list-style-type: none"> Adopción de criterios uniformes de selección y evaluación para abogados internos. Propuesta de escalas uniformes de remuneración e incentivos para abogados externos e internos.
Actualización del Estatuto de la Abogacía en lo que respecta a los abogados del Estado	<ul style="list-style-type: none"> Consulta con actores externos y expertos (por ejemplo, sociedad civil, sector privado e instituciones académicas) sobre el régimen de abogados del Estado en el Estatuto de la Abogacía. 	<ul style="list-style-type: none"> Aplicación del régimen de abogados del Estado en el Estatuto de la Abogacía. 	<ul style="list-style-type: none"> Evaluación del impacto en el régimen de abogados del Estado del Estatuto de la Abogacía.

Fuente: ANDJE (2012b).

Defensa judicial

Una vez que han fracasado todos los mecanismos preventivos y los MASC del Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal, y es imposible evitar el litigio, los abogados de las entidades públicas deben impulsar las actuaciones procesales con el mayor vigor, en búsqueda de un resultado favorable para su cliente o empleador. Aunque los incentivos naturales para ese compromiso personal deben partir del profesional del derecho seleccionado conforme a los criterios más exigentes, el entorno institucional debe ser conducente para que ese compromiso se afiance en la marcha y la entidad pueda verificar en cualquier momento el desempeño de su contratista o empleado, superando cualquier posible asimetría de información. La situación a finales de 2012 no era la más deseable. La información del LITIGOB era confiable solo en parte (dependiendo de la entidad pública que la proporcionara), y no era completa en cuanto al contenido de las actuaciones procesales (apenas incluía un extracto de la actuación, no una copia digitalizada del documento original).

Mecanismos estandarizados de información sobre actuaciones procesales. Para efectos de generar su propia base de datos (independiente de la LITIGOB) y permitir auditorías esporádicas sobre el estado de procesos críticos, la ANDJE debe adoptar formatos *web* para que abogados internos o externos documenten sus actividades de defensa judicial de las entidades públicas ante los tribunales y reporten los avances del proceso a la entidad y a la Agencia (en casos de alto impacto) de manera estandarizada y en línea. La fórmula más eficaz para asegurar el uso de estos mecanismos por parte de abogados externos consiste en establecer una vinculación entre el pago de los honorarios pactados y la presentación de la información en la forma y tiempo dispuestos por la ANDJE, tal como ha sido práctica estándar del Distrito Capital durante los últimos años. La facilidad de los mecanismos informáticos disponibles en el mercado (por ejemplo, Google doc., Dropbox) invita a configurar carpetas estandarizadas de las piezas procesales clave en formato digital (preferiblemente accesible con paquetes estándar), de modo que puedan estar a disposición de la ANDJE o de la entidad pública demandante/demandada en cualquier estado del proceso, siendo responsabilidad del abogado el mantenerlas actualizadas.

Procedimientos estandarizados de defensa judicial. La ANDJE debe ejercer activamente su función de expedición de protocolos para el manejo estandarizado de la defensa judicial de casos de alto impacto, principalmente casos de carácter masivo, generados por hechos anti-jurídicos similares/iguales (por ejemplo, asuntos salariales, prestaciones o pensionales; casos tributarios). Estos protocolos pueden desarrollarse sobre las siguientes bases: i) *Categorización y evaluación de casos.* Selección de estrategias de defensa consistentes con una clasificación de casos, basada en complejidad e impacto. ii) *Validación de estrategias de defensa jurídica.* La ANDJE puede operar como "cámara de compensación" de mejores prácticas en materia de defensa jurídica, basada en la información que le proporcionan las oficinas jurídicas que regula.

Mecanismos de información al público sobre actividades de defensa judicial. En la sociedad moderna, la opinión pública es un actor inevitable en los grandes casos que involucran a entidades públicas. Los medios de comunicación solicitan constantemente a las entidades información sobre el estado de los procesos que las afectan, y si no quedan satisfechos tratan de obtenerla o corroborarla con otras fuentes. Aunque el formalismo procesal propicie la reserva

de algunos procesos, en la práctica es casi imposible eludir el escrutinio público en la época del Internet, y puede ser mejor invitarlo y facilitarlo antes que enfrentarse a situaciones puramente reactivas. La ANDJE no solo debe orientar a la totalidad del Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal hacia un nuevo estándar de transparencia y rendición de cuentas, sino que debe liderar con su propio ejemplo a todo el sector público colombiano.

En este sentido, compete a la ANDJE: i) promover la transparencia y la rendición de cuentas en el manejo de los casos de alto impacto para las entidades públicas, de modo que la ciudadanía reciba el máximo posible de información sobre las pretensiones y sus fundamentos, y el estado de los procesos; y ii) adoptar mecanismos de transparencia y rendición de cuentas sobre actividades de defensa jurídica de las entidades públicas que permitan el seguimiento de la ciudadanía y de organismos no gubernamentales sobre casos de alto impacto.

La ANDJE puede ir aún más allá e impulsar programas de concientización sobre el interés general en la buena marcha de las actividades de defensa judicial, que inviten a la ciudadanía y a organizaciones no gubernamentales a ejercer una veeduría de los procesos de alto impacto e incluso a aportar argumentos o pruebas en favor de una solución justa. Para el esclarecimiento de hechos que pueden generar responsabilidad del Estado, nada mejor que el apoyo de una ciudadanía consciente de sus propios derechos, respetuosa de los derechos de los demás y confiada en la legitimidad de sus instituciones, a las que ofrece voluntariamente su respaldo con información orientada a establecer la verdad. Este ciudadano puede también rechazar cualquier campaña de desinformación que invita a considerar ligeramente la litigiosidad contra el Estado como una fuente de "dinero fácil" que pueden aprovechar los más avezados.

Estrategias unificadas frente a precedentes judiciales desfavorables. La ANDJE no debe limitarse a una actitud pasiva frente a los fallos adversos de los altos tribunales. Aunque sea respetuosa de sus decisiones, puede y debe controvertirlos por los medios legales, e incluso, frente a una serie de precedentes desfavorables, puede promover un cambio de jurisprudencia que beneficie los intereses del Estado. Por consiguiente, la ANDJE debe impulsar la evaluación de precedentes jurisprudenciales desfavorables para las entidades públicas en temas como responsabilidad objetiva por actividad peligrosa, daño especial, culpa presunta, deberes de inspección,

vigilancia y control, o tasación de indemnizaciones, y preparar estudios técnicos sobre doctrina y derecho comparado orientados a promover un cambio en la jurisprudencia y su aplicación consistente. La jurisprudencia no está escrita en piedra; refleja realidades económicas y sociales cambiantes en Colombia y en el resto del mundo, y debe actualizarse permanentemente para bien del Estado y de la sociedad.

Vigilancia judicial

Dentro del modelo híbrido "desconcentrado" que seleccionó Colombia, no se espera que la ANDJE participe directamente en casos judiciales. Esa responsabilidad continúa en manos de los abogados internos o externos de cada entidad, los únicos que comparecen en su nombre ante los estrados judiciales, conocen la totalidad del expediente e interactúan con las contrapartes. Sin embargo, no bastan los poderes de regulación de la ANDJE sobre estos abogados; es necesario que la ANDJE tenga algún contacto directo con los expedientes y los despachos judiciales para verificar la información proporcionada por los abogados responsables. Por eso la ANDJE debe ejercer una función limitada de vigilancia judicial (no es un órgano de control como la PGN, pero sí puede ser parte de los procesos por mandato legal, luego tiene interés legítimo en conocerlos y eventualmente en participar en ellos).

Fortalecimiento de la gestión de información para la vigilancia judicial. La ANDJE, en alianza con las oficinas jurídicas de las entidades públicas miembros del Sistema de Defensa Jurídica y la rama judicial, debe construir y mantener bases de datos actualizadas en tiempo real que, como mínimo, incluyan información sobre: estado de los procesos, medición de los tiempos procesales, y señales de "alerta temprana".

Selección de modalidades de vigilancia judicial. No todas las tareas de vigilancia tienen que ser realizadas directamente por la ANDJE. Algunas podrían ser tercerizadas (y conviene que lo sean para beneficiarse de la opinión de un experto imparcial seleccionado en forma transparente y competitiva); otras pueden ser aplicadas de manera selectiva o aleatoria de acuerdo a un programa anual definido por la ANDJE misma.

Incentivos para el cumplimiento voluntario. La ANDJE puede diseñar un programa de incentivos para entidades públicas que cumplan o excedan los estándares de calidad que determine la Agencia,

en términos de puntualidad, cantidad y calidad de la información que proporcionan, y del cumplimiento de sus recomendaciones como resultados de vigilancia rutinaria, auditoría de gestión o visitas periódicas, como premios, listas blancas o listas negras. Se trataría de invitar a un cumplimiento voluntario de las directrices e instructivos de la ANDJE, basado en un plan de acción convenido con las entidades públicas afectadas y orientado a prevenir una intervención directa.

Mecanismos de intervención directa de la ANDJE en actuaciones judiciales. Si los mecanismos de cumplimiento voluntario no funcionan y el desempeño de la oficina jurídica en cuestión continúa siendo insatisfactorio de acuerdo con los parámetros generales adoptados por la ANDJE, esta podría considerar la posibilidad de ejercer sus facultades procesales extraordinarias, como el desplazamiento de la competencia de defensa judicial, cambio de radicación, desembargo, intervención como apoderado o interviniente, etc. Una decisión de esta índole debería estar justificada en un informe al director de la entidad pública afectada, en el que se expliquen las deficiencias encontradas y la imposibilidad de superarlas por otros medios, y se formulen recomendaciones adicionales sobre los pasos a seguir en la reestructuración o renovación de la oficina jurídica en cuestión.

Cooperación con entidades públicas del orden territorial

La ANDJE tiene competencia sobre todas las entidades públicas del orden nacional, pero puede cooperar con departamentos y municipios con los que celebre convenios en el marco de un programa de asistencia técnica.

La Ley prevé que la ANDJE adopte un reglamento sobre los términos y condiciones de los servicios de asistencia que la Agencia puede prestar a los municipios de categorías 4^a, 5^a y 6^a, los más débiles en términos de recursos y, por consiguiente, los más necesitados del apoyo de la ANDJE. Tratándose de más de mil municipios en estas categorías, es previsible que solo se pueda trabajar con ellos a través de formas asociativas que generen economías de escala y eviten la dispersión de los recursos escasos de la ANDJE.

La ANDJE también puede celebrar convenios interadministrativos con otras instituciones del orden nacional que trabajen prioritariamente en el fortalecimiento de entes territoriales (por ejemplo,

la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP), para que sus programas incluyan aspectos de defensa jurídica. El uso intensivo de cursos en línea y videoconferencias puede ser el más apropiado para capitales de departamento o ciudades intermedias que disponen de una buena conectividad.

Por otra parte, en el marco de los Contratos Plan previstos en el Plan Nacional de Desarrollo 2012-2016⁴¹, la ANDJE puede celebrar acuerdos de cooperación interinstitucional e intercambio de información con departamentos y municipios (diferentes a los de categoría 4^a, 5^a y 6^a), que definan claramente el papel de la Agencia como proveedor eventual de servicios de asesoría técnica. En consideración a los recursos limitados de la ANDJE (con un presupuesto anual cercano a los 18 mil millones de pesos), puede anticiparse que en una primera etapa será necesario adoptar una estricta política de recuperación de costos.

Finalmente, la ANDJE también puede identificar casos prioritarios de departamentos o municipios que estén afectados por reclamos judiciales (principalmente de seguridad social y laboral en los sectores de salud y educación) y proponer mecanismos expeditos para la reestructuración de pasivos, permitida por la Ley 550 de 1999⁴².

Seguimiento y evaluación

Una función crítica del Sistema Integrado de Gestión Jurídica propuesto será el seguimiento y evaluación por parte de la ANDJE del desempeño de las oficinas jurídicas miembros del sistema. En esta tarea deberían idealmente participar, además de los otros miembros del sistema, instituciones independientes, organizaciones de la sociedad civil y expertos independientes colombianos e internacionales.

7. Conclusión

Entre marzo y octubre de 2012, la ANDJE comenzó la preparación de una segunda generación de políticas públicas de defensa jurídica, basadas en investigaciones lideradas por connotados expertos nacionales e internacionales, con énfasis en casos de alto impacto en materia de responsabilidad del Estado en asuntos laborales, contractuales y extracontractuales. Naturalmente, la construcción del Sistema Integrado propuesto es un proceso de corto a mediano plazo, por lo cual se seleccionaron las áreas prioritarias para los próximos 3 años y se identificaron metas realistas y medibles. El

Aunque el formalismo procesal propicie la reserva de algunos procesos, en la práctica es casi imposible eludir el escrutinio público en la época del Internet, y puede ser mejor invitarlo y facilitararlo antes que enfrentarse a situaciones puramente reactivas.

proceso de construcción será responsabilidad principal de la ANDJE, pero requiere de una efectiva coordinación interinstitucional, principalmente con instituciones como PGN y MHCP, que son piezas clave del modelo propuesto, sin perjuicio de incluir otras entidades públicas como Colombia Compra Eficiente o DAFP. También será esencial involucrar instituciones académicas y de la sociedad civil que contribuyan con una perspectiva independiente al análisis de la problemática de la defensa jurídica.

Como institución recién creada, la ANDJE necesita también de asistencia técnica especializada que solo pueden proporcionar entidades similares de otros países. Por eso, a partir de mayo de 2012 se propiciaron alianzas estratégicas con el Federal Judicial Center (FJC), de Estados Unidos, y la Abogacía del Estado, de España. Este estudio refleja algunas de las conclusiones y recomendaciones de esas misiones, primer producto de un esfuerzo de cooperación bilateral en un área nueva para Latinoamérica.

La agenda pendiente de defensa jurídica del Estado en Colombia es descomunal. No será fácil edificar el sistema propuesto. Los incentivos de algunos actores clave permanecen orientados hacia el aprovechamiento a corto plazo de las vulnerabilidades de las entidades públicas demandadas en Colombia. Sin embargo, la creación de la ANDJE como resultado de una primera generación de políticas públicas sobre la materia señala el compromiso de las autoridades colombianas con una visión de largo plazo. El salto a la segunda generación exigirá el compromiso renovado de administraciones sucesivas y del apoyo de la ciudadanía en general. La ANDJE, como líder de un Sistema Integrado de Defensa Jurídica, puede convertirse en una "isla de excelencia" del sector público colombiano y demostrar que sí es posible enfrentar el enorme desafío de la litigiosidad desbordada, a través de políticas y estrategias claras, fruto de investigaciones rigurosas basadas en información confiable, y de una generación gradual de consensos con actores públicos y privados. El camino hacia esa segunda generación de políticas públicas ya ha comenzado a recorrerse y solo queda esperar que un liderazgo renovado lo lleve a buen término.

Notas

(1) Principalmente del tribunal supremo de lo contencioso administrativo en Colombia, el Consejo de Estado. Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, los fallos de la Corte Constitucional también han influenciado las corrientes jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado.

(2) Primeros hitos en esa serie de decisiones son las sentencias del 29 de octubre de 1992, M.P. Montes Hernández (Exp. 5946); del 26 de noviembre de 1992, M.P. Uribe Acosta (Exp. 7130); y del 11 de febrero de 1993, M.P. Suárez Hernández (Exp. 7340).

(3) Según cifras de la Contraloría General de la República (2003), la ejecución por sentencias y conciliación a nivel nacional, durante el período 1995-2002, ascendió a \$ 1,95 billones a precios del 2002. Según un informe del Banco Mundial, basado en información presentada por la Contraloría General de la República y la Contaduría General de la Nación, la responsabilidad contingente de la nación venía en aumento y se podía predecir que para el año 2006 representaría el 2% del PIB (World Bank, 2003). Ver también Ministerio del Interior y de Justicia (Colombia) y Banco Mundial (2010).

(4) El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) de Colombia fue creado por la Ley 19 de 1958. Es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que le son presentados. El Departamento Nacional de Planeación desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del CONPES, y es la entidad encargada de coordinar y presentar todos los documentos.

(5) https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/PRAP/PPS_Normatividad/3248.pdf.

(6) https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/PRAP/PPS_Normatividad/3250.pdf.

(7) <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=WSgQTUkodjQ%3d&tabid=65>.

(8) <https://www.dnp.gov.co/PND/PND20102014.aspx>.

(9) Transferencias de la nación a departamentos y municipios.

(10) A más de 320 organismos del orden nacional, se unen 32 departamentos y 1.100 municipios.

(11) Concepto que engloba acciones, hechos, omisiones, actos y contratos de entidades públicas.

(12) La Cámara de Comercio de Bogotá ha liderado el arbitraje comercial doméstico e internacional por 30 años (<http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/contenido/contenido.aspx?conID=54&catID=862>).

(13) Para el caso de la conciliación Dragacol-Ministerio del Transporte, ver <http://www.semana.com/nacion/articulo/se-cae-dragacol/50943-3>. Para el caso Claro vs. ETB, ver <http://www.semana.com/economia/articulo/etb-gana-pleito-millonario-comcel-claro/262687-3>.

(14) Artículo 75 de la Ley 446 de 1998, Decreto 1716 de 2009 y Directiva 05 de 2009. Ver, también, Alonso Guzmán y Sierra Negrete (2010).

(15) Según información proporcionada por la PGN, durante el año 2011 solo se lograron conciliaciones en un 9,14% de los casos. En 2010, el resultado fue de 5,05%, y en 2009, de 4,68%.

(16) Diagnóstico sobre competencias laborales de los abogados de la gestión jurídica pública. Proyecto: Préstamo BID/156/OC/CO, contrato N° Sub. 0000003883, diagnóstico de 32 entidades, Bogotá D.C., mayo de 2009.

(17) Artículo 2, Decreto 4085 de 2011.

(18) Artículo 18, Decreto 4085 de 2011.

(19) Artículo 17, Decreto 4085 de 2011.

(20) Artículo 20, Decreto 4085 de 2011.

(21) Una primera aproximación al concepto de "litigio estratégico" puede partir de un estudio del Banco Mundial (2012) que realizó el inventario de la jurisdicción contencioso administrativa.

(22) Una aproximación a esta metodología de medición del capital social y ambiental aparece propuesta en World Bank (2005).

(23) Entre septiembre y octubre de 2012, la ANDJE realizó un primer estudio sobre seguros y garantías a favor del Estado e inició las consultas respectivas con la Superintendencia Financiera, ANI, Colombia Compra Eficiente y Fasecolda.

(24) Artículo 277 de la Constitución Política y Decreto 262 de 2000.

(25) Banco Interamericano de Desarrollo, Colombia, Programa de Fortalecimiento de la Defensa Jurídica del Estado (co-1097). Propuesta de préstamo.

(26) Una experiencia local a considerar es la del "Defensor del Ciudadano" en el Distrito Capital, cuya función es la de verificar el cumplimiento de la "Política Distrital de Servicio al Ciudadano", velar porque los ciudadanos obtengan respuestas oportunas a sus requerimientos, se resuelvan las quejas y reclamos, y se establezcan mecanismos de participación en el diseño y prestación de sus servicios (ver Resolución SDH-000394 de 2010). Se trata de una figura diferente a la del Defensor del Pueblo y más parecida a la del "Defensor del Usuario" o "Defensor del Consumidor", corriente entre empresas privadas que prestan servicios al público en Colombia, principalmente en el sector financiero y de servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, esta figura no ha tenido el impacto esperado y necesitará de ajustes de fondo si se la quiere utilizar en instituciones del orden nacional.

(27) Una buena práctica internacional a considerar sería la del *Plain Writing Act* of 2010, de Estados Unidos.

(28) Art. 23 CP. Sent. T-98, Mar. 7/94, C. Const., M.P. E. Cifuentes.

(29) En octubre de 2012 la ANDJE preparó un proyecto de Decreto reglamentario del artículo 53 de la Ley 190 de 1995, y del numeral 7 del artículo 7° de la Ley 1437 de 2011, que ordenan a las entidades públicas atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.

(30) Puesto que esta materia debe coordinarse estrechamente con la PGN en todo lo relacionado con conciliación, entre agosto y octubre de 2012 la

ANDJE realizó un estudio preliminar sobre el potencial de la conciliación que, además de contener propuestas específicas para el fortalecimiento de los comités existentes en cada institución pública, incluidas algunas reformas legales, proponía la creación de comités sectoriales de conciliación que pudieran avalar lo decidido por los primeros.

(31) Deberá coordinarse con la Agencia de Contratación Pública y con los organismos del control. Una buena práctica internacional a considerar sería la de los documentos estándar de licitación armonizados por la banca multilateral y los de la FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) para contratos de obra pública.

(32) Entre septiembre y octubre de 2012, la ANDJE preparó modelos de cláusulas de MASC basados en mejores prácticas internacionales, y comenzó el diálogo con la ANI y Colombia Compra Eficiente para promover su uso generalizado.

(33) Sobre el caso Nule, ver <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790-3>.

(34) Sobre el procedimiento administrativo de descalificación de contratistas ("debarment process"), ver <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:50002288~pagePK:84271~piPK:84287~theSitePK:84266,00.html>.

(35) Una buena práctica internacional a considerar sería la contenida en *The False Claims Act*, 31 U.S.C. § 3729 de Estados Unidos.

(36) En octubre de 2012, por solicitud del MJD, la ANDJE preparó un primer borrador del capítulo sobre "Ejercicio de la Abogacía al Servicio del Estado" para ser incorporado en el proyecto del Estatuto del Abogado.

(37) Este procedimiento tendría como precedente el de selección de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá.

(38) Entre agosto y octubre de 2012, la ANDJE preparó un paquete completo de instrumentos normativos y operativos para la selección y evaluación de abogados externos (incluido un reglamento completo de todos los procesos de conformación de listas por cuantía y especialidad, y plantillas electrónicas inteligentes para postulaciones externas y evaluaciones internas), e inició las coordinaciones necesarias con Colombia Compra Eficiente.

(39) Entre septiembre y octubre de 2012, la ANDJE preparó los primeros borradores de modelo de contrato estándar de servicios de asesoría jurídica y representación judicial (con base en el tiempo trabajado, sobre una suma global, para individuos y para firmas, menor y mayor cuantía) e inició las consultas respectivas con Colombia Compra Eficiente.

(40) Deberá coordinarse con el DAFP.

(41) <https://www.dnp.gov.co/Gobierno/ContratosPlan.aspx>.

(42) Deberá coordinarse con la Superintendencia de Sociedades, MHCP y DNP.

Bibliografía

- Alcaldía Mayor de Bogotá (2007), "La defensa judicial y extrajudicial de los intereses de los Estados iberoamericanos: una experiencia a partir de los modelos de defensa jurídica del Estado", Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Alonso Guzmán, María Constanza (2010), *Bases de la política de prevención del daño antijurídico*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Alonso Guzmán, María Constanza y Sierra Negrete, Jorge Enrique (2010), *Guía para el estudio de las solicitudes de conciliación extrajudicial: preguntas frecuentes sobre el funcionamiento de los comités de conciliación*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Alviar García, Helena ... [et al] (2006), "¿Justicia mediante litigio? Reparación y extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado", Bogotá, Centro DJS. Documento final de informe de consultoría.
- ANDJE (2012a), "Los 536 procesos judiciales más costosos para la nación: informe de recaudo y validación de información", Bogotá, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Dirección de Gestión de Información. Primer informe.
- _____ (2012b), "Propuesta de política pública de defensa jurídica del Estado", Bogotá, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Dirección de Políticas y Estrategias.
- Banco Mundial (2011a), "Diagnóstico de la congestión en los juzgados civiles municipales de Bogotá", Washington, Banco Mundial.
- _____ (2011b), "Diagnóstico de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa de Bogotá", Washington, Banco Mundial.
- _____ (2012), "Plan especial de descongestión en la jurisdicción contencioso administrativa: fase de diagnóstico", Bogotá, Banco Mundial. Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica. Región de América Latina y el Caribe.
- Bernard, Yohann (2005), Políticas de defensa judicial y de prevención de la responsabilidad del Estado francés, Bogotá, mimeo.
- Consejo de Defensa del Estado (Chile) (2009), "Balance de gestión integral 2009", Santiago, Consejo de Defensa del Estado.
- Contraloría General de la República (Colombia) (2003), "Sentencias y conciliaciones en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad: ¿el Estado condenado?", Bogotá, Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad. Dirección de Estudios Sectoriales.
- De Vivero Arciniegas, Felipe (2010), *La responsabilidad extracontractual del Estado*,

- Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Galvis Patiño, María Clara (2011), *La Procuraduría General de la Nación y los casos ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación.
- Jiménez Salazar, Andrés (2010), *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en asuntos laborales del Estado*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Colombia) (2011), *Metodología: valoración de pasivos contingentes por procesos judiciales y conciliaciones en contra de las entidades estatales*, Bogotá, Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. Subdirección de Riesgo.
- Ministerio del Interior y de Justicia (Colombia) (2008), "Estudio técnico de fortalecimiento del Ministerio del Interior y de Justicia", Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.
- _____ (2010), *Informe sobre la actividad conciliatoria de las entidades estatales: una aproximación a la eficacia e impacto del requisito de procedibilidad en lo administrativo*, Bogotá,
- Ministerio del Interior y de Justicia.
- Ministerio del Interior y de Justicia (Colombia) y Banco Mundial (2010), "Memorias del Proyecto Fortalecimiento Institucional del Sistema de Gestión de Demandas Legales", Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia; Banco Mundial.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (Colombia) (2012), "Creación de la nueva Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado", Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho (Estudio Técnico).
- Veleño Quintero, Martha Yaneth (2010), *Gerencia jurídica pública: conceptualización para la construcción de la política pública alrededor del concepto de "gerencia jurídica pública"*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, mimeo.
- World Bank (2003), Program Document of the International Bank for Reconstruction and Development to the Executive Directors, Washington, Colombia-Mexico Country Management Unit. Latin America and the Caribbean Region (Report N° 25476 CO), mimeo.
- _____ (2005), *Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21st Century*, Washington, World Bank.