



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA ACTIVIDAD LITIGIOSA:**

## **¿UNA ESTRATEGIA DE EFICACIA JUDICIAL O UN PRESUPUESTO DE GARANTÍA PATRIMONIAL?**

**María José Hernández Burbano**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Línea Investigativa  
Bogotá, Colombia  
2013

# **DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA ACTIVIDAD LITIGIOSA:**

## **¿UNA ESTRATEGIA DE EFICACIA JUDICIAL O UN PRESUPUESTO DE GARANTÍA PATRIMONIAL?**

**María José Hernández Burbano**

Tesis presentada como requisito para optar al título de  
**Magister en Derecho**

Director  
**Ph.D Jairo Estrada Álvarez**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Línea Investigativa  
Bogotá, Colombia  
2013

*Al universo que sabiamente ha modelado las circunstancias para materializar aprendizajes continuos y búsquedas perennes.*

*“Si no se persevera, no se es creador. La creación es ante todo, voluntad. Nuestra acción creativa es una acumulación de fuerza y de paciencia”.*

*Jodorowsky*

## **Agradecimientos**

A mi familia que ha impulsado con fuerza y determinación los diversos retos que ha exigido éste trasegar, diseñado con el único propósito de aprender y trascender.

A aquellos cómplices, maestros todos, que apoyaron ésta búsqueda desde sus diversas realidades y quehaceres, e impulsaron reconocer la grandeza que deviene del aprendizaje continuo de la ruta más que de la meta.

A mi director, profesor Jairo Estrada Álvarez, que acompañó éste caminar, desde su conocimiento, pedagogía en la orientación y acertada dirección académica y humana en la consecución de ésta investigación.

## Resumen

En las últimas décadas el equilibrio fiscal se ha visto amenazado por el incremento desmesurado de la actividad litigiosa del Estado, originado en el auge de acciones en su contra, conduciéndolo a ser catalogado como un litigante frecuente perdedor.

Ante el riesgo de desborde en las finanzas públicas, y por iniciativa gubernamental se modeló el comportamiento de la administración en los estrados judiciales desde una perspectiva de valoración de pasivos contingentes, lo que permitió calcular anticipadamente la probabilidad de fallo condenatorio, con el fin de apropiar presupuestalmente las partidas necesarias para garantizar el pago de sentencias y conciliaciones. La metodología del modelo contingente litigioso fue desarrollada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya valoración incorpora componentes cualitativos y cuantitativos históricos que a partir de conceptos probabilísticos como las Redes Bayesianas y la Teoría de Juegos, viabilizan el establecimiento de las contingencias.

La presente investigación se orienta a advertir que pese a las iniciativas legislativas para mitigar la problemática de la actividad litigiosa en Colombia en clave de racionalización presupuestal, las mismas no han asegurado materializar una reducción efectiva de las condenas, ya que el Estado se ha convertido en un mero ente pagador de sentencias, incapaz de instrumentalizar eficientemente las estrategias de una defensa jurídica integral y proactiva, como presupuestos de las políticas de modernización del Estado en términos de Gerencia Jurídica Pública y prevención del daño antijurídico. Por ello, cobra relevancia la apertura hacia la discusión en torno a los diseños institucionales implementados para encarar la realidad de la defensa estatal, desde la reformulación de las políticas públicas y el análisis de sus costes en términos de sostenibilidad fiscal y producción normativa, capaces de modelar una reingeniería institucional.

**Palabras clave:** Defensa Jurídica Estatal; Pasivos Contingentes; Gerencia Jurídica Pública; Prevención del Daño Antijurídico; Actividad Litigiosa; Abogacía Estatal; Sostenibilidad Fiscal.

## Abstract

In recent decades, the fiscal balance has been threatened by the disproportionate increase in state litigation activity, resulted in the rise of action against them, leading him to be listed as a frequent litigant loser.

At the risk of flooding in public finance, government created a model to analyze the administration in courts from a valuation perspective of contingent liabilities, which made it possible to calculate in advance the likelihood of conviction, in order to obtain a financial adjustment on the essential items to ensure payment of judgments and settlements. The disputed contingent model methodology was developed by the Ministry of Finance and Public Credit, whose measurement incorporates qualitative and quantitative components from historical probabilistic concepts as Bayesianic Networks and Game Theory, making the establishment of contingencies feasible.

This research focuses on the notion that despite efforts to mitigate the problem of litigation activity in key rationalization of the Colombian budget, they have yet to secure and incorporate an effective method of reducing the number of sentences. The state has become a payer of statements, incapable of exploiting the strategies of a comprehensive, proactive and efficient legal defense system, as budgets modernization policies of the state in terms of Public legal Management and prevention of unlawful damage. Therefore, the opening becomes relevant to the discussion of the institutional designs implemented to face the reality of the state defense system, since the reformulation of public policy and the analysis of its costs in terms of fiscal sustainability and production rules, capable of institutional re-engineering model.

**Keywords:** State Legal Defense, Contingent Liabilities, Public Legal Management, Prevention of unlawful damage, litigation activity, State Bar; Fiscal Sustainability.

# Contenido

Resumen.....	V
Abstract.....	VI
Contenido.....	VII
Lista de Tablas.....	X
Lista de Gráficas.....	XI
Introducción.....	1
<b>1. CAPÍTULO PRIMERO: LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COMO PRESUPUESTO DE LA GERENCIA PÚBLICA.....</b>	<b>6</b>
1.1 ORIGEN DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD .....	7
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DEFENSA JURÍDICA ESTATAL ...	15
1.3 LA DEFENSA JURÍDICA ESTATAL Y ALGUNOS MODELOS DE GERENCIA PÚBLICA .....	20
1.3.1 MODELO ESPAÑOL.....	21
1.3.2 MODELO FRANCÉS.....	23
1.3.3 MODELO CHILENO.....	24
1.3.4 MODELO PERUANO .....	27
<b>2. CAPÍTULO SEGUNDO: EL DISEÑO Y LA IMPLEMENTACIÓN INSTITUCIONAL DEL MODELO DE PASIVOS CONTINGENTES EN EL MARCO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN JURÍDICA ESTATAL .....</b>	<b>30</b>
2.1 LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA INTEGRAL DEL ESTADO COMO RESPUESTA A LOS RETOS DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO .....	31
2.1.1 MARCO JURÍDICO DE LA DEFENSA ESTATAL .....	33
2.1.1.1 FASE PRELIMINAR (1997 – 2000) .....	34
2.1.1.2 FASE DE DESARROLLO (2001 - 2004).....	37

---

2.1.1.3 FASE FINAL (2007 - 2011).....	46
2.1.2 RACIONALIZACIÓN NORMATIVA VRS. POLUCIÓN NORMATIVA .....	52
2.1.3 MODELO DE GESTIÓN PARA LAS ÁREAS JURÍDICAS.....	56
2.1.4 SISTEMA ÚNICO DE GESTIÓN E INFORMACIÓN LITIGIOSA DEL ESTADO -LITIGOB FASE II-.....	57
2.1.5. PLAN DE PROFESIONALIZACIÓN DE LOS GESTORES JURÍDICOS ....	61
2.2 EL MODELO DE VALORACIÓN DE PASIVOS CONTINGENTES EN LA ACTIVIDAD LITIGIOSA COMO DISEÑO INSTITUCIONAL.....	65
2.2.1 METODOLOGÍA DE VALORACIÓN DEL MODELO CONTINGENTE .....	67
2.2.1.1 VALORACIÓN CUALITATIVA DEL PROCESO .....	71
2.2.1.1.1. CONCEPTO DEL ABOGADO: .....	71
2.2.1.1.2 NIVEL DE JURISPRUDENCIA.....	74
2.2.1.2. VALORACIÓN CUANTITATIVA DEL CONTINGENTE ASOCIADO AL PROCESO.....	74
2.2.1.2.1 PROBABILIDAD DE FALLO EN CONTRA .....	74
2.2.1.2.1.1 Probabilidad Base.....	74
2.2.1.2.1.2 Frecuencia Histórica de Fallos en Contra.....	75
2.2.1.2.1.3 Éxito del Abogado.....	76
2.2.1.2.1.4 Nivel de Error.....	76
2.2.1.2.1.5 Probabilidad Final de Pérdida .....	76
2.2.1.2.2 VALOR DE LA OBLIGACIÓN CONTINGENTE .....	77
2.2.1.2.2.1 Valor Básico del Contingente .....	77
2.2.1.2.2.2 Valor Final del Contingente.....	78
2.2.1.3.ESQUEMA DE APROPIACIÓN Y PAGO .....	79
2.2.2 ALCANCES DEL MODELO CONTINGENTE.....	81
2.3. ESTRATEGIAS DE FORMULACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRALES EN TÉRMINOS DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.....	82



---

<b>3. CAPÍTULO TERCERO: ALCANCES DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO: LA REALIDAD DEL MODELO CONTINGENTE EN COLOMBIA Y TRASPLANTES JURÍDICOS INTERNACIONALES .....</b>	<b>87</b>
3.1 EXAMEN DEL INSTRUMENTO CONTINGENTE: REGULACIÓN FISCAL A TRAVÉS DEL PAGO DE CONDENAS VRS. DEFENSA EFICAZ DEL ESTADO.....	88
3.2. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO DESDE LA MIRADA INTERNACIONAL.....	101
3.2.1 FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EQUIPOS DE LITIGIO INTERNACIONAL.....	102
3.2.2 ESTRATEGIAS DE DEFENSA INTERNACIONAL Y TRASPLANTES JURÍDICOS.....	105
3.3. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA JURÍDICA INTEGRAL ANTE LA REALIDAD LITIGIOSA PLURIVALENTE Y COMPLEJA .....	107
3.3.1 PROTAGONISMO DE LA ACADEMIA EN EL DISEÑO DE ESTRATEGIAS DE DEFENSA JURÍDICA ESTATAL.....	108
3.3.2 CONSOLIDACIÓN DE UN ARQUETIPO DE DEPARTAMENTO JURÍDICO ESTATAL.....	110
3.3.3 EL FORTALECIMIENTO CONCEPTUAL DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO COMO RESPUESTA A LAS NECESIDADES DE LA DEFENSA DE LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL.....	112
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>129</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>133</b>

## Lista de Tablas

<b>Tabla 1</b> - TIPOLOGÍA DE LITIGANTES Y CONFLICTOS.....	11
<b>Tabla 2</b> - ÍNDICE DE EFECTIVIDAD JUDICIAL. FISCO DEMANDADO POR CAUSAS TERMINADAS (Civiles, Penales, Laborales y Expropiaciones).....	26-27
<b>Tabla 3</b> - COMPONENTES DEL PROGRAMA P.R.A.P.....	32
<b>Tabla 4</b> - AVANCES PERIODO 2006-.....	40
<b>Tabla 5</b> - FASES DEL ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA REGULACIÓN -A.I.R.....	54-55
<b>Tabla 6</b> - PROBLEMÁTICA DEL LITIGOB Y FORMULACIÓN DE RECOMENDACIONES... ..	59-61
<b>Tabla 7</b> - CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS EMPÍRICO.....	69
<b>Tabla 8</b> - CRITERIOS DE CALIFICACIÓN PROCESAL CUALITATIVA.....	71
<b>Tabla 9</b> - REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL P.R.A.P.....	88-89
<b>Tabla 10</b> - METODOLOGÍA DE DESEMPEÑO INSTITUCIONAL A LA GESTIÓN DE ACTIVOS DE LA NACIÓN.....	89-91
<b>Tabla 11</b> - VALOR PRESENTE NETO PASIVOS CONTINGENTES (Incluido Proceso INCORA).....	94
<b>Tabla 12</b> - VALOR PRESENTE NETO PASIVOS CONTINGENTES (Sin incluir Proceso INCORA).....	95
<b>Tabla 13</b> - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES (2004 – 2010).....	96
<b>Tabla 14</b> - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR NÚMERO DE PROCESOS - Vigencia 2009.....	97
<b>Tabla 15</b> - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR NÚMERO DE PROCESOS -Vigencia 2012.....	98
<b>Tabla 16</b> - ACCIONES INSTITUCIONALES DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO (A.I.D.A.).....	100
<b>Tabla 17</b> - REPORTE DE CONDENAS INTERNACIONALES MÁS REPRESENTATIVAS INTERPUESTAS POR LA C.I.D.H.....	103
<b>Tabla 18</b> - COMPETENCIAS PROFESIONALES DEL ABOGADO.....	109
<b>Tabla 19</b> - PROPUESTA DE REFORMA INSTITUCIONAL.....	117-118
<b>Tabla 20</b> - ADMINISTRACIÓN CENTRAL NACIONAL -A.C.N.- EJECUCIÓN PRESUPUESTAL POR SENTENCIAS Y CONCILIACIONES POR SECTORES.....	121
<b>Tabla 21</b> - REPORTE DEMANDAS CONTRA EL ESTADO (N Procesos-V Pretensión) VIGENCIA 2009.....	122
<b>Tabla 22</b> – PASIVOS CONTINGENTES ACTIVIDAD LITIGIOSA PROYECCIÓN ANUAL DE PAGO.....	127

## Lista de Gráficas

<b>Gráfica 1</b> - PORCENTAJE DE PROCESOS CONTRA LA NACIÓN EN CUANTÍA SUPERIOR A 2000 SMLMV COORDINADOS AL AÑO .....	40
<b>Gráfica 2</b> - ADMINISTRACIÓN CENTRAL NACIONAL - EJECUCIÓN PRESUPUESTAL POR SENTENCIAS Y CONCILIACIONES (2003-2008) .....	120
<b>Gráfica 3</b> - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CONCENTRACIÓN DE PROCESOS (Vigencia 2009).....	123
<b>Gráfica 4</b> - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CONCENTRACIÓN DE PRETENSIONES (Vigencia 2009).....	123
<b>Gráfica 5</b> - PRETENSIONES CONTRA EL ESTADO Y BALANCE GENERAL (2010-2011).....	126



## Introducción

Los procesos de modernización del Estado producto de las mutaciones sociales y estructurales de los nichos gubernamentales, como el reduccionismo de las entidades públicas, su coetaneidad en el funcionamiento deficiente y la comisión de irregularidades en el ejercicio de funciones, han conllevado al surgimiento de procesos en su contra y su evidente congestión. De otra parte, la incumplida aplicación de justicia que violenta mínimos fundamentales, sumada a los padecimientos onerosos de los usuarios del sistema judicial, han propiciado que el Estado se vea envuelto en procesos de condena frente a los cuales en su mayoría ha omitido agotar los mecanismos legales y constitucionales de defensa, razón por la cual se ha generado un desajuste fiscal que ha descompensado la inversión de lo público en políticas de cambio social.

La asunción de mayores obligaciones por parte del Estado, que mutaron desde un escenario de irresponsabilidad estatal hasta el aseguramiento de los asociados en términos de bienestar y garantismo social, contribuyó a la ampliación del cuadrante de responsabilidad de la administración por la acción u omisión de sus agentes en forma directa o indirecta.

De ahí que, el Estado consuetudinariamente se haya visto avocado a hacer presencia en sede judicial, mayoritariamente como sujeto pasivo de la acción, pese a su protagonismo permanente, no ha aprehendido a ejercitar eficazmente una legítima defensa de los intereses litigiosos de la administración.

Aunado a lo anterior, la cultura jurídica de nuestro país caracterizada por la importación permanente de diseños institucionales y modelos extranjeros de organización política y gubernamental, ha contribuido a la implantación de realidades legislativas diferentes, que muchas veces no se compadecen con la problemática social y económica de nuestro entorno y las necesidades de los asociados. Éste distanciamiento entre los regímenes normativos y la realidad coadyuva a la desproporción e incoherencia entre el derecho formal y su eficacia en términos de satisfacción de necesidades y el pretendido acercamiento del ser humano al mundo de la regulación de las relaciones sociales.

Como lo afirma Mauricio García Villegas, “(...)no hemos podido superar la etapa colonial, doscientos años apegados a los ritos y las pompas de la vida republicana (...)”, que si bien nos constituyen en una nación joven, indefectiblemente caemos en el riesgo de la

inmadurez, lo cual resulta ser “(...)una advertencia de que si no abandonamos esa crisálida épica y poderosa que nos aprisiona, nunca lograremos levantar el vuelo (...)”<sup>1</sup>.

Esta afirmación nos permite recordar que el aprisionamiento ha condicionado la evolución de la cultura jurídica colombiana, que *per se* ha conducido al desbarrancadero institucional por la adopción de directrices gubernamentales que distan de satisfacer las necesidades integrales en el contexto nacional. Tales directrices dan cuenta de diseños institucionales provenientes de organismos internacionales o élites, cuya voluntad política en buena medida tiende a mimetizarse a través de proyectos de inversión social y no aseguran la evolución de los regímenes gubernamentales respecto al aseguramiento de los mínimos de sus asociados.

De ahí que, la verdadera instrumentalización de una determinada cultura jurídico-política depende del originalismo de su contexto de desarrollo idiosincrático, de su quehacer respecto de usos y costumbres y la autenticidad de sus experiencias, que muchas veces tiende a escapar del legalismo de sus fuentes y la simetría de las grandes teorías.

Diego López Medina por su parte, asegura que las teorías resultan ser parasitarias, porque hay presencia de un distanciamiento entre los sitios de producción y la aplicación de los referentes jurídicos (dicotomías entre la creación, el trasplante y la interpretación), por lo que se requiere reconstruir teóricamente la cartografía del poder político y la cultura jurídica de América Latina, a partir de la autodeterminación de las reglas jurídicas que deben procurar la potencialización de la relación Estado-asociados, minimizando el riesgo de las Constituciones aéreas que permiten el libertinaje normativo y están lejanas de la realidad social<sup>2</sup>.

Así, la presencia de copias sistemáticas de referentes extranjeros, da cuenta de que la calidad en la aprehensión del derecho es muy baja y poco funcional en términos de implantación efectiva y eficiente de políticas públicas estatales acompañadas con la realidad del país, lo cual permite cuestionar la coherencia de la formulación de los proyectos y políticas públicas en el derecho colombiano.

Por ello, la copia fiel de herramientas exógenas ha contribuido al fracaso de los sistemas jurídicos de los países del tercer mundo y al empoderamiento político de los poderosos - imperialismo cultural-, por lo que se pretende renovar el pensamiento jurídico a partir de nuevas narraciones y genealogías de construcciones propias, que deben entender el derecho como una herramienta de infraestructura que atiende los costos sociales de transacción y posibilita una producción jurídica creativa a nivel nacional.

---

<sup>1</sup> GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Los países y las mariposas”, Publicado en *Semana*, Julio 23 de 2010.

<sup>2</sup> Debate *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos en Latinoamérica*. Ponentes: Daniel Bonilla Maldonado y Diego López Medina. Bogotá, Abril de 2010. Nuevo Pensamiento Jurídico. Coedición. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Bogotá, 2009.

Como se mencionó anteriormente, el Estado tiene la obligación constitucional de proteger y garantizar los mínimos fundamentales de todos los ciudadanos, exigencia que implica la ampliación del sentido del cumplimiento y la universalización de la capacidad de reparación estatal integral, cuando las actuaciones propias de la administración resultan ser lesivas, por lo que la timidez en el tema de la defensa jurídica y los reductos de importación de políticas públicas lejanas al contexto nacional han logrado avanzar hacia escenarios de discusión y actualidad, y posicionar el tema en el orden del día.

Tal es el caso de la violación sistemática de los derechos humanos que ha obligado a la sociedad y al Estado a asumir el costo económico del conflicto armado, caracterizado por preponderar permanentemente el cálculo político a la previsión social y humanitaria de sus asociados, por lo que ésta “bola de nieve litigiosa” debe no solo encararse desprevénidamente como un tema de coyuntura, sino como la posibilidad de repensar una política pública de prevención del daño antijurídico, ya que asumirse irresponsablemente inclina la balanza en favor del desbordamiento paulatino de las finanzas públicas y el riesgo inminente de un desequilibrio fiscal irreversible.

Teniendo en cuenta la importancia que comporta ésta discusión por el crecimiento de éste fenómeno, la responsabilidad social y política que le atañe al ente estatal y el no ejercicio de una verdadera defensa jurídica, ésta investigación pretende analizar los efectos e impactos que representan para el Estado Colombiano los fallos en su contra, que se han traducido en las múltiples condenas que le han sido impuestas con relación a su desempeño como garante universal de los derechos de los asociados, así mismo, las diversas respuestas legislativas que han tratado de encarar dicha problemática, y el riesgo de desborde fiscal por el pago exagerado de las acciones fallidas, situación que llevó a modelar la actividad litigiosa desde una perspectiva de valoración de pasivos contingentes, que pretende minimizar la afectación de los dineros públicos producto del aumento de sentencias y de los intereses moratorios por su pago inoportuno, pero que no asegura la apropiación del ejercicio de una defensa jurídica acertada y proactiva.

Nos preguntamos entonces, si el Estado colombiano realmente acuña una estrategia política de defensa eficaz y eficiente que permita fortalecer su actuación jurídica en los estrados judiciales cuando es sujeto pasivo de la acción, o simplemente funge como un ente pagador de condenas sin instrumentalizar una verdadera abogacía estatal, reduciendo su protagonismo a la aplicación frívola del cálculo de las contingencias sin materializar una verdadera Gerencia Integral de lo Público.

En este sentido, la presente investigación plantea la siguiente hipótesis: *¿EL ESTADO COLOMBIANO POSEE UNA ESTRATEGIA EFICAZ DE DEFENSA JURÍDICA COMO SUJETO PASIVO DE LA ACTIVIDAD LITIGIOSA O SU ACTUACIÓN SE LIMITA A GARANTIZAR PRESUPUESTALMENTE EL PAGO DE LOS FALLOS DE CONDENA A PARTIR DEL CÁLCULO DE PASIVOS CONTINGENTES?*

Así las cosas, lo que se pretende mostrar es que el Estado colombiano, no posee una estrategia eficaz de defensa jurídica cuando interviene como protagonista de la actividad

litigiosa, ya que su actuación en gran medida se limita a garantizar presupuestalmente el pago de las condenas a partir de la aplicación del modelo de pasivos contingentes, sin ejercitar una defensa jurídica integral de sus intereses.

Es necesario advertir que éste trabajo se apertura hacia la inquietud que plantea la relación derecho y economía, es decir la exploración y el rescate de las bondades de la interdisciplinariedad, permitiendo el análisis de la cartografía de la defensa jurídica estatal que ha protagonizado la discusión en clave de racionalización de recursos, la transición del modelo de servicio hacia una gestión o gerencia de lo público y el análisis de los diseños institucionales que comportan la necesidad de visualizar los costes económicos de producción y transacción de los diferentes actores que participan en el intercambio económico y político.

Con fines metodológicos la presente investigación se ha estructurado en tres capítulos, cuya pretensión no es otra que alertar sobre la inminencia del problema litigioso en Colombia y el auge de las demandas instauradas en contra del Estado, situación que ha sido avocada por el Gobierno desde la perspectiva del cálculo y previsión de las contingencias judiciales mediante el modelo de pasivos contingentes, el cual se orienta a calcular anticipadamente la probabilidad de fallo condenatorio de la Nación, procurando reducir la afectación de los dineros públicos como consecuencia del incremento de las sentencias e intereses moratorios por su pago inoportuno.

En éste orden de ideas, el Primer Capítulo está dedicado a contextualizar la problemática de la defensa jurídica estatal, desde su origen que supone la teoría de la responsabilidad, hasta su repensamiento que se enmarca en el planteamiento de los nuevos modelos de Gerencia Jurídica Pública a nivel internacional, que para algunos se han constituido en los presupuestos de la modernización del Estado, a partir de diversas estrategias de transversalización del sistema. Por ello, se aborda la responsabilidad estatal desde un sentido histórico-político, y su impacto económico en el sistema jurídico a partir de la pretendida armonización entre su consagración normativa y su aplicación fáctica.

El Capítulo Segundo aborda los diseños institucionales que fueron acogidos por nuestro país, a partir de la preocupación que comportaba la Defensa Jurídica del Estado en la discusión nacional, en especial por su forma de impactar económicamente las finanzas públicas y las repercusiones políticas a nivel interno e internacional. La apuesta por ésta oleada de reformas supone la presentación del diseño y la implementación del modelo para el cálculo de pasivos contingentes en lo relacionado con sentencias y conciliaciones y las diversas alternativas de gerencia pública estatal en términos de racionalización normativa, modelos de gestión jurídica, implementación de sistemas de información y planes de profesionalización de los gestores jurídicos.

Finalmente, el Capítulo Tercero se ocupa de presentar los alcances de la política pública de defensa jurídica estatal desde el examen del instrumento diseñado para el cálculo de contingencias judiciales, en términos de eficacia en la prestación y administración de los servicios de justicia, así como el entendimiento de la figura desde la perspectiva de los financiadores internacionales y el apoyo multilateral, que ha contribuido a la



conformación de estrategias y equipos de litigio internacional. Ante el reto de la consolidación de una estrategia de defensa jurídica integral se evoca la potencialización de la Academia como soporte del engranaje institucional, coadyuvante en el fortalecimiento de la Abogacía del Estado como la alternativa que plantea el enfrentamiento de la administración frente al desbordamiento de los asuntos litigiosos que impactan negativamente las finanzas públicas.

# 1.CAPÍTULO PRIMERO: LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COMO PRESUPUESTO DE LA GERENCIA PÚBLICA

En el presente capítulo se evidenciará la problemática de la defensa jurídica estatal desde su función transversalizadora del sistema, que se conceptualiza desde el planteamiento de los modelos de Gerencia o Gestión Jurídica Pública que presuponen la modernización del Estado.

En éste orden de ideas, se presenta la noción preliminar de la figura desde su trasiego histórico, que incorpora la tesis de la responsabilidad, el impacto de su inclusión normativa y la aplicación fáctica, a través de los diversos movimientos de reformas que se han dinamizado en torno a algunos modelos de gerencia pública.

Ante la crisis de legitimidad institucional del Estado en términos de eficiencia y eficacia en la materialización de sus planes y políticas gubernamentales, se advirtió la necesidad de implementar las categorías que ofrecía el sector privado para el manejo de sus empresas, importando nuevas técnicas de administración y direccionamiento del Estado, como la potencialización de los recursos económicos y humanos en el desempeño funcional, la racionalización del sistema a través de políticas de calidad, planeación institucional, instrumentalización de planes de evaluación, control y mejora, el entendimiento integral e integrado del quehacer de lo público, el respeto por los derechos de los clientes internos y externos a los que se debe la administración, el análisis de impacto en los resultados, el desarrollo humano, las nuevas tecnologías de la información y comunicación, entre otros, aspectos que posibilitaron la transición gubernamental hacia la modernización estatal desde la concepción de la gerencia de lo público.

La Directiva Presidencial 10 de 2002 y la Ley 909 de 2004<sup>3</sup> se constituyen en las primeras disposiciones que buscaron la implementación de un Sistema de Gerencia Pública en Colombia, que se puede definir como “(...)el conjunto de previsiones,

---

<sup>3</sup> Título VIII. “*De los principios de la Gerencia Pública en la Administración*”.

instrumentos y mecanismos dirigidos a delimitar y particularizar el ejercicio gerencial, en tanto que se reconoce su especial incidencia en el logro de los objetivos y metas de las entidades y organismos públicos y en el mejoramiento de la gestión pública(...)<sup>4</sup>. Así las cosas, la Gerencia Pública se constituye en un elemento esencial de diseño, implementación y operación de los sistemas de control en la gestión para alcanzar el desarrollo institucional de las entidades públicas, en consonancia con el cumplimiento de sus objetivos desde un criterio de eficientismo en el logro de sus resultados.

Por lo anterior, ésta concepción de Gerencia Pública se constituye en protagonista de la esfera de renovación gubernamental, en tanto que supone la potencialización de la capacidad de la administración para la toma de decisiones respecto a un funcionamiento más armónico e integral de su gobernabilidad, a través de la minimización de la incertidumbre de los asociados frente al desempeño institucional a la luz de planes de mejoramiento, participación ciudadana, desarrollo de competencias y prestación eficiente del servicio misional, que deben obedecer a la materialización de los fines estatales desde un enfoque sistémico y transdisciplinar.

## **1.1 ORIGEN DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD**

Las crecientes obligaciones adquiridas por el Estado en su afán de garantizar el desarrollo armónico de la matriz social, condujeron a que asumiera los retos de la modernización relacionados con las nuevas exigencias de los sistemas democráticos y el protagonismo de la ciudadanía como agente dinámico permeabilizador de las relaciones institucionales.

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba al Estado como una organización soberana, absoluta e irresponsable frente a sus asociados, es decir que su actuación era indiscutible y los daños causados por su actividad no generaban compensación alguna. Éste absolutismo estatal fue encontrando limitaciones, tendientes a incluir incipientes categorías de responsabilidad, que si bien observaban la construcción abstracta de ésta persona pública, -que no actúa directamente sino a través de sus representantes-, fueron motivando la asunción de mayores obligaciones. En primera instancia, erigió la figura de la responsabilidad indirecta, es decir por la actuación de sus agentes la administración respondía como un hecho ajeno teniendo en cuenta los presupuestos de la legislación civil -*culpa in eligendo o in vigilando*-, en términos de guarda de unas personas para con otras o que están encargadas de su cuidado<sup>5</sup>. Posteriormente, y en aplicación de la

---

<sup>4</sup> MUÑOZ GARZÓN, Jorge Enrique y GIRALDO SAAVEDRA, Alberto. *Gerencia Pública Integral*. E.S.A.P., Bogotá, 2008, p. 32.

<sup>5</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Novena Edición, Temis, Bogotá, 1987, pp. 381-382.

teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se le entregó al Estado la responsabilidad por los perjuicios ocasionados en desarrollo de su gestión, ya que se asimilaba su actuación a la de los particulares, pero se mantenía su irresponsabilidad frente a su actividad de poder<sup>6</sup>.

Así las cosas, el cumplimiento anónimo de las funciones estatales en relación con la prestación de servicios, impulsó la mutación hacia la responsabilidad directa del Estado, que se materializó de una parte, en la *teoría organicista*, que equipara la actuación estatal a la del ser humano, de lo que se colige que así como el hombre responde por los daños que causen sus órganos, así también lo deben hacer las personas jurídicas en términos de reparación de perjuicios ocasionados por sus órganos o agentes. Por otro lado, ante la ausencia o deficiencia en la prestación de un servicio estatal, generador de daño, se promovió su grado de responsabilidad a través de la *teoría de la falla del servicio*.

Aún cuando se incluyeron diversas categorías de responsabilidad, no había claridad sobre el régimen normativo aplicable con respecto a la reparación del daño, por lo que la asimilación de la preceptiva civil resultó insuficiente y ambigua para el Estado, razón por la cual el Tribunal de Conflictos Francés (1873) consagró expresamente que la administración debía regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares que rigen el derecho privado<sup>7</sup>. El célebre Fallo Blanco estableció al tenor “(...) *Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a particulares por el hecho de personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta y tiene sus propias reglas que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados, se hace necesaria la intervención de la autoridad administrativa con la aplicación de un derecho exorbitante(...)*”<sup>8</sup>.

Por lo anterior, independientemente de la actividad de poder o de gestión en cabeza del ente estatal y a pesar del vacío legal, ésta decisión posibilitó la apertura a la consagración de la responsabilidad de la administración y la noción de servicio público.

Libardo Rodríguez afirma que el Fallo Blanco no modificó sustancialmente la situación anterior de irresponsabilidad estatal, ya que no se consagró como regla general, sino que simplemente se produjo un cambio de mentalidad, es decir que de una consideración de Estado irresponsable se privilegió la idea de que en el evento de prestación de servicios

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, Décima Edición, Temis, Bogotá, 1998, pp. 374-376.

<sup>7</sup> Fallo Blanco emitido por el Tribunal de Conflictos Francés el 8 de febrero de 1873. En: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11eme ed. París, Dalloz, 1996.

<sup>8</sup> El señor Blanco solicitó a la empresa la indemnización de perjuicios a favor de su hija, atropellada por una vagoneta al servicio de la Manufacture de Tabacs.

públicos -que se constituía en la nueva característica de su actividad-, sí se tornaba responsable, aunque tampoco de manera general, sí en términos restringidos. Por lo que, “(...)ésta decisión se constituyó en un símbolo del nacimiento del derecho administrativo, con repercusiones en el tema de la responsabilidad del Estado(...)”<sup>9</sup>.

A medida que las obligaciones y cargas públicas aumentaron, los niveles de exigibilidad por parte de los particulares frente al Estado se fueron extendiendo, de tal modo que se evidenció una tendencia creciente de responsabilidad imputable a ésta persona jurídica, en algunos casos con respecto a algunos servicios que en el pasado se prestaban sin comprometer al Estado, como el servicio de policía; así mismo fueron mutando los niveles de culpa exigidos, de una rigidez culpable -culpa grave-, hasta la presunción de culpa en todas las actuaciones estatales, lo que condujo a la materialización de una responsabilidad objetiva.

De ahí que el modelo racionalista del Estado, individual, esencialmente irresponsable por su soberanía absoluta, se enfrentó a los retos impuestos por la modernización, y se vió avocado a cumplir garantías sociales mínimas, potencializadoras de tendencias ideológicas dispares que buscaron la instrumentalización de un engranaje político y económico capaz de dar respuesta a los fines materiales de los asociados, la puesta en marcha de las libertades tradicionales y la madurez en la constitucionalización de los derechos fundamentales, que armonizados entre la concepción clásica del Estado de Derecho y la condición social reivindicada en la dignidad humana, posibilitaron la asunción de los pilares orgánicos del Estado Social de Derecho, en términos de legalidad, independencia, cumplimiento de los fines estatales y responsabilidad social en su actuación gubernamental.

Los cambios políticos y sociales producto de los estados de la segunda posguerra coadyuvaron en la necesidad de que éstos se constituyeran en garantes universales de sus asociados, a diferencia de los presupuestos planteados por el Estado liberal, minimizador de las obligaciones jurídicas que se tradujeron en un reduccionismo litigioso y un menor riesgo fiscal. Por el contrario, el paternalismo del Estado de Bienestar, evidenciado en el aumento del funcionalismo prestacional y la ampliación de la responsabilidad jurídica, condujo a la administración a frecuentar los estrados judiciales y asumir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la ruptura del compromiso social y democrático dentro de la relación Estado-asociados<sup>10</sup>.

Por lo anterior, y en la búsqueda por conjugar el estructuralismo funcional del Estado con los presupuestos de correspondencia mínima de la realidad social, la administración ha

---

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, Décima Edición, Temis, Bogotá, 1998, p.375.

<sup>10</sup> CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD -D.J.S.-. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal “Gestión Jurídica de la Nación”¿Justicia mediante litigio?. (Informe final presentado al Ministerio del Interior y de Justicia). Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado.*

asumido mayores riesgos jurídicos que han conllevado al advenimiento de “oleadas de litigio”, perturbadoras de la estabilidad fiscal y judicial, en tanto que han ocasionado afectaciones públicas por incumplimiento o por actuaciones jurídicas que posteriormente deberá revocar.

Ésta presión litigiosa obligó al Estado a reconocerse como sujeto activo de la realidad de la litis, a responder no sólo judicial sino patrimonialmente ante los reclamos interpuestos por la ciudadanía, lo que motivó el establecimiento de políticas públicas de saneamiento fiscal para cubrir el riesgo presupuestal ocasionado por el desborde jurisdiccional protagonizado pasivamente por la administración. Producto de la morosidad institucional y la ineficiencia en el pago de condenas, se evidenció una preocupación creciente por estudiar la etiología de los procesos judiciales y el comportamiento estatal antijurídico, por lo que se diseñaron modelos de gestión tendientes a materializar un conjunto de acciones, políticas y medidas que propendan por la eficaz y eficiente protección de los intereses patrimoniales y judiciales del arquetipo estatal.

Ésta ingente preocupación no escapó a la sociología judicial, que se ha interesado por estudiar la relación entre el comportamiento estatal y su enfrentamiento entre la justicia y el derecho de sus asociados. Dicho protagonismo fue analizado por Marc Galanter<sup>11</sup>, en términos de frecuencia u ocasionalidad del litigante, estableciendo así la distinción entre *litigantes frecuentes* y *litigantes ocasionales*, como se describirá a continuación.

## TIPOLOGÍA DE LITIGANTES

El litigante frecuente (repeat players) se constituye en aquel que acude en forma reiterada ante los estrados judiciales, lo que le permite desarrollar una experticia judicial, adquirir destrezas y roces jurídicos estratégicos, visualizar errores que posteriormente serán corregidos; proporcionándole la garantía y seguridad de reconocerse como un buen litigante. Por el contrario, el litigante ocasional (one-shoters), carece de experiencia litigiosa, se intimida en sede judicial, lo que lo conduce a mantenerse al margen de la actuación judicial, recaer fácilmente en yerros jurídicos comunes, y no ejercitar la contradicción procesal.

Galanter muestra el cruce de dichas variables arrojando la siguiente tipología:

---

<sup>11</sup> GALANTER, Marc. *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of legal changes*. En: Law and Society Review. 1974, Vol. 9, No. 1.

**Tabla 1 - TIPOLOGÍA DE LITIGANTES Y CONFLICTOS**

TIPOLOGÍA DE LITIGANTES	CONFLICTOS
I. LITIGANTES OCASIONALES vrs. LITIGANTES OCASIONALES	Jurisdicción de Familia
II. LITIGANTES FRECUENTES vrs. LITIGANTES OCASIONALES	Jurisdicción Civil
III. LITIGANTES OCASIONALES vrs. LITIGANTES FRECUENTES	Jurisdicción laboral y contenciosa administrativa
IV. LITIGANTES FRECUENTES vrs. LITIGANTES FRECUENTES	Procesos de Responsabilidad extracontractual y asuntos laborales administrativos

Fuente: Construcción propia

Por lo anterior, el enfrentamiento entablado entre la misma tipología de litigantes (Tipos I y IV) genera un equilibrio en las cargas procesales, lo que conduce a no tener certeza sobre el éxito del proceso judicial, como afirmaba Galanter, no era fácil predecir el resultado del proceso; no así, con respecto a los tipos II y III, que permiten deducir que los litigantes frecuentes arrasarán contra los ocasionales al movilizar el aparato jurisdiccional del Estado.

A partir de éstas tipologías, la doctrina ha catalogado al Estado colombiano como un “litigante extraño”, porque siendo un litigante frecuente se comporta como un litigante novato y ocasional<sup>12</sup>. Uprimny afirma que la frecuencia está dada por el protagonismo pasivo de su acción, es decir que acude en calidad de demandado en forma masiva y generalmente pierde por la ausencia de estrategias de litigio. En el mismo sentido, otro sector de la doctrina asume al Estado como un *litigante frecuente atípico*<sup>13</sup>, es decir que su participación es frecuente en tanto acude regularmente ante los estrados; pero aun así su atipicidad tiene que ver con su incapacidad de extraer proactivamente las herramientas de su protagonismo en sede judicial, que posibilite la implementación de rutas jurídicas eficaces en términos de defensa integral.

Algunos estudios diagnósticos<sup>14</sup>, han evidenciado una tendencia creciente hacia los análisis de justicia litigiosa en Colombia en términos de demanda y oferta de justicia, es decir la ponderación entre la triada: número de litigios que ingresan al aparato judicial, tiempo de permanencia y cantidad de litigios procesados y decididos por el sistema, factores que son transversalizados por la morosidad de la justicia. Se ha privilegiado un enfoque institucionalista que poca atención ha mostrado en torno a las variables que

<sup>12</sup> UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. Extraño litigante: el problema de la defensa judicial del Estado.

<sup>13</sup> CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD -D.J.S-. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal “Gestión Jurídica de la Nación” ¿Justicia mediante litigio?. (Informe final presentado al Ministerio del Interior y de Justicia). Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp.56-58.

movilizan el sistema, los accionantes, los conflictos recurrentes y el impacto del ejercicio de roles jurídicos de los operadores y usuarios judiciales en la aplicación de estrategias de defensa.

De otra parte, los atropellos constantes a la democracia en cabeza de la irresponsabilidad institucional, la violación flagrante de los mínimos fundamentales, la permanente rotación de abogados de planta defensores del Estado, la polución normativa y procesal, la continua afectación fiscal al erario público, entre otros; condujeron a debilitar la estructura estatal principalmente en términos de defensa jurídica, por ello se reparó en la necesidad de construir modelos estratégicos y aplicar buenas prácticas en la gestión del litigio del Estado, es decir la defensa de sus intereses que redundarían en la construcción de un Estado Social de Derecho fortalecido por los principios democráticos y la eficiencia en el ejercicio de su quehacer como administrador.

La defensa jurídica del Estado cobró protagonismo en Colombia a finales de los noventas, ante la necesidad de asumir conciencia frente al aumento desmesurado de las acciones instauradas en contra de la administración<sup>15</sup>, las cuales refieren una alta probabilidad de condena, no sólo por los elementos probatorios que propician el convencimiento de un comportamiento antijurídico frente a la realidad social, sino por la precaria defensa de los intereses estatales en cabeza de los representantes judiciales de las entidades públicas.

La inquietud por ésta problemática que desborda las posibilidades presupuestales del Estado, se ha venido impulsando aunque desde el formalismo, con las primeras reformas sobre administración de justicia tendientes a hacerle frente a la responsabilidad del Estado, de ahí que durante el gobierno de Samper, se expidieron normativas como la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, que preveía la responsabilidad estatal en términos de error judicial y se promovió la instrumentalización de la alternatividad de los Mecanismos de Solución de Conflictos -M.A.S.C.- materializada definitivamente con la Ley 446 de 1998. Hacia 1999, se impulsó la creación de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del antiguo Ministerio de Justicia y Derecho (Decreto 1890 de 1999), que propició la formulación de una política de defensa judicial capaz de transversalizar la administración pública en términos de prevención del daño antijurídico<sup>16</sup> con el apoyo de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Más tarde, con el Decreto Ley 200 de 2003, la Ley 719 de 2002 y el documento CONPES 3250 se encaró el tema desde una perspectiva más global por el antecedente negativo de su influjo fiscal en crecimiento.

---

<sup>15</sup> ARIAS PULIDO, Armando Enrique y SANDOVAL NAVAS, Luis Alberto, *La Nación Demandada: un Estudio sobre el Pago de Sentencias, Conciliaciones y Laudos Arbitrales en Finanzas Públicas*, Contraloría General de la República, Edición 291, Bogotá, Agosto 2002, pp. 66-77.

<sup>16</sup> El Artículo 90 constitucional establece la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.



El impacto fiscal obligó al gobierno a asumir políticas públicas que propendieran por materializar la transparencia y eficiencia estatal con base en estudios etiológicos que posibiliten contar con la radiografía del costo de una actividad litigiosa ineficiente. En éste orden de ideas, el gobierno de Uribe (2002-2006) mostró una inclinación por asumir el reto de la defensa jurídica del Estado desde su conceptualización como política pública, que se tradujo en el Programa de Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.- previsto en la Ley 812 de 2003, que buscaba la promoción de una nueva cultura de gestión de lo público a partir de la solución de problemas estructurales del Estado en lo relacionado con su defensa judicial.

El año 2003 se asume como el periodo de consolidación de ésta figura a partir de los planteamientos funcionales y misionales de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación en lo relacionado con la coordinación de las políticas de gestión pública coadyuvantes en la protección de los intereses de la Nación que ponen en riesgo las finanzas de la administración pública en Colombia.

Concientizarse del nivel de riesgo fiscal y el deterioro de las garantías fundamentales por el comportamiento irresponsable de un Estado carente de la perspectiva social, propició la implementación de medidas preventivas de daño antijurídico capaces de reducir los nichos de litigiosidad del sistema, por lo que se asumieron no sólo políticas sino modelos de valoración anticipada del gasto que pretendían alivianar el peso fiscal cíclico arrasador de la inversión.

Se desarrolló entonces el *modelo de valoración de pasivos contingentes*, orientado a calcular anticipadamente la probabilidad de fallos condenatorios al Estado, con lo que se pretendía frenar la vena rota de condenas impagadas e impagables a futuro, al reducir ostensiblemente la afectación de los dineros públicos como consecuencia del incremento de las sentencias y la desmesura de sus intereses moratorios producto de su pago inoportuno.

Ante el quiebre fiscal inminente, surgió una preocupación constante por autoracionalizar y sanear las finanzas del Estado, exigiendo su direccionamiento hacia la implementación de una nueva cultura de lo público, que se blindó de un conjunto de reformas transversales tendientes a solucionar los problemas estructurales del Estado, en materia de planeación, presupuesto, contratación pública, carrera administrativa, defensa jurídica del Estado, manejo y gestión de activos públicos<sup>17</sup> en relación con la valoración de los pasivos contingentes que puedan afectar la situación financiera de la Nación<sup>18</sup>. En consecuencia, se incorporó la noción de **pasivos contingentes**, que se constituyen en las obligaciones adquiridas por el Estado en virtud de la ocurrencia de hechos futuros e inciertos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, contratos

---

<sup>17</sup> Ley 812 de 2003, artículo 8º, literal D.

<sup>18</sup> Ley 819 de 2003, referente a normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal.

administrativos de infraestructura y sentencias y conciliaciones -estas últimas como principal fuente de la actividad litigiosa-, cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998<sup>19</sup>.

A pesar de ésta inclusión legal, las entidades públicas mantuvieron una grieta fiscal, por la incorrecta aplicación de la metodología de cálculo, ya que de una parte, calculaban un pasivo que no es contabilizado como pasivo cierto, el que paulatinamente demanda recursos fiscales cuando se inicia la transformación a pasivo en concreto, que ha generado grietas en las previsiones fiscales. De otra parte, las entidades limitan su defensa jurídica al ejercicio de la contradicción procesal especulando sobre una decisión absolutoria que descarta la posibilidad de condena, lo que imposibilita calcular contingencia alguna y destinar consecuentemente la provisión presupuestal respectiva.

Se puede afirmar, que estamos acostumbrados a eliminar el carácter contingente de cualquier postulado normativo, social, cultural, e incluso a limitar la potencialización del conflicto, que se constituye en una oportunidad estructuralmente reedificadora para el individuo y la sociedad.

La problemática se evidencia desde nuestra formación que observa el devenir jurídico dentro de la conciencia clásica del derecho o cielo de conceptos, separado de la realidad social y las necesidades vivientes, que algunos han denominado “derecho vivo”<sup>20</sup>, para lo cual el mundo jurídico se ha visto obligado a producir una imagen autoreferencial<sup>21</sup>, en donde los significantes normativos usurpan el significado a la realidad, convirtiéndose la norma en la realidad misma mediante el proceso de reificación<sup>22</sup>.

Por lo anterior, para lograr el mantenimiento del sistema y la falacia de la estabilidad gubernamental, se ha requerido el préstamo masivo de materiales jurídicos entre las distintas sociedades, que no obedece a las necesidades sociales per se, sino a la decisión de las élites políticas y jurídicas de trasplantar ciertos instrumentos jurídicos interculturales con el objeto de materializar la legitimación social frente a otros juristas y a la misma sociedad.

Adoptando una visión prospectiva de la realidad colombiana, es imperativo reconocer que las múltiples omisiones del Estado han atentado sistemáticamente contra las garantías fundamentales, trasgrediendo principios como la igualdad y la dignidad humana, disminuyendo a su vez, el activismo en la formulación de políticas públicas que visibilicen el compromiso soberano del Estado, en torno a la capacidad jurídica, económica y política de respetar y proteger en su territorio, los mínimos de los asociados

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, artículo 3º.

<sup>20</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Genocidio y Justicia: La destrucción de Las Indias, ayer y hoy*. Madrid: Marcial Pons Ediciones de Historia, 2002, p. 87.

<sup>21</sup> BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del derecho. “Elementos para una sociología del campo jurídico”*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 181.

<sup>22</sup> GABEL, Peter. *Research in Law and Sociology. “Reification in Legal Reasoning”*(3). 1980, p. 25.

y asumir los retos que el sistema mundo le impone a la falla y/o colapso estatal del que estamos presos.

Por todo lo anterior, el estudio de la política de defensa jurídica implementada gubernamentalmente intenta dinamizar y racionalizar el comportamiento estatal en términos de gestión jurídica integral, acuñando la doble faceta, de una parte, la defensa jurídica de sus intereses y de otra, la seriedad requerida en la apropiación presupuestal contingente para garantizar el pago de sus obligaciones; presupuestos que se analizarán teniendo en cuenta el referente de la creciente responsabilidad social y política del Estado para con sus asociados.

## 1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DEFENSA JURÍDICA ESTATAL

El derecho tradicionalmente ha necesitado acuñar un mito de autoridad<sup>23</sup>, que se traduce en una relación de poder sacralizadora de las relaciones sociales y el statu quo gubernamental, lo que conduce a que las culturas asuman trasplantes jurídicos como garantía de estabilidad sistémica. De ahí que se torna necesario analizar integralmente las fracturas jurídicas más frecuentes, que han posibilitado la redefinición correctiva del sistema público estatal, a efectos de relegitimar la dinámica social contractualista cuando los principios del consenso político han sido trasgredidos.

Las prácticas discursivas han enmascarado profundas relaciones políticas y económicas construidas a partir de errores y verdades que se presumen absolutas, pero sólo permean en torno a la vulnerabilidad de un sistema inexacto e impuro, por lo que es necesario analizar la validez de dichos discursos jurídicos en torno a la dualidad que visualiza al Estado, como garante y como ofensor de los presupuestos mínimos de convivencia, extremos que dan lugar a mostrar las contingencias funcionales<sup>24</sup>.

La defensa jurídica no escapó al discurso del poder, y se constituyó en un intento de política de modernización del Estado traslapado por un paquete de reformas estructurales que terminaron legitimando las exigencias mercantiles, implementada por una clase político-económica dominante que ha aperturado el Estado hacia las necesidades de los postulados del neoliberalismo creciente. Así las cosas, el ordenamiento jurídico ha sido instrumentalizado por las relaciones económicas y de poder para ajustar los intereses de bloques dominantes hacia un servilismo social.

La obstinación por implementar un proyecto político modernizador del Estado, como respuesta a los modelos arcaicos de funcionamiento y precariedad en la inversión

---

<sup>23</sup> MÚNERA, Alfonso. *El Fracaso de la Nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1810)*. Bogotá: Banco de la República / El Áncora Editores, 1998.

<sup>24</sup> MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. Estudio Preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. *La Invención del Derecho Privado*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico, 2006, p. 138.

gubernamental, condujo a promover la necesidad de reformar el sistema desde el influjo neoliberal, en términos de juridización de la desregularización de la economía y la disciplina fiscal, que cambiaron la orientación del país<sup>25</sup>.

Así las cosas, el discurso económico del mercado se legitimó a través de la interpretación de la Carta Política de 1991, que incorporó el referente de economía social de mercado, en donde el Estado interviene para racionalizar la economía bajo los discursos proteccionistas y demagógicos que persiguen el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados como presupuestos de la teleología estatal.

El impacto de éstas reformas propendía por la reducción del déficit fiscal, en términos de racionalización presupuestal, redefinición de la noción de gasto social, privatización y reduccionismo estatal, y rediseño de las reglas de juego potencializadoras del libre funcionamiento de los mercados, entre otros; iniciativas positivizadas a la luz de un nuevo orden jurídico, económico y constitucional<sup>26</sup>.

El déficit fiscal en ascenso obligó entonces a imponer una disciplina fiscal que ha sido heredada por cada gobierno de turno, en orden a materializar las políticas neoliberales trazadas por el Fondo Monetario Internacional -F.M.I.-<sup>27</sup>, a efectos de aplicar los ajustes estructurales de la oleada de reformas reduccionistas del Estado.

Por ello, la defensa jurídica está inscrita en éste paquete de reformas, cuyo proceso vino a concluir hacia 2004, en medio de un funcionamiento público desbordado por el conflicto institucional de la Nación y de una litigiosidad implacable que no da espera ante la polución normativa, que resultó catastrófica en términos de responsabilidad social y deslegitimante del entonces discurso progresista de un Estado Social de Derecho, capaz de asumir en estricto sentido el cumplimiento de sus fines esenciales en pos de la eficiencia gerencial de la res pública.

Cabe preguntarnos, si ésta generación de ahorros fiscales en términos de cálculos contingentes, se acompasan con una verdadera política de defensa jurídica del Estado, en términos de prevención del daño antijurídico, que otorgaría al Estado la posibilidad de reducir su protagonismo infractor y por ende la necesidad de acudir a la vía judicial para defender sus intereses patrimoniales y el respeto de su institucionalidad.

En el mismo orden de ideas, y coadyuvando la precariedad en la defensa, es necesario revisar la etiología de la deficiencia en la gestión jurídica estatal, que apela a variables de todo tipo, como el cansancio litigioso en el que se han visto sumidos los defensores de la administración, traducido en la pérdida de un número significativo de casos por la lentitud de la justicia y el déficit de abogados para atender las acciones impetradas en contra de

---

<sup>25</sup> ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Construcción del modelo neoliberal en Colombia. 1970-2004*. Bogotá, 2004, pp.70-71.

<sup>26</sup> *Ibíd*em, pp. 80-81.

<sup>27</sup> *Ibíd*em, p. 107.

la entidad. Uprimny señaló que a nivel nacional la gestión jurídica del Estado sin ser catastrófica sigue siendo deficiente, que le genera pérdidas significativas al Estado y en ocasiones pérdidas inequitativas<sup>28</sup>.

De otra parte, la presencia de una práctica jurídica hermética respecto de la privatización del ejercicio judicial, ha conducido a que la administración termine enfrentándose a un staff de abogados -litigantes frecuentes-, que han monopolizado las estrategias accionarias para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado, fracturado por la burocracia, la corrupción y los altos niveles de congestión judicial motivada en oleadas de litigios masivos<sup>29</sup> o carrusel de demandas y la ausencia de herramientas de racionalización de la información, que den cuenta del real universo litigioso del país.

Así mismo sucumbir ante la especialización de los accionantes que actúan en contra del Estado, generó lo que algunos han denominado la *juridificación del daño o del conflicto*<sup>30</sup>, que nace en los vacíos o ambigüedades hermenéuticas que pueden ser explotadas estratégicamente en el litigio, frente a lo cual se adelanta preliminarmente un estudio de mercado de la población objeto de la juridificación del reclamo, pretendiendo contactar a los clientes potenciales e incidir sobre su conciencia respecto del reclamo legítimo del derecho violentado.

Dichas oleadas han coadyuvado al nacimiento de una abogacía empresarial traslapada en torno a la protección de derechos fundamentales y el compromiso social respecto a las necesidades de los asociados, que ha conducido a la maximización de las cargas procesales de los gestores jurídicos públicos y la instrumentalización mafiosa<sup>31</sup> del derecho que ha cerrado dicho círculo empresarial.

Éste universo litigioso incorpora doble presencia estatal en vía judicial<sup>32</sup>. En primer lugar, el litigio estructural, que se relaciona con la conjunción sistemática de acciones típicas y

---

<sup>28</sup> UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. *Diagnóstico de la Defensa Judicial del Estado*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, pp. 286-287.

<sup>29</sup> *Ibídem*, p. 288.

<sup>30</sup> CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD -D.J.S-. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal "Gestión Jurídica de la Nación" ¿Justicia mediante litigio?. (Informe final presentado al Ministerio del Interior y de Justicia). Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*. Bogotá, 2005, pp. 44-46

<sup>31</sup> Al respecto Fernando Carrillo Flórez -Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- mostró su preocupación por las prácticas crecientes para intentar defalcicar al Estado, manifestando que: "Se está convirtiendo en una especie de epidemia donde los carteles de abogados están recogiendo poderes para que los ciudadanos, en su buena fe, los entreguen y se confíen(...)" "(...)Los abogados se van a encontrar al Estado de frente, obrando en una sola dirección, porque estamos combatiendo conductas que rayan con el código penal.". En: Caracol Radio, Edición "*Hay epidemia de carteles de abogados y carruseles de pensiones: Agencia de Defensa Jurídica del Estado*" del 23 de abril de 2012.

<sup>32</sup> *Ibídem*, pp.11-13.

recurrentes que se traban en contra del Estado, pretenden el establecimiento de su responsabilidad y hacen parte de la agenda de litigiosidad cotidiana del abogado estatal (Reclamos de Reparación - Externalidad negativa).

En segunda instancia, y como se mencionó anteriormente, hay evidencia de litigio coyuntural o estacional o las famosas oleadas de litigio, que se relacionan con la presencia de nuevas causas que se interponen masivamente y en representación de colectividades que poseen identidad de pretensiones<sup>33</sup>, cuyo factor temporal resulta fácilmente identificable y se puede medir su componente variable (Reclamos de Extracción).

El componente pretensional frente al Estado, establece la siguiente tipología:

Reclamos de Reparación y redistribución de recursos: ante la violación de garantías por parte del Estado, el accionante materializa la acción a partir de tres momentos; reconocimiento de la vulneración, determinación del agente culpable en términos de acusación y movilización del aparato jurisdiccional a través de la reclamación o reparación del derecho violentado.

Reclamos de Extracción: a partir de un defecto normativo o administrativo se busca capitalizar la cascada litigiosa, y el abogado se convierte en un empresario del conflicto masivo, más que en un defensor técnico de los derechos vulnerados. Por lo que pretenden obtener recursos estatales, más que la reparación del daño, lo que conduce a la mercantilización de la actividad estatal a partir de sistemas jurídicos incoherentes, confusos y transitorios, que abren la posibilidad de accionar en cadena, propiciando la inflación del sistema.

La lentitud de la maquinaria estatal ha sido catalogada por algunos como una *gestión jurídica tradicional o reactiva*<sup>34</sup> que tiende a responder ingenuamente ante los conflictos suscitados a corto plazo, sin precaver las consecuencias jurídicas de su actuar inmediateista y generalizado, aunado a la falta de entrenamiento y actualización de sus asesores, que desmotivados por la sobreoferta litigiosa y las angustias que promueve el sector público, recaen en la falta de compromiso con la entidad que representan y en el efecto bola de nieve de un Estado sin dolientes, que ocasiona una falla sistémica generalizada.

El cumplimiento de los fines esenciales que logre potencializar al Estado como un actor fortalecido institucionalmente requiere del replanteamiento estructural y funcional de sus

---

<sup>33</sup> Fernando Arévalo Carrascal -Ex Director D.D.J.E del M.I.J.- frente a las oleadas de litigio manifestó que: "(...)Lo importante es alertar hacia el futuro la ola de demandas que podrían llegar por las captadoras ilegales. Prevemos que si ese tema no se maneja bien, y lo estamos articulando con la Presidencia de la República, podrían presentarse unas 200.000 solamente en ese tema(...)". En: El Tiempo/Revista Portafolio. *Pleitos del Estado valen \$712 billones; procesos judiciales ascienden a 214.000 casos*. Edición del 30 de septiembre de 2009.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

gestores públicos, estrategias materializadas en la formulación de alertas tempranas de conflictividad jurídica y medidas de prevención del riesgo futuro a mediano y largo plazo, es decir que promuevan su permanencia en el tiempo en relación con la prestación eficiente de las obligaciones estatales a la luz de valores democráticos y participativos. Estos presupuestos configuran la *gestión jurídica estatal proactiva*<sup>35</sup>, que requiere de la potencialización de la profesión jurídica en el sector público, la capacidad de estudio y análisis de litigios de media y alta complejidad desde una perspectiva interdisciplinaria y transversal, acompañada del acceso a sistemas de información actualizados y especializados.

La proactividad en el replanteamiento estructural del Estado, no implica la reducción de las obligaciones y funciones propias de su gestión, o cesión al sector privado, a efectos de minimizar el riesgo jurídico. Aún constituyéndose en una medida de choque en términos de ahorro fiscal directo, se convierte en una estrategia que no reduce el riesgo jurídico-fiscal, incluso aumenta los gastos fiscales indirectos por la fricción entablada con los asociados que tienden a reclamar legítimamente de la administración su deber como gestor público principal, lo que se traduce en que menos protagonismo estatal no implica menor frecuencia litigiosa.

En el mismo sentido, y apelando a la obligación del Estado como administrador de una justicia pronta y eficaz<sup>36</sup>, se posibilitó desde comienzos de la década de los noventa, la implementación de los M.A.S.C., que se constituyó en un movimiento de reformas que pretendió armonizar la defensa de los intereses públicos y el pragmatismo de las herramientas informales de resolución de conflictos<sup>37</sup>. Según Baruch Bush, se evidencia un movimiento de reformas que buscan garantizar el acceso a la justicia; en un primer momento, se intentó proveer servicios jurídicos para los más pobres, posteriormente, se implementan las acciones populares y de grupo para extender el acceso a la justicia a los derechos colectivos y finalmente, se intenta garantizar un acceso efectivo a través de caminos judiciales expeditos que apelan a la alternatividad, etapa en la que se inscriben los M.A.S.C.<sup>38</sup>.

Por mucho tiempo se pensó en la incompatibilidad procesal entre la aplicación de éstos mecanismos alternativos y la defensa jurídica del Estado, ya que la complejidad y rigidez

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>36</sup> En el informe Doing Business del Banco Mundial nuestro país ocupa un lugar vergonzoso en la escala de celeridad de los procesos: somos el país 178 entre 183, es decir, somos la sexta justicia más lenta del mundo. De acuerdo con los datos del Banco Mundial, en Colombia el proceso tipo del Doing Business tarda en resolverse 1.346 días, es decir el doble del promedio de duración en América Latina y el doble del promedio en África. En: Vicepresidencia de la República - Sala de Prensa, 2012. [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Julio/Paginas/20120712\\_11.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Julio/Paginas/20120712_11.aspx).

<sup>37</sup> Crf. Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998, Decreto 2651 de 1991, Decreto 1818 de 1998, Ley 1285 de 2009 y Decreto 1716 de 2009.

<sup>38</sup> BARUCH BUSH, Robert A. Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice. *Wisconsin Law Review* 893, July –August 1984.

de su andamiaje, impedía resolver los conflictos a través de herramientas informales, negociadas y pragmáticas; de ahí que el establecimiento de la responsabilidad por falla en el servicio, culpa o error estatal, sólo se viabilizaba en sede judicial a través de la instrumentalización de la justicia formal y el apego estricto al principio de legalidad.

Por el contrario, el Estado ha mostrado una tendencia creciente por la incorporación de nuevas herramientas jurídicas acordes a los retos impuestos por la responsabilidad social, es decir que las actuaciones de los gestores jurídicos públicos se impriman bajo los presupuestos de eficiencia, transparencia, celeridad y calidad con respecto a sus asociados. Así las cosas, los M.A.S.C. han hecho parte de la “litispendencia prejudicial”<sup>39</sup>, que apostó por la alternatividad a la luz de la apertura de espacios autocompositivos coadyuvantes de la transformación social del conflicto local y nacional.

Ésta asunción de nuevos elementos de alternatividad y defensa, motivó a que la crítica doctrinal se pronunciara respecto a las limitaciones conceptuales tradicionales que ofrecía la defensa judicial estatal y la prevención litigiosa. Por lo cual, se ha preferido acuñar la definición de política pública de defensa desde una perspectiva más transversal, que se engloba en torno a la conceptualización de *Gestión o Gerencia Jurídica Pública*, que incorpora la etiología condenatoria, las políticas de prevención y la intervención estatal en sede judicial y extraprocesal (M.A.S.C.) potencializadas desde las dimensiones institucional, administrativa, logística e informática<sup>40</sup>, estrategias que en términos generales, pretenden estructurar la administración de la defensa estatal en un corpus institucional único, capaz de direccionar proactivamente las oficinas jurídicas del país en la línea de la Abogacía del Estado<sup>41</sup>.

### 1.3 LA DEFENSA JURÍDICA ESTATAL Y ALGUNOS MODELOS DE GERENCIA PÚBLICA

La defensa jurídica se ha constituido en la piedra angular de la gerencia pública, que ha comportado la permanente preocupación de los Estados por articular escenarios exitosos de su protagonismo en sede judicial, más aún cuando sus intereses fiscales se han visto deteriorados por las omisiones y yerros antijurídicos en los que consuetudinariamente ha recaído la administración.

A continuación presentaremos, los modelos de gerencia pública que instrumentalizan la defensa jurídica, desde diversas corrientes, un deber que sirve a los intereses de la justicia, del derecho y del propio Estado.

---

<sup>39</sup>Alcaldía Mayor de Santa Fé de Bogotá, D.C. et al. *Manual de Defensa Judicial de las Entidades Públicas*. Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2000.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 18-19

<sup>41</sup> La Abogacía del Estado se refiere la rama de la administración que propende por defender los intereses del Estado en sede judicial, proteger el patrimonio público y salvaguardar los recursos oficiales.



En primer lugar tenemos, la institucionalidad arraigada, presente en España y Chile, modelos que se caracterizan porque su funcionamiento obedece a estructuras directas de defensa, es decir que se acoge la figura de la administración piramidal reglada a través del mecanismo de la oposición o carrera administrativa. Por ello, sus funcionarios asumen la defensa directa del Estado y de las diferentes entidades, disponiendo de mecanismos y sistemas de información que transversalizan el monitoreo y seguimiento procesal.

De otra parte, encontramos los modelos mixtos de defensa, como el Francés y el Colombiano, en donde cada entidad asume la defensa del Estado a través de sus servicios jurídicos internos. Para el caso francés, la defensa se encuentra en cabeza de juristas que no son abogados, pero que de acuerdo con las atribuciones legales, deben apropiarse de su propia defensa, no así, en el ámbito local que se asume la tendencia contraria, ya que la contratación de abogados se operacionaliza mediante concurso. En Colombia, los servicios jurídicos se asumen por los funcionarios de planta y abogados externos, matizando su defensa<sup>42</sup>.

Finalmente, el modelo intermedio evidenciado en Perú, cuenta con un sistema que se ocupa de la defensa de personas de escasos recursos y ofrece asesoría a entidades del Estado respecto de causas de interés nacional, agrupado en torno a la figura del Consejo Nacional Judicial.

Le gerencia pública se apropia de la administración, y su posibilidad de corrección frente al sistema, está dada por la dinamización efectiva de la defensa jurídica del Estado, razón por la cual se incluyen los modelos jurídicos de gestión que operan como política pública a nivel mundial.

### 1.3.1 MODELO ESPAÑOL

La defensa estatal española se estructura a partir del modelo de la Abogacía del Estado que nació como la Dirección General de lo Contencioso del Estado, creada por Real Decreto del 28 de diciembre de 1849, bajo el reinado de Isabel II, que le imprimió en una primera etapa la unificación al sistema de asistencia jurídica del Estado.

Posteriormente, con el Real Decreto del 10 de marzo de 1881 y bajo el reinado de Alfonso XII, se fundó el Cuerpo de Abogados del Estado, dependiente de la Dirección General de lo Contencioso, que pretendió agrupar y unificar los diversos elementos jurídicos en términos de consulta y defensa que se encontraban dispersos en el antiguo

---

<sup>42</sup> CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Modelos de Gerencia Jurídica y Defensa Judicial del Estado – Relatoría*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, pp. 468-469.

Ministerio de Economía y Hacienda, a efectos de estabilizar la defensa de los intereses fiscales o económicos de la administración<sup>43</sup>.

Ésta colectividad jurídica se ha mantenido durante ciento veintiocho (128) años, y su competencia está dada frente al manejo integral de la gerencia jurídica del Estado, en términos de defensa en juicio y asesoría jurídica internacional. Los abogados del Estado son funcionarios públicos cuyas atribuciones herméticas están regladas por la Ley 52 de 1997, es decir que hacen parte de un gremio especializado que se excluye de la participación en concursos públicos<sup>44</sup>.

El director del servicio jurídico es el Abogado General del Estado, que posee rango de subsecretario y es nombrado por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, previa promoción adelantada por el Ministro de Justicia. Como director de ésta colectividad pública, debe salvaguardar el principio de unidad doctrinal de la gestión pública y coordinar jerárquica y funcionalmente los despachos jurídicos de los organismos, entidades públicas empresariales y centros nacionales y extranjeros<sup>45</sup>.

Así las cosas, la Abogacía se constituye de una parte, en el centro superior consultivo de la administración del Estado, organismos autónomos y entidades públicas, funciones que son desempeñadas por parte de abogados integrados a la Dirección de Servicio Jurídico del Estado prestando los servicios de asistencia jurídica y asesoramiento. Por otro lado, es el centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que sea parte el Estado y sus organismos autónomos, o las entidades públicas empresariales u órganos constitucionales, que requieran de representación y defensa en juicio de sus intereses<sup>46</sup>, de acuerdo con la Ley 52 del 27 de noviembre de 1997<sup>47</sup>.

Joaquín de Fuentes Bardají<sup>48</sup>, advierte que la Abogacía del Estado en España, es una organización prestigiosa y está acreditada en el mercado. La media de preparación de un abogado español es de 4 años, así el promedio de edad de un abogado que ingresa a la Abogacía del Estado está en los 28 años y la edad de licenciamiento oscila entre los 22 y 23 años. Es un sistema que garantiza la meritocracia en tanto se exige rigurosamente la

---

<sup>43</sup> MOLINOS COBO, Juan José. *El Modelo del Estado Español*. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Bogotá, 2006, pp. 59-61.

<sup>44</sup> Orden Ministerial del 18 de julio de 1990 sobre exclusión de participación en concursos de Abogados del Estado.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 62-67.

<sup>46</sup> Consultado en: [www.mjusticia.es](http://www.mjusticia.es) el 20 de noviembre de 2009.

<sup>47</sup> En concordancia con el Artículo 3 del Real Decreto 1474 del 4 de agosto de 2000 que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado Español.

<sup>48</sup> Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Diplomado en Derecho Comunitario Europeo por la Secretaría de Estado de las Comunidades Europeas. Se desempeña como Abogado General del Estado Español. Ver: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007, pp. 15-26.

calidad en el acceso, previa capacitación profesional que garantiza la continuidad en la eficacia del modelo<sup>49</sup>.

### 1.3.2 MODELO FRANCÉS

Durante el siglo XIX, imperó en Francia la irresponsabilidad de sus funcionarios públicos, es decir que no podía cuestionarse la actuación de los mismos, situación que se respaldaba a través de un sistema de garantía a los agentes estatales, el cual obligaba a los accionantes a acuñar las respectivas autorizaciones del Consejo de Estado a efectos de impetrar cualquier acción en contra de un funcionario; evidenciando así la ausencia de responsabilidad, originada aún en su falla personal a diferencia de la falla del servicio que se constituye en una falta anónima, es decir la cometida con ocasión de la prestación funcional del servicio estatal en su conjunto sin posibilidad de imputación a un agente específico<sup>50</sup>.

Si bien es cierto que había presencia de una irresponsabilidad desbordante en cabeza de los funcionarios públicos, ésta se mantuvo hasta 1870, momento en el que se le dio paso a la responsabilidad del agente estatal en términos de autor y de víctima.

El funcionario como autor del hecho se sustenta en la tesis de la falla personal, que se puede desprender del desempeño intelectual propio de sus funciones, o ante una infracción cometida al margen de su trabajo, la falla personal pura que involucra conductas dolosas y los eventos de imprudencia, en los que no se previeron las medidas de seguridad necesarias para impedir el advenimiento de un efecto dañoso. Ante estos episodios de culpa, se puede evidenciar la responsabilidad compartida, en tanto que hay concurrencia de la falta personal del agente y la falta del servicio que se encuentra en cabeza del sujeto institucional, por lo que la condena producida se divide entre el funcionario culpable y el Estado Francés<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007, pp. 25-26.

<sup>50</sup> MOREAU, Pierre. *La responsabilidad del agente estatal en Francia*. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Bogotá, 2006, pp. 315-316.

<sup>51</sup> Caso Maurice Papon, un secretario general de la prefectura de la Gironda (Burdeos-Francia), quien durante el periodo de ocupación nazi en Francia durante la segunda guerra mundial, ordenó la deportación de 1560 judíos al campamento de Merignac, encaminados a Drancy antes de terminar en Auswichtz. Fue procesado por complicidad en crímenes de lesa humanidad y la Cámara Superior del Crimen de la Gironda lo condenó a 10 años de prisión. El Consejo de Estado consideró que había una falta personal facilitada por la política del Estado francés de la época debido a la cooperación con Alemania, lo que lo condujo al cumplimiento de órdenes en su desempeño funcional, por lo que se debía compartir la responsabilidad entre el ex funcionario y el Estado Francés. (Citado por Pierre Moreau. En ob. cit, pp. 318-319).

De otra parte, el funcionario puede recibir un tratamiento como víctima de una falta, en tanto es atacado por los administrados o al interior de su conglomerado laboral, con respecto al ejercicio propio de las funciones que exige su desempeño público.

Ante los eventos anteriores, el Estado Francés ejerce protección funcional de sus agentes, en tanto que éstos no están obligados a soportar cargas adicionales con respecto a los ataques que puedan perpetrarse en contra de su integridad personal, profesional, sus bienes y en general por su desempeño al servicio de la administración que afectan colateralmente la función estatal. La operabilidad de la protección funcional está dada en primer lugar, por el derecho de asistencia, en donde el Estado tiene la obligación de proporcionar a sus funcionarios, todos los recursos jurídicos necesarios para que el agente se defienda o entable las acciones judiciales en contra del ofensor. Consecuencialmente, subsiste la obligación de reparación efectiva del daño, es decir que el funcionario debe ser indemnizado por el perjuicio causado, en principio por el autor, e incluso ante la insolvencia de éste, en aras de la protección a la víctima, la administración asume dicha carga presupuestal.

Respecto al modelo de defensa jurídica, Moreau<sup>52</sup> hace referencia a la figura del abogado en Francia, afirmando que *“(..).no hay abogados de la administración, sino abogados que trabajan para la administración y la administración es un cliente como cualquier otro, como un particular más. La administración no tiene abogados internos sino Juristas pero que no tienen el título de abogados, ya que en Francia el título de abogado está protegido pues todo aspirante a ese título tiene que aprobar un concurso(..)”*<sup>53</sup>.

Por lo anterior, la administración cuenta con servicios jurídicos internos que le permiten defenderse a partir de las herramientas proporcionadas por su institucionalidad respaldada en juristas, y excepcionalmente recurre a los servicios de los abogados externos, por lo que se afirma que el Estado se defiende solo, independientemente de la calidad de su defensa.

### 1.3.3 MODELO CHILENO

A finales del siglo XIX (1885), ante la pérdida patrimonial recurrente, la omisión estatal en términos de defensa pública y la inactividad judicial, un grupo de abogados prestantes al servicio del sector privado, decidieron conformar una asociación voluntaria para atender la defensa de los intereses del Estado. Como consecuencia de ésta intervención jurídica, la administración recurrió frecuentemente y otorgó más responsabilidades, por lo que se viabilizó la creación del Consejo de Defensa Fiscal, cuyos miembros son abogados en ejercicio, sin dedicación exclusiva -lo que los aparta de la categoría de funcionarios

---

<sup>52</sup> MOREAU, Pierre. Abogado independiente inscrito en el Colegio de Abogados de París y socio de la firma Saidji y Moreau Asoc., responsable del área de Derecho Público.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 178.

públicos-, pero sí preferente por los asuntos que involucran al Estado como protagonista en sede judicial. Las materias que se resolvían giraban en torno a la creciente litigiosidad que afectaba el patrimonio estatal, asumiendo la organización, ejecución y defensa con respecto a las acreencias públicas a favor del fisco (juicios de Hacienda, juicios fiscales, cobros)<sup>54</sup>.

Hacia 1960, la figura de la defensa fiscal amplió su protagonismo hacia las demás instancias de la administración, por lo que se asumió como el Consejo de Defensa del Estado bajo los presupuestos de un organismo transversalizador más complejo en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado (defensa de acciones penales, acciones civiles y contenciosas y anticorrupción, recuperación, inscripción y normalización de propiedades del Estado, nulidades en derecho público, entre otras). Durante la década del 90, éste Consejo incorporó nuevas competencias funcionales en orden a responder eficientemente ante los retos impuestos por un Estado de Derecho, en términos democráticos y ciudadanos.

Así las cosas, el Consejo de Defensa del Estado se evidencia como un ente descentralizado con personería jurídica y patrimonial, es decir que se constituye en un servicio público autónomo e independiente de los cuerpos ministeriales<sup>55</sup>.

Mackenney afirma que el reto se ha encaminado a la potencialización de la construcción de un sector público moderno, capaz de responder a los requerimientos que plantea la sociedad civil actual, que impone que el Estado se encuentre al servicio del ciudadano, regulador y garante del quehacer gubernamental, cuya maquinaria organizacional atienda a una gestión pública eficiente, de alto rendimiento, participativa, transparente, con proyección en el tiempo, que destierre las semillas de ingobernabilidad y el desorden institucional<sup>56</sup>.

A partir del 2000, y ante éstos desafíos crecientes, se introdujeron modelos de gestión que se acompañarán con la modernización social y democrática, en términos de una planificación estratégica, capaz de armonizar la gerencia de los organismos estatales a la luz de los presupuestos de defensa de un Estado de Derecho y un Estado patrimonial, privilegiando el apego al ordenamiento jurídico y el respeto a las garantías fundamentales de los asociados.

La administración pública debe apelar al ejercicio de los planes de mejoramiento de la Gestión -P.M.G.-, que orientan sobre la planeación estratégica, auditoría interna,

---

<sup>54</sup> SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. *El Modelo de Chile*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, pp. 110-112.

<sup>55</sup> MACKENNEY URZÚA, Carlos. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Desde el 2005 es Consejero del Consejo de Defensa del Estado Chileno. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007, pp. 33-35.

<sup>56</sup> *Ibidem* pp. 33 y 38.

descentralización territorial integrada, políticas de recursos humanos, gestión y ejecución presupuestaria en la relación gastos y compras, e indicadores de monitoreo y seguimiento del desarrollo de la gestión.

Así las cosas, el Estado se visualiza como un agente dinámico que requiere atender las contingencias de acuerdo a los conflictos emergentes que convocan a la administración a potencializar progresivamente su gestión.

En términos de responsabilidad, Szczaranski anota que la doctrina oficial rechaza la responsabilidad objetiva del Estado, ya que al constituirse como persona jurídica de derecho público que tiene interés social, no se le puede otorgar un tratamiento diferente en términos de reducción de sus derechos con respecto a los individuos, por lo que el Consejo de Defensa del Estado se basa en la exigencia de la responsabilidad por culpa o dolo<sup>57</sup>.

Así las cosas, el Consejo de Defensa del Estado -C.D.E.- nació por la preocupación ante la precaria defensa y representación de los intereses patrimoniales del fisco y del Estado, por lo que su misión se encaminó a *“Defender, representar y asesorar jurídicamente al Estado de Chile, en sus intereses patrimoniales y no patrimoniales”*, centralizando así la defensa litigiosa estatal en un modelo general y unificado de institucionalidad.

A continuación se muestra el reporte del C.D.E. presentado en el año 2009 con respecto al índice de efectividad judicial para las vigencias 2007 y 2008.

**Tabla 2 - ÍNDICE DE EFECTIVIDAD JUDICIAL. FISCO DEMANDADO POR CAUSAS TERMINADAS (Civiles, Penales, Laborales y Expropiaciones)<sup>58</sup>**

Reporte Consejo de Defensa del Estado Chileno

<b>REPORTE A DICIEMBRE DE 2007</b>				
<b>Materias</b>	<b>Sumas Demandadas</b>	<b>Sumas Fijadas por Sentencias Ejecutoriadas</b>	<b>Monto Evitado</b>	<b>% Evitado pagar</b>
<b>Indemnización de perjuicios</b>	<b>128.785.964</b>	<b>6.767.697</b>	<b>122.018.267</b>	<b>95%</b>
<b>Reclamo monto Indemnización</b>	<b>93.022.018</b>	<b>10.633.967</b>	<b>82.388.0505</b>	<b>89%</b>
<b>Otras</b>	<b>30.964.523</b>	<b>436.207</b>	<b>30.528.315</b>	<b>98,6%</b>
<b>Total USD<sup>59</sup></b>	<b>252.772.504</b>	<b>17.837.872</b>	<b>234.934.633</b>	<b>92,9%</b>

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp.166-167.

<sup>58</sup> Fuente: CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CHILENO. SubDepartamento de Planificación. *Servicios de Defensa y Representación Judicial. Sistema de Gestión de Causas -S.G.C.-* Diciembre de 2008. Consultado el 25 de enero de 2010. En: [www.cde.cl](http://www.cde.cl).

<sup>59</sup> Valor del dólar a Diciembre de 2007: \$495,8.

<b>REPORTE A DICIEMBRE DE 2008</b>				
<b>Materias</b>	<b>Sumas Demandadas</b>	<b>Sumas Fijadas por Sentencias Ejecutoriadas</b>	<b>Monto Evitado</b>	<b>% Evitado pagar</b>
<b>Indemnización de perjuicios</b>	<b>95.245.853</b>	<b>1.615.999</b>	<b>93.629.854</b>	<b>98,3%</b>
<b>Reclamo monto Indemnización</b>	<b>118.885.345</b>	<b>11.264.349</b>	<b>107.620.996</b>	<b>90,5%</b>
<b>Otras</b>	<b>20.482.477</b>	<b>135.539</b>	<b>20.346.938</b>	<b>99,3%</b>
<b>Total USD<sup>60</sup></b>	<b>234.613.675</b>	<b>13.015.887</b>	<b>221.597.788</b>	<b>94,5%</b>

*Fuente: CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CHILENO*

Estas cifras fueron presentadas en el marco del Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: Cómo tapar la vena rota, por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República de Colombia, que buscó preponderar la necesidad de crear un organismo centralizado en términos de defensa jurídica estatal, tomando en cuenta la iniciativa institucional adelantada en otros países, como el modelo chileno<sup>61</sup>.

El índice de efectividad judicial mostrado en la Tabla 2 nos permite inferir que el litigio en Chile disminuyó en 1998 respecto de la vigencia anterior, en donde además se evidenció un 94,5% evitado por pagar por concepto de indemnización de perjuicios y el reclamo por el monto de la indemnización.

### **1.3.4 MODELO PERUANO**

La etiología del Consejo y de las Procuradurías Públicas se remonta a la Ley 8489 de 1936, que designa funciones de defensa en materia civil al Procurador General, para más tarde encargar la defensa estatal a los agentes fiscales integrantes del Ministerio Fiscal - actual Ministerio Público- y hacia 1954 institucionalizar dichas competencias en asuntos penales.

Con la Ley 13 de 1959, las Procuradurías se adscribieron al Ministerio de Culto o actual Ministerio de Justicia, autorizando al ejecutivo el nombramiento de éstos agentes para

<sup>60</sup> Valor del dólar a Diciembre de 2008: \$629,1.

<sup>61</sup> DEL CASTILLO RESTREPO, Edmundo. *Defensa Jurídica del Estado ¿Cuáles son las políticas y sí están funcionando? La prevención, la defensa y el control de la corrupción*. En: *Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009.

atender la representación y defensa institucional<sup>62</sup>. Aunque hacia 1965, se incorporó la dependencia funcional y normativa de las Procuradurías frente al Ministerio de Justicia, cada sector u organismo público tenía la obligación de proveer administrativamente a éstos entes constitucionalmente autónomos.

Con la Ley de Representación y Defensa del Estado en juicio (Decreto Ley No. 17537 de 1969), los Procuradores Públicos conforman el Consejo de Defensa Judicial del Estado<sup>63</sup>, que se constituye en el órgano del Ministerio de Justicia, encargado de coordinar, supervisar, y regular las actuaciones de los procuradores públicos, por lo que ejerce funciones consultivas y de investigación sobre cuestiones legales de interés estatal; sirve como órgano de descentralización estadística, asesoramiento y coordinación técnica e interpretación normativa de los presupuestos legales inherentes a la defensa de la administración; pronunciándose además sobre la pertinencia respecto de la creación de nuevas procuradurías públicas, así como respecto a los conflictos de competencia suscitados entre las mismas<sup>64</sup>.

Con base en los desarrollos normativos anteriores, la defensa estatal se institucionaliza y se eleva a rango constitucional, por lo que la defensa de los intereses del Estado se posesiona definitivamente en cabeza de los Procuradores Públicos, de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política Peruana<sup>65</sup>, los cuales ejercitan plenamente la representación de la administración en juicio y la defensa en todos los procesos y procedimientos en los que se constituya como agente litigioso, conformando así el Sistema de Defensa Judicial del Estado<sup>66</sup>.

Éstos modelos de gerencia jurídica pública nos permiten ilustrar el desarrollo de la figura de defensa jurídica del Estado en otras latitudes y el tratamiento legislativo que ha comportado el aseguramiento de los intereses superiores de la administración a través de su protagonismo en sede judicial; lo cual posibilita visualizar el diseño e implementación institucional en nuestro país.

Como se pudo ver, las mayores obligaciones contraídas por el Estado motivaron la ampliación de su campo de respuesta jurídica, en términos de responsabilidad, que se relaciona directamente con la identificación del daño antijurídico y su determinación de

---

<sup>62</sup> REYES MIRANDA, Jaime Florencio. *El Modelo del Estado Peruano*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, pp. 110-112.

<sup>63</sup> El Consejo de Defensa Judicial del Estado está compuesto por 31 Procuradores del Gobierno Nacional; 24 Procuradores de Gobierno Regionales; 45 Procuradores Municipales; 29 Procuradores Anticorrupción y Descentralizados y 24 Procuradores Ad-Hoc.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 27-29.

<sup>65</sup> Cfr. Ley Orgánica 25993 de 1992, Artículo 6º.

<sup>66</sup> TIMBINI DEL VALLE, Moisés. Abogado, Máster en Derecho Penal, Máster en Gobernabilidad y Doctor en Derecho. Se desempeñaba como Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado Peruano. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007, pp. 27-31.



imputabilidad al órgano estatal. Así las cosas, en la Carta Política colombiana de 1991 se estableció por primera vez el principio general de responsabilidad estatal que pretendió desarrollar los fines contemplados en el artículo 2º, y medir el indicador de eficiencia del aparato administrativo y de la formulación de políticas públicas.

La responsabilidad entendida además como la obligación de reparar el daño causado, se constituye en uno de los pilares de todo ordenamiento jurídico, que ha de asegurar la convivencia social en el mundo contemporáneo, como lo afirma Saavedra Becerra, *“(...)toda forma de responsabilidad es una forma de civilización(...)”*<sup>67</sup>

---

67 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003, p. 25.

## 2.CAPÍTULO SEGUNDO: EL DISEÑO Y LA IMPLEMENTACIÓN INSTITUCIONAL DEL MODELO DE PASIVOS CONTINGENTES EN EL MARCO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN JURÍDICA ESTATAL

Este capítulo presentará los diseños institucionales acogidos por nuestro país, en términos de Defensa Jurídica del Estado, a partir del desarrollo normativo previsto a nivel interno desde la vigencia de 1997. Así mismo, como respuesta a los retos de modernización del Estado se desarrollan las diversas alternativas de Gerencia Pública en términos de racionalización normativa, modelos de gestión jurídica, implementación de sistemas de información y planes de profesionalización de los gestores jurídicos.

El abordaje de la actividad litigiosa supone además el estudio del modelo para el cálculo de pasivos contingentes en lo relacionado con sentencias y conciliaciones, por lo que se tratará en el presente aparte su diseño y alcances como respuesta a la problemática institucional y las estrategias de formulación en la implementación de políticas públicas integrales en términos de defensa jurídica estatal.

En el relacionamiento interdisciplinar entre derecho y economía, el neoinstitucionalismo le apuesta al estudio del influjo de las instituciones jurídicas respecto al crecimiento económico, determinado por la delimitación de las reglas de juego en una sociedad, reglas que contribuyen a la cooperación e interacción humana, canalizando las conductas de los asociados, al condicionar sus preferencias individuales que son determinadas a través de las estructuras institucionales, lo que posibilita la reducción de la incertidumbre que es producto de las limitaciones de información y de los costos de transacción o de los intercambios. Al respecto, Douglass North<sup>68</sup> como principal exponente de ésta corriente afirmó que: *“(...)las instituciones existen y reducen las incertidumbres propias de la interacción humana...Es suficiente decir aquí que las incertidumbres se deben a información incompleta con respecto a la conducta de otros individuos en el proceso de interacción humana...A partir de ésta capacidad considerada*

---

<sup>68</sup> NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, p. 41.

*junto con las incertidumbres propias del desciframiento del medio, evolucionan normas y procedimientos que simplifican el proceso. El consiguiente marco institucional, como estructura la interacción humana, limita la elección que se ofrece a los actores(...)*<sup>69</sup>.

La importancia de presentar los arreglos institucionales se enmarca en mostrar la respuesta gubernamental modelada desde un contexto de intereses y relaciones de poder entre los agentes que determinan el origen de los diseños en la particularidad de un sistema, que para el caso que nos ocupa, se relaciona con la valoración de las contingencias judiciales cuando el Estado se constituye en sujeto pasivo de la actividad litigiosa. Aunado a lo anterior, es necesario advertir sobre la importancia no solo de la implementación del diseño institucional, sino del grado de eficacia y efectividad en el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue incorporado al corpus normativo, desde su impacto económico que redundará en la racionalización de las finanzas públicas y su comportamiento como litigante frecuente en el contexto judicial.

## **2.1. LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA INTEGRAL DEL ESTADO COMO RESPUESTA A LOS RETOS DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

La necesidad de visualizar la maquinaria estatal desde las aristas de lo gerencial y lo público obligó al gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) a implementar políticas tendientes a encarar la problemática de defensa jurídica del Estado, que ha impactado negativamente las finanzas públicas y su correlato frente a una administración eficiente, honesta y austera, capaz de ser medida por los resultados de su gestión.

Hacia 2004, con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo -B.I.D.-<sup>70</sup>, se concretaron una serie de medidas que garantizaran el impulso de un programa integral de reforma de la gestión pública, denominado Programa de Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.-, que pretendió incrementar la productividad en la administración pública nacional a partir del mejoramiento de la eficiencia, eficacia y transparencia de entidades y sistemas estatales, potencializando la relación entre insumos (costos de los recursos humanos, tecnológicos o de infraestructura) y productos (cobertura y calidad de los bienes o servicios provistos).

---

<sup>69</sup> NORTH, Douglass. *Institutions and Credible Commitment*. En: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, 1993, pp. 17, 20.

<sup>70</sup> Para 2012 el BID apoyará al Gobierno de Colombia mediante un préstamo de US\$10 millones con el fin de mejorar la gestión y disminuir los costos de defensa jurídica por concepto de demandas contra el Estado. El préstamo del BID tiene un período de amortización y de gracia de 15 años, con una tasa de interés basada en LIBOR. En: *Revista EJE 21, Colombia mejorará gestión de defensa jurídica del Estado*. Washington, 12 de julio de 2012. Consultado en: [www.eje21.com.co](http://www.eje21.com.co).

En aras de coadyuvar al fortalecimiento del servicio de justicia y la reforma del Estado como uno de los cuatro pilares del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 y materializar los presupuestos del P.R.A.P. a la luz de los postulados del Estado Comunitario planteado por Álvaro Uribe, se expidió la Ley 812 de 2003, aprobatoria del Plan, que en su capítulo II, artículo 8º, literal A preceptuó lo siguiente: “*En desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública se adelantará una política única de defensa judicial de la Nación. Con éste fin, se llevarán a cabo estudios para evaluar el origen de los procesos judiciales en contra de la Nación, las fallas comunes en los diferentes procesos y en su atención, así como en los procedimientos para adelantar procesos de repetición*”.

Con fundamento en la política única de defensa jurídica -imprecisamente denominada judicial- se establecieron como componentes del P.R.A.P., cuatro frentes de acción; respecto de la reestructuración, reforma, fortalecimiento e integración de la gerencia de lo público en la administración nacional, así:

**Tabla 3 - COMPONENTES DEL PROGRAMA P.R.A.P.**

<b>1. Reestructuración de la APN</b>	<b>2. Reforma a la gestión del empleo público</b>	<b>3. Fortalecimiento de sistemas transversales de Gestión</b>	<b>4. Integración de la información para la Gestión Pública</b>
Objetivo: Apoyar la reorganización vertical de ministerios y entidades del Gobierno central.	Objetivo: mejorar la gestión del talento humano al servicio del Estado.	Objetivo: mejorar la integración, calidad, eficiencia y eficacia de algunas funciones horizontales de gestión de la APN.	Objetivo: Ampliar la generación, integración y transparencia de la información en la gestión pública.

Fuente: D.N.P.(2007)<sup>71</sup>

Con base en éste antecedente legal, el documento Conpes 3248 de 2003 recogió la estrategia planteada por el P.R.A.P. incorporando dos dimensiones de reformas. De un parte, una *línea vertical* orientada a la reorganización de los sectores administrativos del ejecutivo a nivel central (Ministerios y Departamentos Administrativos) y por otra parte, la *línea horizontal* que transversaliza los diversos procesos de funcionamiento de los sectores de la administración pública nacional en términos de Gestión Jurídica Pública que incorporó a su vez cuatro frentes de reformas: Defensa Jurídica del Estado, Sistema de Contratación Pública, Asesoría Jurídica y Racionalización Normativa.

<sup>71</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Dirección de Evaluación de Políticas Públicas. *Evolución de Sinergia y evaluaciones en administración del Estado*. Serie 1. Bogotá, Abril de 2010.

Así mismo, y con respecto a la estructura orgánica en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal, a través de la preceptiva de la Ley 819 de 2003 se ordenó al Gobierno Nacional, la presentación ante las Comisiones Económicas del Congreso de un Marco Fiscal de Mediano Plazo contentivo de la relación de los pasivos contingentes que puedan afectar las finanzas estatales y su coetánea racionalización del gasto público a través del ejercicio de una disciplina fiscal que le entregue a la administración las herramientas necesarias para adelantar una defensa jurídica eficiente y eficaz. Por ello, dicho documento deberá presentarse antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal a partir del año 2004, a efectos de garantizar el pago puntual y oportuno de las obligaciones que puedan surgir de la materialización de dichas contingencias<sup>72</sup>.

Lo anterior se asume como el primer intento por abordar la figura de la defensa jurídica estatal, y en éste sentido presentaremos el marco normativo que respalda su creación, el desarrollo legislativo en términos de política pública transversalizadora de la gestión de la administración, y el estado actual de dicha política.

### **2.1.1 MARCO JURÍDICO DE LA DEFENSA ESTATAL**

Como se mencionó anteriormente, el sustrato normativo de la responsabilidad estatal frente a la reparación del daño antijurídico se encuentra en el artículo 90 constitucional, que ha posibilitado el desarrollo posterior de la acción de repetición, el llamamiento en garantía y la adecuación de la metodología de cálculo de contingencias litigiosas ajustada a las necesidades de la administración en términos de defensa jurídica, cuya pretensión no es otra que concientizar a los funcionarios de la magnitud de la responsabilidad de su actuar público y las consecuencias de afectación en su patrimonio.

Así las cosas, el artículo 90 presupone que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

Desarrollando éste postulado, en nuestro país se presentaron movimientos de reformas sobre gestión jurídica pública y defensa jurídica estatal ante las oleadas litigiosas que amenazaban con asfixiar el fisco. En éste orden de ideas, periodizaremos éstas reformas a través de tres fases, que incluyen los intentos preliminares, el desarrollo de la figura y la etapa final en la que se ubica actualmente el tema de la defensa jurídica del Estado.

---

<sup>72</sup> Artículo 1º Ley 819 de 2003.

### 2.1.1.1 FASE PRELIMINAR (1997 – 2000)

La fase preliminar incluye los primeros intentos por abordar dicha problemática en Colombia, y está comprendida entre los años 1997 a 2000, periodo que se movilizó con la creación en 1997 de la Oficina de Apoyo para la Defensa Litigiosa, dependencia que se encontraba adscrita al despacho del Viceministro del antiguo Ministerio de Justicia y del Derecho.

A fin de coordinar estrategias de racionalización y modernización de las instituciones que conforman la administración pública, a través de la Directiva Presidencial 03 de 1997, se ordenó a las entidades del orden nacional la creación de los Comités de Defensa Judicial y Conciliación, integrados por funcionarios del más alto nivel, responsables de la adopción de medidas tendientes a asegurar una defensa idónea de los intereses litigiosos de cada entidad y del diseño de estrategias de prevención del daño antijurídico, a través del uso de la conciliación como política de racionalización de recursos y descongestión judicial, pretendiendo “(...)3. *Promover estudios de prevención del daño antijurídico, en coordinación con las Oficinas de Control Interno de cada entidad, la Oficina de Apoyo para la Defensa Judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Asesor de Control Interno*<sup>73</sup>.”

Para 1998, se expidió la Ley 446 de 1998, que otorgó viabilidad jurídica a los Comités de Conciliación que se constituyeron en los órganos especializados al interior de las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital, de los municipios capital de departamento y de los entes descentralizados de éste mismo nivel, y debían ser conformados en aras de materializar los presupuestos constitucionales de la alternatividad en torno a la solución de conflictos y el ejercicio de una función administrativa al servicio de los intereses generales en términos de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>74</sup>.

Éstos Comités se definen como las instancias administrativas que actúan como sede de estudio, análisis y formulación de políticas, y están llamados a proteger los intereses públicos de la entidad orientando su estrategia de defensa en términos de prevención o reparación de los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes. Además determinarán la procedencia de la conciliación señalando la posición institucional en torno a la dinamización del mecanismo comunicada por el representante legal o apoderado de la entidad en el desarrollo de la diligencia conciliatoria<sup>75</sup>.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 1890 de 1999, se reorganizó el Ministerio de Justicia y del Derecho y se creó la Dirección de Defensa Judicial de la Nación -en

---

<sup>73</sup> El Consejo Asesor de Control Interno fue creado por el Decreto 280 de 1996.

<sup>74</sup> Artículo 75 Ley 446 de 1998.

<sup>75</sup> Decreto 1716 de 2009.

adelante Dirección de Defensa Jurídica del Estado (D.D.J.E.)-<sup>76</sup>, reglamentando sus funciones a través del artículo 17, así:

1. Contribuir al diseño de una política de defensa judicial de la Nación en coordinación con la Secretaría Jurídica de la Presidencia.
2. Diseñar propuestas de prevención del daño antijurídico estatal.
3. Analizar de manera permanente los temas en que surge mayor conflictividad y proponer estrategias para impedirla o encausarla.
4. Diseñar y administrar un Sistema de Información y un banco de datos sobre los procesos en los cuales interviene la Nación.
5. Divulgar estrategias de Defensa Judicial de la Nación en coordinación con la Secretaría Jurídica de la Presidencia.
6. Propiciar la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
7. Elaborar propuestas de reformas legislativas y hacer seguimiento al trámite de las mismas para un correcto ejercicio de las funciones que se le asignan.

La Dirección de Defensa Judicial de la Nación -D.D.J.N.- se constituyó en la responsable de dirigir y ejecutar la política pública de defensa jurídica del Estado, relacionada con la prevención del daño antijurídico estatal y la recuperación patrimonial a través de la acción de repetición. Así mismo coordinaba la defensa litigiosa en los procesos en que se vea involucrada la Nación en una cuantía superior a dos mil salarios mínimos mensuales vigentes (2.000 s.m.l.m.v.), adelantando el seguimiento y control del desempeño de los apoderados que defienden al Estado, a través del sistema de información litigiosa estatal y la potencialización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos entre entidades públicas del nivel central y descentralizado.

En el año 2000, el Decreto 1214 habilitó a la Dirección de Defensa Judicial de la Nación en el acompañamiento a los Comités de Conciliación<sup>77</sup> de los órganos del Estado, los cuales fueron creados por la Ley 446 de 1998, a efectos de adelantar estudios sobre la etiología de la litigiosidad.

---

<sup>76</sup> Reforma introducida por el Decreto 4530 de 2008.

<sup>77</sup> Artículo 2º Decreto 1214 de 2000.

Así mismo, el artículo 3º del mencionado Decreto<sup>78</sup>, estableció la composición de los Comités, advirtiendo que sus funcionarios se constituían en miembros permanentes, concurriendo con voz y voto y se organizaban acogiendo la siguiente estructura:

1. El Jefe de la entidad pública o su delegado.
2. El ordenador del gasto o quien haga sus veces.
3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo los intereses litigiosos de la entidad.
4. Dos funcionarios de dirección o confianza designados de acuerdo a la estructura orgánica de cada ente.

Por su parte, sólo concurrían a las sesiones del Comité con derecho a voz los funcionarios de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y Justicia -en adelante M.I.J.-, los apoderados que representarán los intereses de la entidad en cada proceso, el Jefe de la Oficina de Control Interno y el Secretario Técnico<sup>79</sup> del Comité, así como funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir de acuerdo al caso en concreto.

Estos Comités de Conciliación deben reunirse al menos una vez cada tres meses, sesionando por lo menos tres de sus miembros permanentes y adoptarán sus decisiones por mayoría simple. Con respecto a su desempeño funcional, deben formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico orientadoras de la defensa de los intereses de la entidad; estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente a efectos de establecer la etiología generadora de los conflictos, el índice de condenas, los tipos de perjuicio que convierten a la administración en sujeto pasivo de la acción y las deficiencias procesales en las que incurren sus apoderados. Así mismo, éstos Comités deben fijar las directrices institucionales en la aplicación de los mecanismos de transacción y conciliación, señalando la procedencia de éstas figuras de arreglo directo y de las acciones de repetición<sup>80</sup> y llamamiento en garantía<sup>81</sup> en los

---

<sup>78</sup> Modificado por el artículo 1º del Decreto 2097 de 2002. Diario Oficial No. 44.940 del 21 de septiembre de 2002.

<sup>79</sup> El Secretario Técnico tiene entre otras funciones la elaboración de las actas de cada sesión del Comité verificando el cumplimiento de sus decisiones, preparar el informe de gestión del Comité que será remitido al representante de la entidad y a los miembros del Comité cada seis (6) meses, con copia a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del M.I.J., además de proyectar y someter a consideración del Comité la información que éste requiera para la formulación y diseño de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses del ente.

<sup>80</sup> En los eventos de pago total de una condena, de conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, el ordenador del gasto deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación, para que en un término no superior a 3 meses se adopte la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición. Así las cosas, los apoderados encargados de iniciar los procesos de repetición tendrán un plazo máximo



eventos de responsabilidad patrimonial generados por la condena a la entidad<sup>82</sup>, situación que permite además definir los criterios para la selección de abogados externos que han de garantizar la idoneidad en la defensa de los intereses públicos<sup>83</sup>.

En términos de defensa, se reitera la competencia de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, que se constituye en la entidad encargada de asesorar a los entes públicos en la conformación y funcionamiento de los Comités de Conciliación, además de promover el diseño y desarrollo de las políticas integrales de defensa de los intereses públicos en asuntos litigiosos y prevención del daño antijurídico estatal.

Así mismo se previó el diseño del Formato Único de Actividad Litigiosa y Conciliaciones<sup>84</sup>, a través del cual se recolecta la información relacionada con las conciliaciones y el estado de los procesos en los que sean parte las entidades y organismos de derecho público<sup>85</sup> de los órdenes nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. Con base en esta información, la D.D.J.N. elaborará anualmente un informe para el Gobierno Nacional con el fin de proporcionar herramientas para la formulación y ejecución de políticas y planes de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico estatal.

### **2.1.1.2 FASE DE DESARROLLO (2001 - 2004)**

Ésta fase corresponde al periodo comprendido entre las vigencias 2001 a 2004, que se inauguran con la reglamentación que incorpora la Ley 678 de 2001 sobre responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos, las acciones de repetición<sup>86</sup> y el

---

de tres (3) meses a partir de que se haya tomado la decisión para interponer la correspondiente demanda.

<sup>81</sup> A los apoderados de los entes públicos les compete estudiar la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición en los procesos judiciales de responsabilidad patrimonial. En caso de no resultar viable el llamamiento, deberán justificarlo por escrito y presentar un informe mensual al Comité de Conciliación. Los reportes sobre repetición y llamamiento en garantía se remitirán en los meses de junio y diciembre de cada anualidad a la D.D.J.N.

<sup>82</sup> Cfr. Circular No. 11 de 2007 emitida por la Procuraduría General de la Nación, establece las acciones encaminadas al ejercicio eficiente y eficaz de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición.

<sup>83</sup> Artículo 5º Decreto 1214 de 2000.

<sup>84</sup> Arts. 10 y 11 ibídem.

<sup>85</sup> A partir del 1º de marzo de 1995, se estableció que los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales deben ser remitidos al órgano condenado u obligado el cual deberá atender el pago de la obligación con cargo a su propio presupuesto. (Decreto 4689 de 2005 modificadorio del artículo 37 del Decreto 359 de 1995.)

<sup>86</sup> Artículo 2º Ley 678 de 2001.

llamamiento en garantía, que pueden adelantarse en su contra por conductas dolosas<sup>87</sup> o gravemente culposas<sup>88</sup> que ocasionan condena al Estado, en términos de reparación patrimonial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 678 de 2001, la teleología de éstas acciones se orientó a garantizar la materialización de los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, aunados a sus finalidades implícitas de retribución y prevención.

La acción de repetición se concibe como una acción civil de carácter patrimonial que debe incoarse por parte del representante legal de la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada, durante los seis (6) meses siguientes al pago total o de la última cuota de la condena adelantado por la entidad pública, sin la posibilidad jurídica de desistir. Ante la omisión de la entidad, podrá ejercitar la acción el Ministerio Público y el M.I.J., a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad del orden nacional.

Con respecto al llamamiento en garantía, el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, establece que dentro de los procesos de responsabilidad que cursen en contra del Estado relacionados con controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente presuntamente culpable hasta antes de finalizar el período probatorio, para que en el mismo proceso se decida sobre la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

Posteriormente a la Ley 678 de 2001, se pretendió renovar la administración pública nacional, a través de la Ley 790 de 2002, racionalizando su organización y funcionamiento a fin de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado, erigiendo a la

---

<sup>87</sup> Se configura la conducta dolosa cuando el agente del Estado actúa de manera intencional y ajena a las finalidades del servicio del Estado, sin ningún respeto por el ordenamiento jurídico, circunstancia que se presume en los siguientes eventos: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. (Artículo 5º ibídem).

<sup>88</sup> El artículo 6º presupone que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume en las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable. 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable. 4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Dirección de Defensa Judicial de la Nación<sup>89</sup> como la encargada de coordinar las políticas públicas de defensa litigiosa del Estado en términos de prevención del daño antijurídico, profesionalización en la defensa de sus intereses litigiosos y la recuperación de los dineros que con ocasión de las conductas dolosas o gravemente culposas de sus funcionarios o ex funcionarios haya pagado el Estado, así como las de coordinación, seguimiento y control de las actividades de los apoderados que defienden al Estado en las entidades del orden nacional, mediante la implementación y consolidación de un sistema integral de información que de manera transversal alerte sobre las eventualidades judiciales a que se expone el ente estatal.

En éste sentido, y como consecuencia de la fusión entre los Ministerios del Interior y Justicia contemplado en el artículo 3 de la Ley 790 de 2002, se reiteran las funciones de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, a través del Decreto Ley 200 de 2003, enfatizando en la coordinación de la defensa estatal en todos los procesos que involucran una cuantía superior a los dos mil (2000) s.m.l.m.v.<sup>90</sup>; el seguimiento y control a los apoderados del Estado a nivel nacional; la implementación del sistema integral de información que permite alertar sobre las eventualidades judiciales a las que se expone el Estado; adelantar el control y el seguimiento de las actuaciones judiciales desarrollados por los órganos de la administración pública; sistematizar la información litigiosa de las entidades estatales y profesionalizar los derechos litigiosos del Estado.

A modo de ilustración, presentamos el siguiente reporte del SIGOB- Sistema de Gestión y Seguimiento a las metas del Gobierno-, que nos permite conocer el porcentaje de procesos en cuantía superior a 2000 s.m.l.m.v., los cuales han sido coordinados por el Ministerio del Interior y Justicia, ante Cortes internas e internacionales, con respecto al total de procesos existentes de este tipo. La coordinación está dada por el conjunto de actividades y estrategias jurídicas articuladas y organizadas que procuran una eficiente defensa litigiosa o la aplicación de los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el fin de restablecer racionalmente los derechos de los ciudadanos, descongestionar la administración de justicia y disminuir el impacto presupuestal.

---

<sup>89</sup> Artículo 15 Ley 790 de 2002.

<sup>90</sup> Para la vigencia de 2009 la D.D.J.E. logró identificar el universo de procesos que supera los 2.000 s.m.l.m.v., arrojando como resultado CUATRO MIL DIECISIETE (4.017) casos, de los cuales 1.218 corresponden a la Fiscalía General de la Nación, 1.055 al Ministerio de Defensa Nacional según el reporte presentado por el Dr. Fernando Arévalo -Director de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del M.I.J.- en el marco del Foro *Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009.

Tabla 4 AVANCES PERIODO 2006-2010

Periodo	Meta	Resultado	Avance
Línea de Base Cuatrienio	--	--	--
Resultado Año 2006	--	65 %	--
AÑO 2006 (Agosto a Diciembre)	--	--	--
AÑO 2007	70 %	70 %	100 %
AÑO 2008	75 %	100 %	133,33 %
AÑO 2009	100 %	85 %	85 %
AÑO 2010 (Enero a Agosto)	100 %	95 %	95 %
AÑO 2010	100 %	95 %	95 %
<b>Cuatrienio:</b>	<b>100 %</b>	<b>95 %</b>	<b>95 %</b>

Fuente: SIGOB/Sector Interior y de Justicia/Coordinación de procesos contra la Nación  
(30/09/2010)

Gráfica 1

### PORCENTAJE DE PROCESOS CONTRA LA NACIÓN EN CUANTÍA SUPERIOR A 2000 SMLMV COORDINADOS AL AÑO



Fuente: SIGOB/Sector Interior y de Justicia/Coordinación de procesos contra la Nación  
(30/09/2010)

Lo anterior, da cuenta del incremento porcentual de las acciones que superan los 2000 s.m.l.m.v, en donde la vigencia 2008 fue la única en la que el resultado litigioso alcanzó la meta propuesta respecto al acompañamiento y coordinación de dichos procesos, seguida por la vigencia 2010 que arrojó el 95%.

Por su parte, el Consejo de Política Económica y Social -CONPES-, en octubre de 2003, expidió el Documento Conpes 3250 relacionado con los lineamientos de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la Nación y para la valoración de los pasivos contingentes originados en operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y en sentencias y conciliaciones.

El CONPES 3250 caracterizó la problemática de la actividad litigiosa de la Nación a pesar de la inconsistencia y la multiplicidad de cifras existentes frente a la materia, arrojando los siguientes resultados:

1. La Procuraduría General de la Nación, la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y Justicia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Dirección de Crédito Público - Subdirección de Políticas de Riesgos, se constituyen en las entidades encargadas de recaudo y consolidación de la información litigiosa. Cada una cumple funciones diferentes, en torno al registro actualizado de las condenas vigentes en contra de las entidades estatales, con fines preventivos de control de gestión (P.G.N.), o respecto de la administración del sistema de información que contenga la base de datos de los procesos en los que interviene la Nación con el fin de coadyuvar en el diseño e implementación de políticas públicas en términos de defensa judicial y su correlativa coordinación y seguimiento de la actividad litigiosa (D.D.J.E.) y en el marco presupuestal adelantar el rastreo a las valoraciones contingentes de las entidades estatales (M.H.C.P.).

Si bien es cierto cada entidad debe guardar coherencia con el procedimiento funcional señalado por la ley, el recaudo de los datos se adelanta con metodologías y parámetros referenciales distintos, es decir que no se evidenciaba un criterio unificador que proporcionara certidumbre a las entidades obligadas a reportar, lo que conducía a la imprecisión y/o incumplimiento de dicha obligación de recaudo<sup>91</sup>.

2. La dispersión de la información dificultó las labores de monitoreo y seguimiento de la realidad procesal del país en términos de su naturaleza accionaria, cuantía, causas, sujetos litigiosos, número y estado de pleitos; situación que redundó en la falta de decisiones oportunas de salvaguarda de las finanzas públicas.

---

<sup>91</sup> Documento CONPES 3250 de 2003, pp. 5-6.

De otra parte, las entidades públicas carecían de datos que arrojaran una estimación real sobre las apropiaciones presupuestales necesarias para cubrir los contingentes producto de la actividad litigiosa, ya que se encontraban rotos los canales de comunicación entre la oficina jurídica y las áreas financiero-contables, imposibilitando la determinación real de la cuantía de los procesos pendientes y los fallos ejecutoriados<sup>92</sup> y su actualización en sistemas de soporte de información integrados -como el Formato Único de Actividad Litigiosa<sup>93</sup>-, capaces de consolidar la tendencia judicial de cada ente público en el país frente a la obligación de recaudo y análisis que debía adelantar la D.D.J.E.

3. Para el año 2003 al no conocerse en detalle la metodología de reporte y recaudo de la información, los resultados no daban cuenta de la situación real del Estado como sujeto pasivo de la acción, lo que imposibilitaba adelantar los cruces entre los montos apropiados, comprometidos y efectivamente pagados; que problematizan la actuación pública nacional, más aún en el nivel territorial que se caracterizaba por su estaticidad.

Por su parte, el Banco Mundial coincidía frente a éste panorama crítico, el cual sustentó con la cuantificación de la responsabilidad contingente del Estado por concepto de procesos judiciales y arbitrales resueltos en primera instancia, estableciendo que para la vigencia 2003 ascendía aproximadamente a quinientos millones de dólares (US \$500 millones), con una tendencia creciente que a criterio del informe, en el año 2006 podría representar un dos por ciento (2%) del PIB<sup>94</sup>. Lo anterior, permite evidenciar precisamente, la falta de unidad en cifras, que distorsiona el conocimiento de la realidad de pérdida litigiosa en el país.

4. Con el objeto de fortalecer la Defensa Jurídica del Estado e instrumentalizar la valoración adecuada de los pasivos contingentes, se pretendió diseñar medidas tendientes a potencializar la prevención del daño antijurídico, la defensa de los intereses patrimoniales y judiciales del Estado y la reestructuración institucional, normativa y de infraestructura tecnológica, transversalizada por un sistema de información integral proveedor de herramientas necesarias para fortalecer el diseño, coordinación y ejecución de la política pública de defensa estatal.

Para la consecución de éste objetivo se recomendó la creación de una Comisión Interinstitucional conformada por el Director de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y Justicia, el Director de la Dirección de

---

<sup>92</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad. Dirección de Estudios Sectoriales. *"Sentencias y Conciliaciones en las Entidades del Sector Defensa, Justicia y Seguridad: ¿El Estado Condenado?"*, Bogotá, junio de 2003.

<sup>93</sup> Decreto 1214 de 2000.

<sup>94</sup> WORLD BANK. Report No. 25476 CO. Colombia-México Country Management Unit Latin America and the Caribbean Region. 2003.

Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Director de la Dirección de Justicia y Seguridad del Departamento Nacional de Planeación, quienes tendrían a su cargo el diseño de la política, la valoración de los pasivos contingentes, la atención de las necesidades de las entidades comprometidas con la actividad litigiosa, así como la definición del Formato Único de Reporte de Información y de la caracterización y variables del sistema de recaudo.

5. Se recomendó expedir por parte del Gobierno Nacional una Directiva Presidencial con el objeto de lograr el recaudo de la información que requiere la D.D.J.N. del M.I.J. y la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para identificar la metodología más adecuada de valoración de los pasivos contingentes resultantes de sentencias y conciliaciones, cifras que deben ser precisadas para lograr su incorporación en el marco fiscal de mediano plazo y validar las apropiaciones presupuestales que garantizarán el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado.

En ésta misma vigencia, se expidió la Ley 812 de 2003, aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, que bajo el objetivo de brindar seguridad democrática a los ciudadanos en el aparte referente al fortalecimiento del servicio de justicia, se estableció el desarrollo de una Política Única de Defensa Jurídica del Estado, con base en el Programa de Renovación de la Administración Pública, basada en estudios etiológicos que permitieran evaluar el origen de los procesos judiciales en contra de la administración, las fallas más comunes en los diferentes procesos, especialmente en las acciones de repetición; lo cual se encaminaba a formular y poner en marcha una política orientada a brindar seguridad y coherencia jurídica a través de la reorganización administrativa del sistema de justicia y la simplificación del ordenamiento normativo<sup>95</sup>.

La pretensión de renovación de la administración pública se sustentaba de una parte, en el fortalecimiento de la participación ciudadana; relacionado con la definición, ejecución y vigilancia de las tareas públicas, impulsadas desde la potencialización de la educación básica, la integración, participación de las veedurías comunitarias y organizaciones comunales en la elaboración de presupuestos y en la formulación, seguimiento y evaluación de las decisiones de política pública desde los procesos de planeación participativa que las afectan en términos de descentralización y gestión pública territorial. De otra parte, se pretendió adoptar una nueva cultura de gestión de lo público, a través de la incorporación de conceptos y prácticas de gerencia moderna para la gestión de las entidades públicas, el establecimiento de una política estatal en términos de austeridad y autocontrol a través de la reducción de los costos de la maquinaria del Estado y el rediseño institucional con la finalidad de aumentar la eficiencia y la gestión mediante una recomposición de la planta de personal hacia las labores misionales.

---

<sup>95</sup> Capítulo II, Artículo 8, Literal A de la Ley 812 de 2003.

Por ello, se pretendió impulsar un conjunto de reformas transversales que buscaron incidir en la transformación estructural del Estado, en materia de planeación, presupuesto, contratación pública, carrera administrativa, defensa jurídica del Estado y gestión de activos públicos a la luz de instrumentos de política económica y social; que atendieran las restricciones macroeconómicas y fiscales y la eficiente asignación de los recursos públicos que deben consultar el interés general.

Aunado a lo anterior, a través de la Ley 819 de 2003, se dictaron normas orgánicas relativas al presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal, con la pretensión de racionalizar el ejercicio fiscal y hacer sostenible la deuda pública en términos de estabilidad económica y niveles de desarrollo a través de la afectación de fuentes de riesgo -garantías- en las obligaciones contractuales. Por ello, se estableció un conjunto de reglas y procedimientos que sometieron la administración de las finanzas públicas de los órdenes nacional y territorial a una permanente rendición de cuentas respecto del manejo de los recursos. Así mismo, se acuñó la definición de pasivos contingentes, entendidos como las obligaciones pecuniarias sometidas a condición, es decir aquellas que las entidades públicas estipulan a favor de un tercero con base en factores identificables, cuantificables y de explícita estipulación en un acuerdo o contrato ante la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.

Ésta ley estableció la presentación de un Marco Fiscal de Mediano Plazo que debía incluir entre otros factores, la determinación cuantificada de las obligaciones contingentes, que obliga a crear un Fondo de Contingencias, cuyo valor está sujeto al monto de las contingencias y la probabilidad de materialización de las mismas.

Con base en el artículo 3º de la Ley 819 de 2003<sup>96</sup>, la valoración de las contingencias es aplicable a tres componentes de la actividad estatal: operaciones de crédito público, que se valoran a partir de técnicas de evaluación de riesgo crediticio<sup>97</sup>, contratos administrativos especialmente en la celebración de contratos de concesión<sup>98</sup> y actividad litigiosa<sup>99</sup>, producto de sentencias y conciliaciones. Así las cosas, la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se constituye en la competente para desarrollar la metodología de valoración de las contingencias a fin de efectuar las estimaciones, incorporarlas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y aprobar su reporte por parte de los entes públicos.

La Dirección General de Apoyo Fiscal a través de consulta adelantada por la Contraloría de Antioquia<sup>100</sup> acuñó lo definido por la Banca Multilateral al considerar los pasivos contingentes como *“las obligaciones que tienen su origen en hechos específicos e independientes que pueden ocurrir o no ocurrir y pueden ser explícitos o implícitos. Los*

---

<sup>96</sup> Reglamentado parcialmente por el Decreto 3800 de 2005.

<sup>97</sup> Artículo 6º Ley 358 de 1997.

<sup>98</sup> Decreto 423 de 2001 reglamentario de la Ley 448 de 1998.

<sup>99</sup> Artículos 49 a 51 Decreto 423 de 2001.

<sup>100</sup> Consulta No. 0030634-05 del 11 de noviembre de 2005.



*pasivos contingentes explícitos hacen referencia a aquellos acuerdos financieros contractuales que dan origen a obligaciones condicionales para efectuar pagos con valor económico (origen de ley o contrato) y sus fuentes pueden ser: deuda, obligaciones de proveer fondos o la compensación a un tercero por pérdidas. Los pasivos contingentes implícitos no tienen origen en un acto de voluntad o en una ley y se reconocen después de haberse cumplido una cierta condición o producirse un determinado hecho*<sup>101</sup>.

La previsión contingente no era suficiente, por lo que se requería potencializar la materialización de los fines del Estado Social de Derecho en términos de economía procesal y alternatividad en la resolución de los conflictos suscitados entre las entidades públicas, a través de la dinamización de los M.A.S.C. presupuestados constitucional y legalmente<sup>102</sup>, por lo que se expidió la Directiva Presidencial 02 de 2003.

Nuevamente la D.D.J.N. cobró protagonismo, en tanto que se constituyó en la competente para proponer posibles salidas extrajudiciales y negociadas al conflicto, revisar y emitir concepto previo antes de someter el pleito ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa o al procedimiento arbitral y participar activamente en los trámites conciliatorios que requieran adelantarse para ponerle fin a las diferencias públicas.

Para 2004, y en cumplimiento de la Ley 819 de 2003, se expidió la Directiva Presidencial 01 de 2004, relacionada con la presentación del Marco Fiscal de Mediano Plazo que debía contener la relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

Por lo anterior, las entidades del orden nacional fueron obligadas a remitir al Ministerio del Interior y de Justicia -Dirección de Defensa Judicial de la Nación- y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, División de Pasivos Contingentes-, la información relacionada con los pasivos contingentes que pudieran estar a cargo de la Nación colombiana en virtud de convenios interadministrativos, operaciones de crédito público y actividad litigiosa del Estado.

El Formato Único de Actividad Litigiosa del Estado y de suministro de datos para valoración de pasivos contingentes se constituyó en el mecanismo de reporte de información, cuyo contenido debía ser diligenciado por el Jefe de la Oficina Jurídica, revisado por el Jefe de la Oficina de Control Interno de Gestión y remitido por el Secretario General de cada entidad.

---

<sup>101</sup> En: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dirección General de Apoyo Fiscal. *Cartilla de aplicación para entidades territoriales*, Bogotá, Febrero de 2008.

<sup>102</sup> Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y Ley 640 de 2001.

### 2.1.1.3 FASE FINAL (2007 - 2011)

La actividad legislativa y reglamentaria evidenciada principalmente en la vigencia de 2003, se contradice con la ausencia de producción normativa para 2005 y 2006. Sólo en 2007, y con base en las líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa jurídica del Estado, la valoración contingente establecida por el Conpes 3250 de 2003 y la Directiva 01 de 2004, se expidió el Decreto 1795 de 2007, que posibilitó el recaudo de la información relacionada con la actividad litigiosa a través de una herramienta capaz de centralizar y unificar las cifras sobre el comportamiento de la gestión jurídica de la administración a nivel interno e internacional, por lo que se adoptó el Sistema Único de Información para la Gestión Jurídica del Estado denominado LITIGOB<sup>103</sup>, que se constituyó en el único sistema de recaudo y administración de la información sobre actividad litigiosa estatal.

Por su parte, la responsabilidad sobre la definición técnica, administración general y vigilancia recayó sobre la D.D.J.N. del M.I.J., sin desconocerse la obligación de todas las entidades y organismos estatales del orden nacional a reportar al sistema la información litigiosa, para lo cual se garantizaba el acceso a los apoderados y demás responsables para adelantar el registro de la información en términos de conectividad tecnológica y de comunicaciones<sup>104</sup> permitiendo el ingreso al LITIGOB y el acceso de las entidades públicas que tienen la competencia para recaudar y emitir informes al respecto, como la Contraloría General de la República, la Contaduría General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Consejo Superior de la Judicatura.

Los representantes legales de cada entidad debían adelantar la designación del funcionario responsable de vigilar el registro oportuno y la constante actualización de la información que se ingresará al sistema. De otra parte, en cabeza de los jefes de control interno recaía la verificación del cumplimiento de la exigencia legal de reporte, cuyos resultados debían ser certificados semestralmente ante el M.I.J.

Mediante el Decreto 4530 de 2008, se modificó la estructura del Ministerio del Interior y Justicia, además de la nominación de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación por Dirección de Defensa Jurídica del Estado adscrita al Viceministerio de Justicia y del Derecho. De acuerdo con el artículo 23, ésta dependencia mantiene la definición de las políticas y estrategias generales de defensa jurídica pública, prevención del daño antijurídico y profesionalización de los apoderados del Estado, a través de la implementación de los modelos de Gestión Jurídica Estatal a partir de los estudios e investigaciones etiológicas sobre el impacto de la litigiosidad interna e internacional; la

---

<sup>103</sup> Éste sistema fue creado por la Ley 790 de 2002.

<sup>104</sup> De acuerdo al Art. 5º del Decreto 1795 de 2007, el M.I.J. en coordinación con la Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones, garantizan la custodia y seguridad del almacenamiento de la información reportada, así como la capacidad de tráfico permanente para que las entidades puedan acceder al sistema.

coordinación de la defensa en asuntos cuya cuantía supere los dos mil (2000) s.m.l.m.v.; el seguimiento y acompañamiento a los Comités de Conciliación, especialmente en lo atinente a la acción de repetición de que trata la Ley 678 de 2001; así como la administración funcional del Sistema Único de Información Litigiosa; además de la propuesta de proyectos de ley, actos o reformas legislativas, a través del análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Ordenamiento Jurídico y la Oficina de Asuntos Legislativos del M.I.J.

Como complemento, el Decreto 200 de 2003, promovió explícitamente la utilización de los M.A.S.C. a nivel prejudicial y judicial cuando estaba involucrada una entidad del Estado o se generaban conflictos interadministrativos entre ellas, enfatizando además el ejercicio de la competencia residual de que trata el artículo 8° de la Ley 678 de 2001, la asesoría al Ministro en el ejercicio del control administrativo y de tutela, de las atribuciones de suprema dirección del sector administrativo del Interior y de Justicia y la participación en las Juntas, Comisiones, Comités y Grupos Técnicos de los cuales haga parte o por delegación del Ministro o Viceministros.

Guardando la coherencia normativa, mediante el Decreto 2484 de 2008, se crea la Comisión Intersectorial para la Defensa de los Intereses Jurídicos de la Nación, con el fin de estudiar la problemática presentada en virtud de las controversias judiciales que por su naturaleza o cuantía amenacen con afectar gravemente los intereses patrimoniales del Estado y proponer las soluciones jurídicas que garanticen la adecuada defensa de sus intereses en el marco de los procesos ordinarios, constitucionales, administrativos y arbitrales que se adelanten en su contra en los distintos despachos judiciales<sup>105</sup>.

El artículo 2° estableció que dicha Comisión estaría integrada por el Ministro del Interior y de Justicia, que la presidirá, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Defensa, el Ministro de Protección Social, el Viceministro de Justicia, el Director del Departamento Nacional de Planeación, la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, ésta última fungirá como Secretaría de la Comisión.

Dentro del marco de sus funciones<sup>106</sup> la Comisión debía reunirse ordinariamente al menos una (1) vez al mes, a efectos de coordinar las medidas necesarias tendientes a materializar una adecuada defensa jurídica de los intereses públicos, para lo cual podía realizar consultas con entidades estatales, sectores académicos, asociaciones de abogados, sobre las acciones y demás gestiones pertinentes que nutrieran el ejercicio de una adecuada defensa. Así mismo, se le otorgó la facultad de conceptuar sobre los

---

<sup>105</sup> Dentro de los casos más representativos que ha coordinado y orientado la Comisión Intersectorial se encuentran acciones contra las Captadoras ilegales de dinero, Tutelas contra la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, interpuestas por los desplazados y víctimas de la violencia y Saqueo del Patrimonio Arqueológico de la Nación, entre otros.

<sup>106</sup> Artículo 3° Decreto 2484 de 2008.

argumentos expuestos en la contestación a las respectivas demandas y asesorar sobre las acciones pertinentes encaminadas a favorecer la gestión jurídica pública del ente estatal.

Para la vigencia de 2009, se expidió la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, con el objetivo de adoptar medidas que garantizaran mayor eficacia y celeridad en la prestación del servicio de justicia en el país, mediante la descongestión de los despachos judiciales y el fortalecimiento del acceso a la justicia.

Bajo éstos presupuestos se instauró la oralidad para todas las actuaciones procesales, pretendiendo adoptar nuevos estatutos procesales capaces de armonizar la tradicionalidad judicial con las nuevas diligencias orales. Así mismo se potencializó la instrumentalización de la alternatividad en la resolución de los conflictos a efectos de contribuir a la disminución de la carga laboral de los despachos judiciales y a su vez incrementar la eficacia y efectividad en el trámite procesal.

Así mismo se enfatizó en la importancia de mantener en operación, sistemas de información completos y oportunos sobre el sistema de justicia, incluyendo estadísticas sobre la gestión de los funcionarios que desempeñan funciones jurisdiccionales, lo que posibilitaría el monitoreo y seguimiento individualizado de los procesos, redundando en el establecimiento de un diagnóstico revelador de las falencias de la administración de justicia en el país.

Como medida transitoria que coadyuve a la descongestión judicial, se revivió la figura de la perención para los procesos ejecutivos<sup>107</sup> que hayan permanecido inactivos durante nueve meses o más por falta de impulso del accionante, caso en el cual el juez, ordenará la terminación del proceso, la devolución de la demanda y, cuando corresponda, cancelará las medidas cautelares, condenando en costas y perjuicios al demandante.

Ésta preceptiva legal creó además la Comisión del Proceso Oral y Justicia Pronta<sup>108</sup>, la que tendrá a su cargo estudiar la problemática de la administración de justicia en el país, como la expedición de un Estatuto General de Procesos Judiciales, la ejecución de proyectos de desjudicialización y asignación de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas y la implantación de procesos orales y por audiencias en todos los niveles de la administración de justicia. Esta Comisión será presidida por el Ministro del Interior y Justicia y estará integrada por los presidentes de las altas Cortes y del Consejo Superior de la Judicatura; un senador y un representante a la Cámara, pertenecientes a las Comisiones Primeras Constitucionales; dos representantes de la Academia, y uno de la sociedad civil. La secretaría técnica será ejercida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

---

<sup>107</sup> Artículo 23 Ley 1285 de 2009.

<sup>108</sup> Artículo 24 Ley 1285 de 2009.

De otra parte, se contempló la creación de un “Plan Nacional de Descongestión Judicial para la Justicia al día”<sup>109</sup>, que establece los objetivos, indicadores y estrategias de descongestión encaminadas a la redistribución de procesos entre tribunales y juzgados de acuerdo con la carga laboral, respetando la especificidad funcional y la jerarquía; la creación de cargos de jueces y magistrados de apoyo itinerante para cada jurisdicción; la autorización a los jueces de conocimiento para conformar comisiones o trasladarse fuera de su sede para practicar pruebas de procesos; crear excepcionalmente cargos transitorios de jueces o magistrados sustanciadores, y vincular de forma temporal a empleados, profesionales expertos y personal auxiliar para que ejerzan funciones especificadas en el plan de descongestión. Este plan debía formularse en un plazo máximo de seis meses a partir de enero de 2009 y su implementación está pensada en forma gradual, priorizando las zonas y despachos del país que evidencien mayor volumen de represamiento de procesos.

Ésta evolución normativa que introduce aspectos de reforma judicial pretende coadyuvar a la política de defensa, como también se advierte en la Ley 1285 de 2009, que introdujo reformas sustanciales consistentes de una parte, en la creación de los juzgados de pequeñas causas y de competencia múltiple, por lo que su actuación se adelantará en forma oral, sumaria y en única audiencia y su competencia estará dada para conocer de conflictos correspondientes a la jurisdicción ordinaria que sean definidos como menores; así mismo, se suprimen los juzgados agrarios y se incluyen los juzgados penales para adolescentes y de ejecución de penas. Por otra parte, y respecto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se modifica la composición del Consejo de Estado al aumentar de 27 a 31 el número de magistrados que lo integran, especializando las funciones de las subsecciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo; se autoriza al Consejo de Estado para que seleccione y revise providencias que determinen la finalización o archivo de acciones populares o de grupo, a petición del Ministerio Público o de una de las partes; y se establece la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad, reparación directa, restablecimiento del derecho y controversias contractuales<sup>110</sup>.

A través de la Directiva Presidencial 05 de 2009, se entregaron instrucciones a los Comités de Conciliación de las entidades del orden nacional<sup>111</sup>, para el adecuado ejercicio de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en los asuntos contenciosos administrativos, incluyéndose la obligatoriedad de reportar los resultados de los indicadores de eficacia y eficiencia de la conciliación y las decisiones de los

---

<sup>109</sup> De acuerdo con el artículo 15, el Plan Nacional de Descongestión será concertado y ejecutado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>110</sup> Decreto 1716 de 2009 reglamentario del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el Capítulo V de la Ley 640 de 2001 y el artículo 75 de la Ley 446 de 1998.

<sup>111</sup> Según reporte entregado por la D.D.J.E., las entidades estatales que cuentan con Comité de Conciliación ascienden a seiscientos ochenta y seis (686), de las cuales tan solo el 22% cumple con la obligación de reportar la gestión de sus comités.

comités<sup>112</sup>. Se enfatizó en la importancia de apelar a los M.A.S.C. particularmente la conciliación, entendida como una herramienta jurídica que posibilita a la comunidad la solución directa de sus diferencias en forma ágil, flexible, efectiva, a efectos de garantizar el derecho de los asociados a una pronta y efectiva justicia en términos del artículo 209 constitucional, con respecto a los principios de la función pública administrativa, lo que permite descongestionar el engranaje jurisdiccional del Estado, a través de las reformas introducidas por la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009.

Ante la evidencia de que la problemática de la defensa jurídica estatal y el desborde fiscal originado en las acciones contra el Estado sigue en aumento y aún cuando se ha tratado de encarar políticamente, la respuesta no ha sido efectiva, por lo que se pretendió fortalecer institucionalmente a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado dotándola de personería jurídica, administrativa y financiera a través del cambio de su naturaleza a Agencia especializada que oriente y coordine dicha actividad en las entidades y organismos de la administración, para el logro de una defensa técnica armónica que responda a los intereses jurídicos públicos, fortaleciendo las competencias litigiosas públicas en el ámbito internacional y los sistemas de información de la actividad litigiosa del sector público, sin pretensión distinta por salvaguardar los intereses patrimoniales de la Nación, a través de una debida actividad de defensa judicial de los mismos.

En éste orden de ideas, se promulgó la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011, mediante la cual se le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública, entre las cuales se encuentra la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, concebida como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa - financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales<sup>113</sup>.

Mediante el Decreto 4085 del 1 de noviembre de 2011 derogatorio de los Decretos 4530 y 2484 de 2008, se reglamentó la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la que se estableció la naturaleza jurídica, los objetivos, alcances y funciones de dicha Agencia.

El artículo 3 del mencionado Decreto puntualizó que el alcance de la defensa jurídica del Estado debe entenderse como el conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de

---

<sup>112</sup> Artículo 25 del Decreto 1716 de 2009 y Circular Externa No. 234 de 2009 de la D.D.J.E., sobre directrices para la Defensa Jurídica del Estado y Comités de Conciliación.

<sup>113</sup> Parágrafo del artículo 5 de la Ley 1444 de 2011.

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, respecto a las actividades relacionadas con:

1. La identificación y prevención de conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas y del daño antijurídico generador de responsabilidad patrimonial para el Estado.
2. La administración, control y procesamiento de la información relativa a la Defensa Jurídica del Estado.
3. La utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
4. La participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir.
5. La definición de estándares para la defensa judicial de las entidades públicas.
6. La evaluación de los resultados de la defensa jurídica del Estado y del cumplimiento de sentencias y conciliaciones.
7. La recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición.

Así mismo, otra disposición novedosa que incorpora éste Decreto se relaciona con el actual sistema LITIGOB, el cual se integrará al Sistema Único de Gestión e Información, que para su desarrollo, implementación y administración contará con la participación permanente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>114</sup>. En relación con la evaluación de la defensa, se desarrollarán y administrarán mecanismos de verificación de información judicial que permitan comprobar la información suministrada por las entidades para alimentar dicho Sistema Único.

Respecto a las funciones que desempeñará la Agencia, la nueva disposición puntualiza que ésta no sólo asesorará a las entidades y organismos estatales de todo orden, como en el pasado, sino que podrá ejercer la representación judicial de las entidades territoriales mediante la suscripción de convenios interadministrativos; así mismo, no solo hará seguimiento y acompañamiento a los Comités de Conciliación, sino que participará activamente en los mismos con derecho a voz y voto. El Decreto 4530 de 2008 enfatizaba en la importancia de la profesionalización de los apoderados del Estado, asunto que no es tratado en el Decreto 4085 de 2011.

Se introduce además el apoyo de ésta Agencia al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la defensa de las controversias comerciales internacionales del Estado

---

<sup>114</sup> Parágrafo 4, numeral 4, Artículo 6 del Decreto 4085 de 2011.

colombiano y en los procesos que se adelanten en instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión<sup>115</sup>.

Como se puede evidenciar con la introducción de la Ley 1444 del 2011, el Decreto 4085 de 2011 y la Ley 1564 de 2012 -Estatuto General del Proceso-<sup>116</sup>, se pretende enfatizar en una clara definición de las competencias, alcances, funciones e intervención de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, que tendrá para su ejecución tres (3) grandes frentes: Dirección de Defensa Jurídica; Dirección de Políticas y de Estrategias de Defensa Jurídica, y Dirección de Gestión de la Información, con la que se pretende encarar los 260.000 procesos en los que hace parte el Estado, estimados hoy en más de \$1.028 billones de pesos según el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo<sup>117</sup>.

## 2.1.2 RACIONALIZACIÓN NORMATIVA VRS. POLUCIÓN NORMATIVA<sup>118</sup>

La realidad de nuestro país se ha debatido entre éstos dos extremos de dinamización normativa, lo que ha conducido a que la pretensión por reglar todos los asuntos en los que se ven envueltos los asociados y sus relaciones infraestatales, desborden el sistema jurídico a partir de la expedición incontrolable de normas, y lo contaminen de una inseguridad jurídica en aumento llena de antinomias.

Ésta irracionalidad sistémica disparó la producción normativa que ha deformado el engranaje jurídico del Estado, cuyas falencias no solo se evidenciaron por contradicciones internas, sino por la presencia de externalidades político-económicas que coadyuvaron a la configuración de un Estado mafioso caracterizado por la corruptibilidad de sus instituciones y funcionarios.

Como bien lo había advertido, Gilles Deleuze, cuando afirmó que: “(...) *El papel del Estado es sobrecodificar, su única arma para controlar la sociedad es saturada de códigos, atiborrada de formas y a partir de ellas construir la realidad(...)*”<sup>119</sup>, lo cual

---

<sup>115</sup> Numeral 3 del Artículo 6 del Decreto 4085 de 2011.

<sup>116</sup> Ley 1564 de 2012. Título II *Disposiciones relativas a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*. Arts. 610 a 616. Los artículos 615 y 616 de la Ley 1564 de 2012 modificaron los artículos 150 y 259, inciso 2º de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo- y de lo Contencioso Administrativo-, respecto a la intervención de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado respecto al procedimiento para la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado.

<sup>117</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Boletín de Prensa: *Colombia unifica políticas de defensa e información del Estado*. Consultado en: <http://www.dnp.gov.co/PND/As%C3%ADvaelPND20102014.aspx>. Bogotá noviembre 22 de 2011.

<sup>118</sup> La polución normativa se relaciona con la proliferación excesiva o superabundancia de normas en el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como *hipertrofia o inflación normativa* y que pone en situación de riesgo la seguridad jurídica y la aplicación real y coherente del universo normativo.

<sup>119</sup> DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix. *Mil Mesetas*. Valencia, Editorial Pretextos, 1997. Citado por: CÓRDOBA MARTÍNEZ, Carlos. *Los vacíos ontológicos de la política pública en Bogotá. Entre la sobrecodificación del Estado y la Descodificación del Mercado*. En: Análisis y Evaluación de las



denuncia la inflación normativa que ingenuamente nos ha conducido a la falacia de estabilidad política y social, sin tener en cuenta las obligaciones estatales directamente proporcionales a la satisfacción de las necesidades básicas de los asociados, la dinámica y mutabilidad del mercado.

Frente a éste panorama de polución normativa, se pretendió racionalizar y simplificar el ordenamiento jurídico bajo el diseño de un programa que contemplara dos etapas; de una parte, se adelantó un inventario normativo y jurisprudencial que arrancarían en los códigos y diarios oficiales de 1886, leyes y decretos por sectores, además del inventario jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. La segunda etapa contempló el análisis de vigencia de las normas inventariadas, a fin de establecer niveles de aplicación, redundancia, contradicción o derogación, que posibilitaran la agrupación de cuerpos normativos dispersos en Decretos Únicos, capaces de generar seguridad jurídica al sistema de derecho vigente y facilitar su actualización y consulta<sup>120</sup>.

Para enfrentar dicha inflación normativa, se expidió la Directiva No. 01 del 18 de febrero de 2005, con el propósito de establecer imperativos en materia de racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico, a la luz de los presupuestos mínimos de gestión, transparente, participativa y eficiente en el ejercicio de los retos públicos y las relaciones entre el Estado y el ciudadano en términos de materialización transversal del Programa de Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.-.

Así las cosas, se establecieron estrategias de racionalización normativa a partir del desarrollo de un inventario normativo -legal y reglamentario de cada sector administrativo- y jurisprudencial bajo la supervisión de la Dirección de Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia y con el apoyo logístico de la Imprenta Nacional. Esta herramienta pretendió adelantar una compilación normativa del sector en orden temático, para lo cual se comisionó al Ministerio del Interior y Justicia y al Departamento Nacional de Planeación en el diseño, desarrollo e implementación del Sistema Único de Información Normativa -S.U.I.N.- en coordinación con la Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones, a fin de posibilitar la unificación de la información y su consulta interactiva.

El antecedente del S.U.I.N. supuso la revisión de cerca de treinta y nueve mil doscientas veinte (39.220) ediciones del Diario Oficial, de cuatrocientos veintisiete (427) tomos de jurisprudencia (202 Gacetas Judiciales y 227 Anales del Consejo de Estado), doce (12)

---

Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, p. 131.

<sup>120</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *En busca de la simplificación y racionalización del ordenamiento jurídico*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005, p. 51.

años de jurisprudencia de la Corte Constitucional y cuatro (4) años de jurisprudencia del Consejo de Estado en medio magnético<sup>121</sup>.

Como primera medida las entidades públicas debían diligenciar el Formato Único Normativo -F.U.N.O.R.-, que permite la actualización normativa y jurisprudencial, toda vez que se elabore preliminarmente la estructura de la compilación normativa sectorial, y se adelante la identificación de normas y su respectivo análisis de vigencia, pretendiendo además propiciar el análisis de competencias y pertinencia normativa<sup>122</sup>, a fin de orientar la gestión administrativa en términos de seguridad jurídica, coherencia y simplificación del ordenamiento.

La racionalización normativa hace parte de las nuevas tendencias que buscan la consecución de una legislación metódica, incorporada al Análisis de Impacto de la Regulación -A.I.R.- (*Regulatory Impact Analysis* o RIA)<sup>123</sup>, que pretende analizar la información para estimar las consecuencias previsibles de una regulación y sus costes a través de la potencialización de los instrumentos de intervención, en aras de mejorar la calidad de las decisiones políticas que se deben basar en datos confiables y construir normas ajustadas a la realidad, reduciendo el número de instrumentos jurídicos innecesarios, y produciendo corpus normativos más claros y aceptables en términos de eficacia social que nutren la gobernanza o “*good governance*”<sup>124</sup>.

Martín Casals<sup>125</sup> establece que el Análisis de Impacto de la Regulación -A.I.R.- puede evidenciarse en las siguientes fases<sup>126</sup>:

**Tabla 5 - FASES DEL ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA REGULACIÓN -A.I.R.**

FASES	CARACTERÍSTICAS
<b>EVALUACIÓN EX ANTE</b>	Corresponde a la fase de <b>desarrollo de la política de actuación</b> , es decir que una vez se haya adoptado la decisión política, se usa el A.I.R. para desarrollar las alternativas de actuación y seleccionar el instrumento de intervención que pueda resultar más adecuado para alcanzar los objetivos propuestos posteriormente en la redacción de la norma.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.51

<sup>122</sup> Al respecto Informe de la Tercera Reunión Sectorial de Gestión Jurídica del Estado. Junio 24 de 2005. Diapositivas 23 y 24. En: MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2007, pp. 65-66.

<sup>123</sup> MARTÍN CASALS, Miquel. “*Legislar mejor*”: *El Análisis de Impacto de la Regulación (AIR)*. Girona, 2006, p. 8.

<sup>124</sup> MARTÍN CASALS, Miquel. Intercambio Colombo-Español sobre experiencias en Gestión Jurídica Pública. Informe Final y Recomendaciones. Girona, 2006, p.5.

<sup>125</sup> Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Civil de las Universidades Autónoma de Madrid, Barcelona y Girona. Presidente del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa -G.R.E.T.E.L.-

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 6.

<p><b>EVALUACIÓN SIMULTÁNEA O DE ACOMPañAMIENTO</b></p>	<p>Corresponde a la fase de <b>desarrollo del instrumento de actuación</b>, es decir que una vez seleccionado el instrumento de actuación, el A.I.R. es utilizado mientras se redacta la ley, para garantizar la elección del diseño institucional correcto en términos de eficacia y eficiencia con respecto a los costes económicos y sociales.</p>
<p><b>EVALUACIÓN EX POST</b></p>	<p>Corresponde a la <b>fase de ejecución y aplicación del instrumento</b>, es decir que el A.I.R. se usa para comprobar su impacto real, en términos de coherencia con los objetivos propuestos inicialmente y su corrección oportuna.</p>
<p><b>SUBFASES</b></p> <p>Cada una de las fases puede descomponerse a través de los siguientes elementos:</p>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Análisis del problema, objetivos y alternativas.</li> <li>2. Identificación de los costes, beneficios y otros impactos de cada norma una vez que se tome en consideración.</li> <li>3. Consultas y cumplimiento.</li> <li>4. Ejecución.</li> <li>5. Revisión.</li> </ol>	

*Fuente: Construcción propia*

Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta la Técnica Legislativa que debe incorporar la Estructura Formal de la Ley (componentes de la ley, sistemática, división, parte final); el Lenguaje Normativo, es decir los criterios generales de la ley (claridad, precisión, concisión, etc.), nominalizaciones, extranjerismos, tiempo, modo, voz, discriminación lingüística por razón de género; y finalmente los Instrumentos Técnico-Legislativos, definiciones, remisiones, ficciones, elaboración de cláusulas generales, y leyes modificatorias<sup>127</sup>.

Martín Casals concluyó que la modernización y racionalización legislativa, en términos de implementación de directrices de técnica legislativa y de análisis de impacto de regulación, requiere de un apoyo político sólido, directo y sostenido, para que la inercia en la que se agobia la administración pública, no tienda a retrotraer al *status quo ex ante* y a abandonar la aplicación de diseños institucionales revolucionarios, que suponen la internalización de los operadores jurídicos a través de la formación constante, de ahí que del mismo modo que los abogados encargados de la defensa jurídica del Estado no pueden desconocer normas procesales y de responsabilidad civil para desempeñar su tarea, los encargados de elaborar los textos normativos no pueden desconocer las reglas básicas de la construcción de normas que encierran el conjunto de directrices que desarrollan la política pública de racionalización del ordenamiento jurídico<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

### 2.1.3 MODELO DE GESTIÓN PARA LAS ÁREAS JURÍDICAS

La consolidación de una política de gestión jurídica pública exige además adelantar la revisión estructural de las áreas jurídicas al interior de los órdenes públicos en términos de eficacia y eficiencia de la administración; por lo que se pretendió implementar un conjunto de macroprocesos integrales aplicables a todos los niveles de la administración, con respecto a temáticas, como defensa judicial, asesoría jurídica misional, producción normativa y contratación pública, en cumplimiento de los fines constitucionales del Estado al servicio de los intereses generales de los asociados<sup>129</sup>.

Así las cosas, el Modelo de Gestión Jurídica Pública -M.G.J.P.- se constituye en un esquema o marco de referencia para las Oficinas Jurídicas de las entidades públicas, que posibilita la definición de la institucionalidad en la materia, y la reingeniería de los ciclos de gestión a partir de la elaboración de mapas de riesgo que permitan identificar verdaderos lineamientos para la administración de competencias, procesos, procedimientos y recursos en aras de unificar la estrategia de defensa jurídica al interior de la administración y la prevención del daño antijurídico. Entonces el modelo de Gestión Jurídica incorpora dos fases<sup>130</sup>:

**PRIMERA FASE:** Ésta fase se desarrolló en el periodo comprendido entre las vigencias 2006-2008 y correspondió al *Diseño del Modelo*, que incorpora de una parte, el diseño de un marco conceptual que recogió el nivel ideal de actuación y desempeño de las áreas jurídicas atendiendo a cuatro frentes de gestión (Asesoría Jurídica, Contratación, Producción Normativa y Defensa Judicial), tres niveles de gestión (Planeación, Ejecución y Seguimiento) y la coordinación intersectorial, sectorial e institucional. En segundo lugar, se adelantó la evaluación de cuarenta (40) entidades de la Rama Ejecutiva con respecto a la conceptualización del modelo, a fin de identificar las mejores prácticas en cuanto a la gestión jurídica pública.

**SEGUNDA FASE:** la cual se desarrolla a partir del 2009 y su ejecución comprende hasta el 2011 y se relaciona con la *Implementación del Modelo*, que incluye dos subfases.

En primer lugar, la Implementación Piloto<sup>131</sup>, que incluye los criterios de selección de las entidades piloto con la respectiva propuesta de implementación; el diseño del plan de capacitación, estrategia de comunicación -entre entidades y ciudadano- y expedición de material de entrenamiento para adelantar la implementación; además de la elaboración

---

<sup>129</sup> Ob cit. p. 71.

<sup>130</sup> Resumen ejecutivo presentado por la D.D.J.E. al Viceministro de Justicia sobre la Implementación del Modelo de Gestión Jurídica Pública. Bogotá, Mayo de 2009.

<sup>131</sup> Se inició en el mes de marzo de 2009 por la UT STRATCO CONSULTORES ASOCIADOS, firma que diseñó además el marco conceptual con cuatro frentes de gestión en las áreas jurídicas, con niveles de seguimiento y coordinación sectorial, intersectorial e institucional. La implementación piloto llegó a su etapa final pero en éste momento se encuentra suspendida, por lo que no se adelantaron las olas de réplica con respecto a las demás entidades del Gobierno Central.

del manual de funciones, el esquema de funcionamiento del equipo de trabajo; la revisión y ajuste del material de entrenamiento, manuales de utilización del modelo, así como de los planes de capacitación y comunicación para los participantes de los equipos de trabajo interdisciplinario por nivel y por frente de trabajo. En segundo lugar, se tienen las olas de réplica, que se relacionan con la implementación final del modelo en las demás entidades públicas del nivel central, después de haber adelantado la prueba piloto.

Éste modelo pretendió aprovechar la experiencia estatal adquirida a través de los fallos condenatorios en su contra y posibilitar una mejor gestión jurídica pública capaz de entender la tipología procesal<sup>132</sup> a la que la administración se enfrenta consuetudinariamente en sede judicial, y alcanzar la desjudicialización de los conflictos entre los propios entes públicos que han desbordado sus recursos en el pago de abogados, peritajes y arbitramentos<sup>133</sup>.

#### **2.1.4 SISTEMA ÚNICO DE GESTIÓN E INFORMACIÓN LITIGIOSA DEL ESTADO -LITIGOB FASE II-<sup>134</sup>**

El Sistema de Defensa Jurídica del Estado incorpora las estrategias de agrupamiento y consolidación de la información como alternativas para adoptar medidas preventivas en términos de daño antijurídico y solución exitosa de la litigiosidad estatal en un escenario de conflictividad tradicional.

Frente a la necesidad imperiosa por unificar la información litigiosa, sólo hasta 2004 se diseñó un sistema de recaudo, a través del cual las entidades se obligaban a reportar el estado procesal de las acciones en curso, y su correspondiente valoración presupuestal a fin de organizar y depurar la información, además de ponerla en conocimiento de los organismos de control. Por lo anterior, se pretendió implementar hacia 2005, el Sistema de Pleitos de la Nación -S.P.N.-, que se constituye en una herramienta en ambiente web que hace parte del Sistema de Información Litigiosa -LITIGOB-<sup>135</sup> de la Nación y que según el Decreto 4085 de 2011 se integrará al SISTEMA ÚNICO DE GESTIÓN E INFORMACIÓN LITIGIOSA DEL ESTADO -LITIGOB FASE II- como estrategia de

---

<sup>132</sup> Dionisio Araújo – Ex Director de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado manifestaba con respecto a la tipología de procesos que “No todas reciben la misma cantidad de demandas y por las mismas causas. Por ejemplo, el Ministerio de Defensa, por el tema de la inseguridad que existe en Colombia, tiene muchos procesos en contra por uso de armas, por uso de vehículos, por operaciones militares, por riesgos asociados a actos terroristas”. Entrevista adelantada el 17 de Enero de 2005.

<sup>133</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *Mediante una defensa judicial eficiente: Se cambiará la imagen del Estado perdedor*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005, pp. 15-16.

<sup>134</sup> Al respecto consultar [www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co).

<sup>135</sup> Financiado con recursos del Crédito BID 1561/OC-CO.

materialización del programa de Gestión Jurídica Pública y la coordinación de la defensa estatal.

Así las cosas, el LITIGOB<sup>136</sup>, se constituye en el sistema único de recaudo y administración de la información relacionada con la actividad litigiosa, interna e internacional de Estado y de la gestión jurídica del Estado, cuya definición técnica y administración general están a cargo de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio del Interior y de Justicia. Por ello, es la herramienta de soporte tecnológico que recopila, valida y estudia toda la información de los conflictos que se han entablado por las entidades del sector público<sup>137</sup>, cuyo antecedente se remonta al Formato Único de Recaudo de Información relacionada con pasivos contingentes y con la actividad litigiosa adoptado mediante la Directiva Presidencial 01 de 2004, el cual fue diligenciado por los apoderados de las entidades del orden nacional en un orden de cumplimiento del 80%, cuya información fue revisada y validada arrojando el 68% de confiabilidad en los reportes, por lo que fue migrada en un 95% al Sistema de Pleitos de la Nación -S.P.N.-<sup>138</sup> y su actualización se adelanta vía web por los apoderados de planta y externos de las doscientas veinticinco (225) entidades obligadas a reportar<sup>139</sup>.

La Corporación Transparencia por Colombia en asocio con la Embajada Real de los Países Bajos adelantaron un análisis del LITIGOB, que permitió establecer que la falta de unificación de la información se ha constituido en una falencia real del sistema y una amenaza para su institucionalización, en tanto que las iniciativas para recabar información se han producido de manera aislada y sin tener en cuenta los desarrollos precedentes<sup>140</sup>. Así mismo la creación de un instrumento de agrupación de la información requiere de la estandarización con respecto a los procesos que cada ente tiene a su cargo pero debe consultar sus necesidades particulares de acuerdo al protagonismo específico de su actividad litigiosa (pleitos y procesos plurivalentes).

Frente a lo cual afirman que “(...) *un sistema de información integral tiene que basarse en los aspectos comunes y no en las especificidades de la información que se genera y construir a partir de aquella los indicadores apropiados para el sistema como un todo, lo que no riñe con la construcción de indicadores específicos e información también específica por parte de las distintas entidades o elementos del sistema (...)*”<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> La experiencia del Distrito Capital frente a la herramienta de información se consolidó en el Sistema de Información de Procesos Judiciales -S.I.G.O.B.-, que valora el desempeño judicial de la administración.

<sup>137</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. DIRECCIÓN DE DEFENSA JUDICIAL DE LA NACIÓN. *Guía del Abogado para el uso del Sistema de Información de Pleitos de la Nación*. Bogotá, Enero de 2005, p.1.

<sup>138</sup> Convenio P.N.U.D./R.L.A. Referenciado en: CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. *Análisis del Litigob. Sistema de Información Litigiosa y Pasivos Contingentes*. Bogotá, Marzo de 2006, p. 8.

<sup>139</sup> Circulares 158 de 2008, 139 de 2009 y 222 de 2009 expedidas por la D.D.J.E del M.I.J.

<sup>140</sup> Ob. Cit. p. 13.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 15.

Aunado a lo anterior, de una parte, la incoherencia y contradicción en los fallos han impedido construir líneas jurisprudenciales sólidas que permitan caracterizar la situación litigiosa en la que el Estado actúa como sujeto pasivo de la acción y de otra, la ausencia de una cultura de unificación en los requerimientos que entiendan al LITIGOB como una exigencia externa y no como un sistema de reporte único; además de las falencias en los procesos de información, inducción y soporte tecnológico, dificultaron la migración y actualización de la información vía web.

Por todo lo anterior, se formularon las siguientes recomendaciones:

**Tabla 6 - PROBLEMÁTICA DEL LITIGOB Y FORMULACIÓN DE RECOMENDACIONES**

EJES	PROBLEMÁTICA	RECOMENDACIONES
<p><b>Mejoramiento del Sistema de Información de Pleitos de la Nación - S.P.N.-</b></p>	<p>El S.P.N. no cuenta con el diseño de filtros que permitan generar indicadores útiles para la adopción de mecanismos preventivos en términos de variables desagregadas capaces de coadyuvar en la identificación de la tipología de problemas relacionados con la defensa jurídica que posibiliten la adopción de correctivos.</p> <p>El S.P.N. no ofrece páginas de consulta, ni dispone de reportes de salida estructurados que informen a las entidades públicas<sup>142</sup> - generadoras y usuarias<sup>143</sup>- del Sistema, sobre la actualidad de la situación litigiosa del Estado.</p>	<p>La estructuración del sistema de defensa jurídica del Estado requiere del diseño de una herramienta que incluya las variables necesarias para la construcción de los indicadores básicos de gestión que respondan a los aspectos comunes y no a las especificidades de la actividad litigiosa de las entidades.</p> <p>El sistema de variables requiere del conocimiento organizado de los datos históricos y la clasificación procesal, incluyendo la tipología de daño antijurídico<sup>144</sup>, teniendo en cuenta si se encuentran activos, fallados o archivados.</p> <p>Es necesario reconsiderar el ambiente web en el que se</p>

<sup>142</sup> Las entidades públicas son a la vez generadoras y usuarias del Sistema, en tanto que producen la información estructural pero al mismo tiempo deben ser retroalimentadas por el sistema a efectos de potencializar su desempeño.

<sup>143</sup> Se constituyen en usuarias del sistema los Órganos de Control, la Contaduría General de la Nación y la ciudadanía.

<sup>144</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Dirección de Defensa Judicial de la Nación. *Cartilla Instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico*. Agosto de 2004.

	<p>El S.P.N. no se concibió como el insumo fundamental para la toma de decisiones en términos de política pública.</p>	<p>desarrolla la herramienta, ya que hay limitaciones tecnológicas y de capacitación del recurso humano, que ponen en riesgo la efectividad del sistema; por lo que se sugirió permitir la actualización a través de reportes computarizados enviados por correo electrónico o en medios ópticos como complemento a la web.</p>
<p><b>Información para un sistema de Defensa Jurídica del Estado</b></p>	<p>La consolidación de información no se ha concebido como el conjunto de elementos articulados por procesos, en los cuales intervienen insumos que están orientados al logro de objetivos específicos. El sistema se caracteriza por su capacidad de retroalimentación como un todo y a su vez hacia sus elementos constitutivos<sup>145</sup>.</p> <p>El S.P.N. se limita a recabar información litigiosa de las entidades, pero no es suficiente para responder a todas las necesidades de información que requiere un sistema potencializador de la defensa jurídica del Estado.</p>	<p>La recolección de información debe obedecer a categorías de integralidad y jerarquización del sistema que se produzca en el nivel más detallado y su procesamiento permita alimentar el resto del sistema a través de reportes que consulten la realidad litigiosa del país.</p> <p>El S.P.N. debe estructurarse de manera que ninguna entidad genere o registre información en diferentes formatos con destino a distintos organismos, sino en una sola herramienta que alimente las necesidades del conjunto del sistema y se genere un apoyo interinstitucional en la construcción de indicadores útiles para el mejoramiento de la gestión jurídica de las entidades<sup>146</sup>.</p>
<p><b>Información para el índice de Transparencia</b></p>	<p>La inseguridad jurídica y la falta de diseño de indicadores ajustados a la realidad en términos de calidad de la gestión, ha limitado el</p>	<p>Es necesario adelantar el recaudo y procesamiento de la información sobre procesos fallados y se reporte el monto de lo</p>

<sup>145</sup> MADRID MALO, Martha y RINCÓN, Luz Emilse. *Consultoría para la evaluación del sistema de información de seguimiento a los proyectos de inversión pública -S.P.I-. Informe Final*. Corporación Transparencia por Colombia, Bogotá, Enero de 2005. En: Ob.cit p. 11.

<sup>146</sup> Ob. cit. pp. 24-25.



<p><b>de las entidades públicas</b></p>	<p>ejercicio dinámico de la defensa jurídica, que ha de traducirse en fallos exitosos para la Nación, a partir de la información procesada interinstitucionalmente.</p>	<p>efectivamente pagado por cada entidad a efectos de mejorar el sistema de defensa jurídica estatal.</p>
---	---	---

*Fuente: Corporación Transparencia por Colombia - Embajada Real de los Países Bajos*

El Decreto 4085 de 2011, en su artículo 6º, numeral 4º, párrafo 4º, dispuso que el actual sistema LITIGOB se integrará al SISTEMA ÚNICO DE GESTIÓN E INFORMACIÓN -S.U.G.I.-, el cual contará con el apoyo del M.H.C.P. en sus fases de desarrollo, implementación y administración, posibilitando la unificación de cifras e indicadores.

### 2.1.5. PLAN DE PROFESIONALIZACIÓN DE LOS GESTORES JURÍDICOS

La Ley 1151 de 2007 aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, mantiene la misma línea de acción con respecto a la continuación y consolidación de las directrices del Plan 2002-2006<sup>147</sup> en términos de gestión jurídica pública especialmente en lo relacionado con defensa jurídica del Estado y la formulación e implementación de una política de producción y divulgación normativa a la luz de principios como la administración pública al servicio del ciudadano, la lucha contra la corrupción, la participación ciudadana, el mejoramiento continuo, el gobierno de la información, la innovación institucional, la gestión por resultados y la profesionalización del empleo público<sup>148</sup>, a través de la capacitación y especialización de los abogados del Estado que tienen a su cargo la defensa de sus intereses y la realización de procedimientos de asesoría y contratación<sup>149</sup>.

La profesionalización de la función pública fue definida en la IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en la provincia de Boca Chica de Santo Domingo (República Dominicana de 2002)<sup>150</sup>, con fundamento en las nuevas concepciones funcionales de un Estado abierto

<sup>147</sup> Artículo 1º de la Ley 1151 de 2007.

<sup>148</sup> PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010, Capítulo II, *Un mejor Estado al servicio de los ciudadanos*.

<sup>149</sup> Términos de referencia PROYECTO-P.R.A.P./P.N.U.D./00042565. Diseño del Sistema de Gestión del Talento Humano que permita la profesionalización de los operadores jurídicos de la Administración Pública Nacional, que contenga el diseño de un sistema de certificación de calidad de los abogados defensores del Estado en el marco de la Ley 909/04, que regula el empleo, la carrera administrativa y la gerencia pública.

<sup>150</sup> Texto base para un "Acta Acuerdo sobre Autonomía Local en el Mercosur". Declaración de Santo Domingo. IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de la Administración Pública y

al influjo de las relaciones económicas y sociales, que lo convierten en un actor dinámico del sistema político.

Ante el reduccionismo del Estado por las fuerzas económicas del mercado, se posibilitó la descentralización de funciones como un espacio de acercamiento entre la administración y el ciudadano y apertura a la materialización de la eficiencia en la atención de las responsabilidades públicas. Éste despojo funcional requirió fortalecer el ente estatal a través de nuevas metodologías de aplicación de gestión de lo público, valiéndose de instrumentos como la **profesionalización de la gestión pública**, que “(...) *Implica, entre otras cosas, conseguir que el personal al servicio del Estado y la propia organización estatal adquieran una serie de atributos tales como idoneidad, mérito, objetividad, vocación de servicio, orientación a resultados, honestidad, responsabilidad y adhesión a valores democráticos (...)*”<sup>151</sup>.

La conceptualización de la gestión del talento humano al servicio del Estado está proyectada hacia la consolidación de una carrera administrativa<sup>152</sup>, que acuña diversas herramientas como el reclutamiento y selección del personal, promoción a posiciones de mayor responsabilidad, evaluación del desempeño, capacitación y desarrollo profesional, sistemas de compensación e incentivación salarial y reglas para administrar la estabilidad en el empleo<sup>153</sup>, entre otras.

Los principios rectores de los sistemas de profesionalización relacionados con la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los sistemas de carrera, cuyo sustrato axiológico se encuentra en el mérito, desempeño, capacidad en torno al empleo, la eficacia, efectividad y eficiencia de la acción pública y de las políticas y procesos de gestión del empleo en términos de transparencia, objetividad e imparcialidad, fueron recogidos posteriormente en la Carta Iberoamericana de la Función Pública, Consenso de Santa Cruz (2003)<sup>154</sup>.

Teniendo en cuenta que la potencialización de la calidad del capital humano se constituye en la apertura a la productividad de las instituciones en términos de inversión,

---

Reforma del Estado, Boca Chica, Santo Domingo, República Dominicana, 27 y 28 de junio de 2002.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> Los orígenes de la carrera administrativa en Colombia se remontan a la Ley 165 de 1938. Su desarrollo legal está dado a través de las siguientes normativas: Ley 909 de 2004, Decreto 0770 de 2005, Decreto 1227 de 2005, Decreto 2772 de 2005, Decreto 2539 de 2005 y Decreto 2489 de 2006.

<sup>153</sup> De acuerdo al artículo 19 de la Ley 909 de 2004 se introduce el concepto de empleo público y se define como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

<sup>154</sup> V Conferencia Iberoamericana de Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26 y 27 de junio de 2003. Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Resolución No. 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”) Bolivia, 14 y 15 de noviembre de 2003, publicada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo y Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

se ha venido desarrollando el **Sistema de Gestión Humana por Competencias**<sup>155</sup>, relacionado con un modelo de gestión integral que asume el talento humano como la herramienta de cambio institucional, alineación y despliegue de estrategias de desempeño funcional eficiente que redunde en el cumplimiento de los objetivos misionales de la entidad, a partir de la identificación, adquisición, potenciación y desarrollo de competencias (personales y profesionales) que promuevan a las redes de la administración estatal<sup>156</sup>.

El Decreto 2539 de 2005 introduce la conceptualización de competencias laborales entendidas como “*la capacidad de una persona para desempeñar en diferentes contextos y con base en los requerimientos de calidad y resultados esperados en el sector público, las funciones inherentes a un empleo; capacidad que está determinada por los conocimientos, destrezas, habilidades, valores, actitudes y aptitudes que debe poseer y demostrar el empleado público*”.

Por lo anterior, las competencias laborales se relacionan con las condiciones particulares de un funcionario al servicio del Estado en términos personales, cognitivos y empíricos que posibilitan su desempeño laboral a nivel funcional y comportamental. Por su parte, las competencias funcionales están dadas por la capacidad para ejercitar un cargo determinado atendiendo algunos parámetros como criterios de desempeño o resultado de la actividad laboral, conocimientos básicos, rango de aplicación o contextos y evidencias<sup>157</sup>. Las comportamentales se asocian a los perfiles conductuales desempeñados en el ejercicio del cargo, teniendo en cuenta aspectos relacionados con la responsabilidad por el personal que se tiene a cargo, las aptitudes laborales, la responsabilidad decisional -gerentes públicos<sup>158</sup>- y del cargo, y la iniciativa e innovación en la gestión<sup>159</sup>.

En virtud de la Ley 443 de 1998 se desarrolló el Sistema Único de Información de Personal -S.U.I.P-, con el fin de automatizar la información laboral y personal de los servidores públicos vinculados a las entidades de la administración, así como sobre

---

<sup>155</sup> La conceptualización final la adelantó la Comisión Nacional del Servicio Civil -C.N.S.C.-.

<sup>156</sup> REMOLINA ESTRADA CONSULTORÍA GERENCIAL S.A. *Diagnóstico de las competencias laborales de los Operadores Jurídicos de la Administración Pública Nacional y el establecimiento del estado actual de los Sistemas de Gestión Humana*. Bogotá, 2009, p.11.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p.44.

<sup>158</sup> De acuerdo con el Dr. Grillo los gerentes públicos son aquellos funcionarios que no son de carrera administrativa y deben tener entre sus principales competencias laborales: Visión estratégica, liderazgo de grupos y de personas, desarrollo y evaluación de programas y proyectos, gestión, planificación de recursos económicos y financieros y manejo de las relaciones públicas, pero sobre todo para evaluar el alcance político y de interés público de las decisiones. Se cuenta en el orden nacional con 1.183 gerentes públicos. En: GRILLO RUBIANO, Fernando. *La calidad del servicio público como un principio de la función pública y un derecho de los ciudadanos*. Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, pp. 136.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.46

plantas de personal, organización y funcionamiento de las mismas; lo cual posibilita adelantar un verdadero seguimiento al desempeño del empleo, la gerencia pública y la materialización de los postulados del buen gobierno previstos en el artículo 209 de la Carta Constitucional.

La potencialización de las competencias supone que el plan de profesionalización de los gestores jurídicos se vea transversalizado por el **Sistema Nacional de Capacitación para los empleados del Estado** implementado por el Decreto 1567 de 1998, cuya pretensión está dada por la generación de una mayor capacidad de aprendizaje y de acción en las entidades del Estado, a fin de lograr la eficiencia y la eficacia de la administración, actuando a través de la coordinación y unidad de criterios en las políticas, disposiciones legales y escuelas de capacitación orientadas por el Gobierno Nacional<sup>160</sup>.

Coadyuvando lo anterior y en desarrollo de las competencias, el Decreto 4665 de 2007 adoptó el Plan Nacional de Formación y Capacitación para los Servidores Públicos<sup>161</sup>, estructurando la formación no sólo en términos de conocimientos sino potenciando las destrezas y habilidades del funcionario en su quehacer público para alcanzar niveles de excelencia.

Algunos diagnósticos han evidenciado el reduccionismo de la capacitación jurídica a estándares técnicos directamente relacionados con temas procesales y actualización jurisprudencial en asuntos contenciosos y de contratación pública, sin acuñar nuevas herramientas de formación gerencial y de desempeño integral en el manejo conductual de lo público<sup>162</sup>. Remolina Estrada concluyó que “(...) *En materia de formación, se hace necesario diseñar mecanismos de capacitación que permitan el desarrollo integral de los profesionales del área jurídica, pues las capacitaciones disponibles se relacionan sobre todo con el aspecto cognitivo del derecho, es decir, temas funcionales como administrativo, procesal, etc.; sin contemplarse aspectos igualmente importantes como el desarrollo de habilidades básicas para generar mayor valor a la oficina jurídica, como creatividad, argumentación jurídica, pensamiento estratégico, trabajo bajo presión, etc. (...)*”<sup>163</sup>.

La consolidación de la profesionalización de los gestores jurídicos en Colombia exige potencializar los estándares de calidad de la función pública, a través del ejercicio de competencias funcionales y comportamentales que desarrollen una verdadera filosofía de gestión de lo público y la optimización de las relaciones entre el Estado y los asociados,

---

<sup>160</sup> Artículo 3º. Decreto 1567 de 1998.

<sup>161</sup> Las entidades públicas están obligadas a desarrollar anualmente un Plan Institucional de Capacitación -P.I.C.-, que debe responder a las necesidades de formación identificadas a través de instrumentos técnicos de medición que detecten las deficiencias a nivel individual y colectivo al interior de cada ente. Consultar: Guía para la Formulación del Plan Institucional de Capacitación - P.I.C.- Vigencia 2008.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.

<sup>163</sup> *Ob. Cit.* p. 81.

más aún cuando el 49% de los servidores públicos son abogados, como lo afirmaba el Dr. Grillo Rubiano -Ex Director del Departamento Administrativo de la Función Pública-.

## 2.2 EL MODELO DE VALORACIÓN DE PASIVOS CONTINGENTES EN LA ACTIVIDAD LITIGIOSA COMO DISEÑO INSTITUCIONAL

La necesidad de generar un marco conceptual y normativo a fin de motivar una defensa jurídica integral estuvo dado por el aumento en el número de acciones instauradas en contra del Estado<sup>164</sup> en las cuales se presenta una alta probabilidad de condena<sup>165</sup>, no solo por la presencia de elementos probatorios que dan cuenta de un comportamiento antijurídico, sino por la precaria defensa técnica de los intereses estatales, que en un elevado número de casos, se presenta por la ineficaz actuación de quienes tienen bajo su tutela la representación judicial de la entidad. De la misma manera como la reincidencia de algunos organismos, que a pesar de constituirse frecuentemente como sujetos pasivos de la acción, y alcanzar un protagonismo en sede judicial, recaen en los mismos yerros antijurídicos, como son la falta de contestación de las demandas, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de las pruebas judiciales, la falta de contradicción de las mismas, así como el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales; que han conducido al incremento injustificado de un costo fiscal casi impagable a futuro<sup>166</sup>.

La introducción legal de las obligaciones contingentes se dio a partir del Decreto 423 de 2001, que las define como aquellas que son estipuladas contractualmente por las entidades públicas a favor de un contratista, con respecto al pago dinerario determinado o determinable con base en factores identificados y por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.

Así las cosas, las obligaciones contingentes producto de la actividad litigiosa del Estado, se generan desde la notificación de un proceso judicial, conciliatorio o arbitral, en el que la administración asume el rol de sujeto pasivo de la acción (accionada, demandada o convocada) y cuyo fallo eventualmente se constituye en una obligación a favor de un

---

<sup>164</sup> ARIAS PULIDO, Armando Enrique y SANDOVAL NAVAS, Luis Alberto, *La Nación Demandada: un Estudio sobre el Pago de Sentencias, Conciliaciones y Laudos Arbitrales en Finanzas Públicas*, Contraloría General de la República, Edición 291, Bogotá, Agosto 2002, pp. 66-77.

<sup>165</sup> La Nación ha pagado por concepto de Sentencias y Conciliaciones durante la última década cerca del 1% del PIB. Fuente: Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

<sup>166</sup> HERNÁNDEZ GAMARRA, Antonio, *Sentencias y Conciliaciones en las Entidades del Sector Defensa, Justicia Seguridad: ¿El Estado Condenado?*, Bogotá, Abril de 2003, p. 9. Crf. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Documento: *Pasivos Contingentes, Sentencias y Conciliaciones*, Resumen Ejecutivo, p. 3.

tercero, originando gastos fiscales inciertos que dependen de una condición futura, traduciéndose finalmente en compromisos contingentes -pasivos contingentes-.

En éste orden de ideas, el capítulo IV del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 en su acápite sobre el Incremento de la Transparencia y Eficiencia del Estado, preceptuó el establecimiento de un estudio integral por parte de las dependencias jurídicas de los ministerios y establecimientos públicos, que logre explicar la etiología de los procesos judiciales que se encuentran en trámite en contra de la Nación, así como las fallas que le son más comunes.

Con el propósito de fortalecer la defensa jurídica del Estado y contar con las herramientas adecuadas para llevar a cabo la valoración de la actividad litigiosa se diseñaron modelos de gestión inscritos en el programa formal de Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.- como la Gerencia Jurídica Pública, encaminada a materializar un conjunto de acciones, políticas y medidas que propendan por la eficaz y eficiente protección de los intereses patrimoniales y judiciales de los entes estatales en la que se posibilite el despliegue de estrategias que permitan prevenir la causación de daños antijurídicos, es decir que en un futuro no se produzcan por los mismos motivos generadores de responsabilidad, nuevas obligaciones patrimoniales a cargo de los organismos oficiales.

Consecuencialmente, desde iniciativas gubernamentales se han puesto en marcha acciones preventivas, como la implementación del *modelo de valoración de pasivos contingentes en la actividad litigiosa*, el cual se orienta a calcular anticipadamente la probabilidad de fallo condenatorio del Estado, procurando reducir la afectación de los dineros públicos como consecuencia del incremento de las sentencias en contra e intereses moratorios por su pago inoportuno.

De otra parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, se constituyó en la entidad competente para determinar el Plan de Aportes de los entes públicos, que se define como el cronograma de los montos de transferencia de las entidades estatales que hacen parte del Fondo de Contingencias Contractuales, y que busca cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo, a través de la aplicación de las metodologías y la actualización de los procedimientos.

A continuación se presentará la metodología desarrollada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el cálculo y valoración del modelo contingente en la actividad litigiosa.

## 2.2.1 METODOLOGÍA DE VALORACIÓN DEL MODELO CONTINGENTE<sup>167</sup>

Con la expedición de la Ley 448 de 1998, la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del M.H.C.P., desarrolló en una primera fase, la metodología y el procedimiento que le permite al Estado conocer el valor esperado que debe apropiarse por la ocurrencia de eventuales contingencias. Posteriormente, hacia 2003 con la expedición de las Leyes 812 y 819, se incluyeron en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, las contingencias por concepto de sentencias y conciliaciones, iniciándose en la vigencia de 2004 la valoración de los procesos activos en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, metodología que se apoyó en la recolección, estandarización, consolidación y centralización de la información contenida en el Sistema de Pleitos de la Nación, que permitió adelantar un estimativo de la probabilidad de fallo en contra, de la relación pretensión-fallo y el valor de las contingencias, a efectos de materializar políticas que desincentiven demandas temerarias en contra del Estado<sup>168</sup>.

La metodología del modelo contingente fue desarrollada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público bajo los parámetros establecidos por la Oficina de Defensa Judicial de la Nación -denominada posteriormente Dirección de Defensa Jurídica del Estado y actualmente Agencia para la Defensa Jurídica del Estado- adscrita al Ministerio del Interior y Justicia. Por lo anterior, Hacienda y Crédito Público adoptó nuevos lineamientos metodológicos para la valoración de las contingencias litigiosas, cuya valoración incorpora un componente cualitativo que surge de la probabilidad de fallo asociada a los criterios de calificación y a la evidencia empírica de los juristas, y por datos cuantitativos históricos que a través de grafos representan la estructura de dependencia entre las variables de valoración; a partir de conceptos probabilísticos como las **Redes Bayesianas** y la **Teoría de Juegos**, que permiten establecer las contingencias en las distintas instancias procesales, modelar la interrelación de variables y auto-calibrar la valoración en el tiempo, a través de la actualización de la información o de la evidencia<sup>169</sup>.

Las Redes Bayesianas o redes de creencia representan modelos probabilísticos de grafos que buscan modelar relaciones de tipo causal, que muestran la incidencia de un evento en la ocurrencia de otro posterior, es decir que se establece una relación causa-efecto intervariables y gracias a su motor de actualización (Teorema de Bayes), permite

---

<sup>167</sup> Ésta metodología fue diseñada por la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. División de Pasivos Contingentes. *Valoración de Pasivos contingentes en actividad litigiosa*.

<sup>168</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL. Subdirección de Riesgo. *Metodología "Valoración de Pasivos contingentes en actividad litigiosa"*. Bogotá, 2009, p. 5.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 9.

estimar las probabilidades ante nuevas evidencias<sup>170</sup>. Dichos modelos probabilísticos de grafos tienen doble composición, de una parte, el elemento cualitativo producido por un grafo o árbol de probabilidad, que identifica las estructuras de dependencia de las variables del problema, y por otra, el elemento cuantitativo que se relaciona con la distribución de probabilidades condicionadas o conjuntas; que no solo describe el problema planteado por la conjunción de variables, sino que permite la actualización de la información a través del ajuste progresivo de los datos<sup>171</sup>.

Según la Subdirección de Riesgo del M.H.C.P. en el modelo de valoración de contingentes se utilizan las Redes Bayesianas Discretas, ya que las variables son binarias, es decir que responden a la probabilidad de pérdida o ganancia en una litis y sólo pueden tomar un conjunto finito de valores<sup>172</sup>.

Por su parte, para utilizar los datos obtenidos y modelar el escenario de valoración se acude a la Teoría de Juegos, que corresponde a un área de la matemática aplicada que utiliza modelos para estudiar interacciones en estructuras formalizadas de incentivos y llevar a cabo procesos de decisión<sup>173</sup>, específicamente se recurre al Juego en Forma Extensiva, cuya herramienta simplificadora de la modelación de las probabilidades está dada por el *concepto de árbol*, que fue desarrollado por Von Neumann en 1928 y por Harold Kuhn en 1953.

Entonces, el juego en forma extensiva incorpora "(...) una serie de elementos en los que interviene un número finito de jugadores que poseen un conjunto de estrategias que les permite obtener un objetivo específico, representado por una función de pagos, con la cual buscan obtener un beneficio (...) "<sup>174</sup>, es decir que en el modelo contingente, hay presencia de dos jugadores o agentes racionales intervinientes, el Estado representado en la entidad pública demandada y el Accionante que moviliza el aparato jurisdiccional a través de la impetración de una acción litigiosa, en una instancia específica del proceso, que se constituye en una etapa del juego, en donde cada jugador elige de forma alternada, a partir del conjunto de información que se representa a través del árbol del juego.

Así las cosas, ésta tipología de juego extensivo, pretende modelar en términos generales, la ruta de la valoración en la que intervienen todos los factores, jugadores, estrategias, resultados de la combinación de estrategias (pagos), instrumentalización de las estrategias en el tiempo y la información disponible con la que se cuenta al momento de la elección de las mismas. Ésta modelación posibilita el entendimiento del escenario para la determinación de la probabilidad de fallo en contra, la probabilidad final de pérdida de

---

<sup>170</sup> Consultado el 30 de enero de 2010 en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Red\\_bayesiana](http://es.wikipedia.org/wiki/Red_bayesiana).

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>172</sup> ANDERSON DAVID, *Statics for Business and Economics*, 7th Edition. South Western College Publishing. Thomson International. Madrid. Spain. 1999. p. 175. En: Ob. Cit, p. 16.

<sup>173</sup> Consultado el 30 de enero de 2009 en [http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa\\_de\\_juegos](http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_juegos).

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 18.



un proceso en concreto, que concluye en la obtención del valor del contingente asociado a la actividad litigiosa del Estado<sup>175</sup>.

La elección del modelo para el análisis empírico debe satisfacer los siguientes criterios<sup>176</sup>:

**Tabla 7 - CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS EMPÍRICO**

CRITERIO	CARACTERÍSTICA
Aceptable	Las predicciones hechas con base en el modelo deben ser lógicamente adecuadas según los datos.
Consistente	La consistencia con la teoría debe gozar de pertinencia económica.
Constancia Paramétrica	Los valores de los parámetros deben ser estables para que resulten confiables.
Coherente	Los datos deben ser confiables para generar un resultado confiable.
Inclusivo	El modelo debe incluir las variables relevantes.

*Fuente: M.H.C.P. Subdirección de Riesgo*

La importancia de seleccionar adecuadamente el modelo, radica en la consolidación de la información necesaria para interpretar las características básicas de los datos iniciales que resultan de la observación de las acciones instauradas en contra del Estado y permiten posteriormente el análisis del comportamiento de las variables. El conteo de las observaciones que arrojan los datos iniciales para cada tipo de demanda instaurada da lugar a las frecuencias de clase, que pueden ser absolutas o relativas. Las frecuencias absolutas se relacionan directamente con el proceso de conteo de los casos en cada clase, que permiten ver las proporciones respecto del total de casos considerados. Por su parte, las frecuencias relativas determinan la relación existente entre los datos observados y su relación probabilística con los datos totalizados, y resultan del cociente entre la frecuencia absoluta de cada tipo de demanda y el total de los casos<sup>177</sup>.

$$Xi = \frac{nj}{n}$$

Donde ***Xi*** representa la frecuencia relativa, ***nj*** es la frecuencia absoluta de la clase de demanda y ***n*** es el total de casos<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>176</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL. Subdirección de Riesgo. *Metodología "Valoración de Pasivos contingentes en actividad litigiosa"*. Bogotá, 2009, p. 10.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>178</sup> ANDERSON DAVID, *Statics for Business and Economics*, 7th Edition. South Western College Publishing. Thomson International. Madrid. Spain. 1999. pp. 31-32. En: Ob. Cit, p. 11.

Con base en el informe del MARCO FISCAL DE MEDIANO PLAZO 2008 – 2017, presentamos la metodología de valoración, que incluye los supuestos generales sobre los cuales se fundamenta el modelo, definición metodológica, impacto y diagnóstico, así como las etapas que la constituyen.

## PRESUPUESTOS GENERALES

La metodología permite establecer el valor probabilístico estimado de las obligaciones contingentes asociadas a cada uno de los procesos que cursan en contra del Estado<sup>179</sup>, en cada una de sus etapas (instancias procesales), para lo cual se utiliza la información de los procesos reportados por cada una de las entidades, a través del Sistema de Pleitos de la Nación, administrado actualmente por el Ministerio del Interior y Justicia, así como la información de los parámetros de ajuste generados por la División de Pasivos Contingentes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Entre los parámetros de ajuste<sup>180</sup> se tiene, *la probabilidad histórica de fallo en contra* por tipo de proceso e instancia, *el nivel de éxito del abogado* a cargo de los procesos en contra, *los márgenes de costas* asociados a cada tipo de proceso, *las tasas de descuento*, y *el nivel de error*.

De otra parte, el concepto o juicio del abogado a cargo de cada proceso, es el criterio dinamizador para la valoración de la obligación contingente judicial, que se verifica a partir de seis (6) criterios de verificación que en conjunto señalan la probabilidad de fallo en contra del Estado; en desarrollo de los parámetros de clasificación definidos por el Ministerio del Interior y Justicia en el desarrollo del Formato Único de Actividad Litigiosa y de Valoración de Pasivos Contingentes con base en el comportamiento litigioso de los conflictos.

## ETAPAS

La metodología de valoración de las obligaciones contingentes en actividad litigiosa, permite identificar los yerros antijurídicos más frecuentes en los que incurre el Estado, comportando dos etapas:

1. **La etapa de valoración cualitativa del proceso**, que se fundamenta en el criterio y juicio del abogado a cargo de cada proceso y en el nivel de jurisprudencia.

---

<sup>179</sup> La metodología propone dividir la información procesal atendiendo al criterio de *tipo de justicia* que administra cada proceso: Constitucional, Administrativa y Ordinaria, y *tipo de acción*: Ordinario, Abreviado, Ordinario Laboral, Ejecutivo Laboral, Fuero Sindical, Nulidad Simple, Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa, Electoral por actos de nombramiento y contractual, Acción Popular, Acción de Grupo, Acción de Tutela, Acción de Cumplimiento, entre otras.

<sup>180</sup> Para obtener los parámetros que resumen la historia de los fallos, el informe tomó la base de procesos fallados desde julio de 1998, que reportaron las entidades en el formato de procesos terminados anexo a la Directiva Presidencial 01 de 2004.

2. **La etapa de valoración cuantitativa del contingente**, que posibilita realizar el seguimiento de las tendencias de fallo en contra.

### 2.2.1.1 VALORACIÓN CUALITATIVA DEL PROCESO

El abogado a cargo de cada proceso, debe valorar los siguientes criterios de calificación, de acuerdo con porcentajes que van desde 10% (calificación mínima) hasta el 100% (calificación máxima), dependiendo de cada factor, con el fin de establecer la propensión de fallo en contra del Estado.

**Tabla 8 - CRITERIOS DE CALIFICACIÓN PROCESAL CUALITATIVA<sup>181</sup>**

V.C.A.	ÍTEM	%	CRITERIOS DE CALIFICACIÓN <sup>182</sup>
<b>CONCEPTO DEL ABOGADO</b>	1	10%	Fortaleza de los planteamientos de la demanda, su presentación y desarrollo.
	2	15%	Debilidad de las excepciones propuestas al contestar la demanda.
	3	10%	Presencia de riesgos procesales.
	4	15%	Suficiencia del material probatorio en contra de la entidad.
	5	10%	Debilidad de las pruebas con las que se pueda considerar la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada.
<b>NIVEL DE JURISPRUDENCIA</b>	6	40%	Nivel de jurisprudencia relacionada o antecedentes similares.

*Fuente: M.H.C.P. Subdirección de Riesgo*

#### 2.2.1.1.1. CONCEPTO DEL ABOGADO:

Se refiere a la opinión del apoderado responsable del proceso con respecto de la probabilidad de que la entidad se enfrente a un fallo desfavorable con repercusiones pecuniarias en términos de cumplimiento de la obligación, por lo que se obtiene la

<sup>181</sup> Ver Metodología Valoración de pasivos contingentes en actividad litigiosa.

<sup>182</sup> Cada uno de los criterios se somete a la escala: Alta, Media y Baja.

valoración de la contingencia que armoniza la inferencia estadística y la experiencia de los litigantes.

Así las cosas, los criterios de calificación que permiten obtener las probabilidades asociadas a cada proceso en la instancia en la cual se encuentra al momento de la valoración, se ejecutan de la siguiente manera:

**CRITERIO No. 1: FORTALEZA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DEMANDA, SU PRESENTACIÓN Y DESARROLLO.**

Se constituye en la relación entre los planteamientos y la evidencia; factores que permiten determinar las posibilidades que tiene de prosperar un litigio y conducir a un fallo desfavorable para una entidad pública.

- Alta (80% - 100%): Los planteamientos de la demanda son sólidos, gozan de rigurosidad en la sustentación, dejando sin mayores posibilidades argumentativas a la defensa.
- Media (50% - 70%): Los planteamientos de la demanda son sólidos, y bien sustentados, pero hay presencia de un margen de intermediación, a través del cual la defensa podría interponer una argumentación jurídica consistente en favor de la entidad.
- Baja (10% - 40%): Los planteamientos de la demanda no están bien sustentados, por lo cual, el campo de acción por parte de la defensa es muy amplio y las posibilidades de ganar el pleito resultan considerablemente favorables.

**CRITERIO No. 2: DEBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS AL CONTESTAR LA DEMANDA.**

- Alta (80% - 100%): Hay certeza con respecto a que las excepciones presentadas con la demanda, no surtirán el efecto esperado y la posibilidad de pérdida litigiosa es evidente.
- Media (50% - 70%): Es posible que las excepciones presentadas con la demanda, surtan el efecto esperado y debiliten las pretensiones de la acción.
- Baja (10% - 40%): Las excepciones presentadas gozan de un carácter definitivo y contundente, lo cual viabiliza que el caso se resuelva en términos favorables a los intereses de la entidad.

**CRITERIO No. 3: PRESENCIA DE RIESGOS PROCESALES.**

Este criterio está relacionado con el cambio del titular del Despacho, la posición del juez de conocimiento, la entrega inoportuna de las pruebas solicitadas, el número de

instancias asociadas al proceso -única o doble instancia- y las medidas de descongestión judicial a las que se puede ver avocada una litis.

- Alta (80% - 100%): Los riesgos procesales interfieren en forma directa y contundente con respecto al caso representando un peligro potencial para la resolución favorable del conflicto.
- Media (50% - 70%): Los riesgos procesales no representan un peligro potencial, aunque gozan de validez no son suficientes para arriesgar la estabilidad procesal del caso.
- Baja (10% - 40%): No hay presencia de riesgos procesales o no hay posibilidad de afectación al caso.

**CRITERIO No. 4:** *SUFICIENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO EN CONTRA DE LA ENTIDAD.*

Está relacionado con la consistencia, solidez y veracidad de las pruebas recogidas durante un proceso; lo cual permite analizar los elementos probatorios para la definición del conflicto a través de la acción interpuesta.

- Alta (80% - 100%): El material probatorio aportado por el accionante goza de suficiencia jurídica para demostrar la existencia del conflicto o perjuicio originario de la demanda.
- Media (50% - 70%): El material probatorio aportado por el accionante es jurídicamente válido, pero no tiene fuerza demostrativa que posibilite argumentar contundentemente el origen de la demanda.
- Baja (10% - 40%): El material probatorio aportado por el accionante carece de suficiencia y fortaleza jurídica para demostrar los elementos que dieron origen a la demanda.

**CRITERIO No. 5:** *DEBILIDAD DE LAS PRUEBAS CON LAS QUE SE PUEDA CONSIDERAR LA PROSPERIDAD DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA.*

- Alta (80% - 100%): Los elementos probatorios carecen de suficiencia jurídica para respaldar contundentemente la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada, lo cual imposibilita ejercitar una defensa exitosa.
- Media (50% - 70%): Los elementos probatorios que pueden coadyuvar a la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada, no gozan de suficiencia jurídica, pero no impiden ejercitar una defensa exitosa.

- Baja (10% - 40%): Los elementos probatorios gozan de suficiencia jurídica, lo que redundaría en la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

### 2.2.1.1.2 NIVEL DE JURISPRUDENCIA

**Criterio No 6:** *NIVEL DE JURISPRUDENCIA RELACIONADO O ANTECEDENTES SIMILARES.*

- Alta (80% - 100%): Es evidente la suficiencia de material jurisprudencial, lo que maximiza las posibilidades de fallar en contra de la entidad, generando un impacto adverso e inminente en términos financieros.
- Media (50% - 70%): Hay evidencia de algunos precedentes casuísticos que permiten la definición de líneas jurisprudenciales, e impactan negativamente sobre las finanzas de la entidad.
- Baja (10% - 40%): No hay presencia de antecedentes similares, o jurisprudencia al respecto que condene a la entidad.

### 2.2.1.2. VALORACIÓN CUANTITATIVA DEL CONTINGENTE ASOCIADO AL PROCESO

#### 2.2.1.2.1 PROBABILIDAD DE FALLO EN CONTRA

En ésta etapa metodológica de valoración, la contingencia asociada al proceso debe analizarse a la luz del cálculo de la probabilidad de fallo en contra y el cálculo del valor de la obligación contingente.

##### 2.2.1.2.1.1. Probabilidad Base

Ésta variable corresponde a la probabilidad inicial de fallo en contra, que se obtiene de la conversión numérica del resultado de la valoración cualitativa de cada proceso que adelante el abogado a cargo, dinamizada a través de la aplicación de los criterios de calificación, de acuerdo a las siguientes asignaciones a los indicadores que valora el litigante:

#### PUNTAJES ASOCIADOS A LA CALIFICACIÓN

CALIFICACIÓN	ALTA	MEDIA	BAJA
PUNTAJE	100%	50%	10%

Una vez realizada la asignación de puntaje, se procede a calcular la calificación de probabilidad de fallo en contra  $P_j$ , de la siguiente manera:

$$P_j = \sum_{i=1}^6 W_i * C_{i,j}$$

Donde:

$P_j$  = Probabilidad de fallo en contra del Proceso  $j$  según el concepto del abogado;  $j = 1...n$

$n$  = Número de Procesos

$W_i$  = Peso asignado al criterio  $i$ ;  $i = 1, \dots, 6$

$C_{i,j}$  = Calificación numérica del criterio  $i$  para el proceso  $j$ ;  $i = 1, \dots, 6$   $j = 1...n$

#### 2.2.1.2.1.2. Frecuencia Histórica de Fallos en Contra

Posteriormente a la valoración de la probabilidad base de Fallo delimitada a partir de los criterios cualitativos de calificación, se ajustará la variable partiendo de la relación que existe entre el desempeño histórico de las líneas jurisprudenciales, los resultados y los fallos históricos.

Con base en el estudio de la base histórica de procesos fallados desde julio de 1998, que se encuentra en el registro de la División de Pasivos Contingentes, se estableció la frecuencia de fallos en contra para cada tipo de proceso, en una instancia determinada, frecuencia que hace parte de los parámetros de la metodología.

Es importante aclarar que esta información se consolidó teniendo en cuenta el número de procesos, sin discriminar por monto de pretensión, lo cual de hecho es una limitante en términos de la información disponible, que se hace evidente en la metodología.

A futuro, los valores de las frecuencias históricas, serán calculados y alimentados directamente en el sistema, con base en el desarrollo que se realice sobre la base de procesos terminados que consolide el Sistema de Pleitos de la Nación.

La frecuencia histórica de fallos en contra se define como  $FH_{t,k}$ , donde  $t$  corresponde a la tipología de procesos, donde  $t$  puede ser clasificado por acción o por motivo y que a su

vez se encuentra en la instancia **k**, que corresponde a Primera, Segunda o Tercera Instancia (Recurso Extraordinario)<sup>183</sup>.

#### **2.2.1.2.1.3. Éxito del Abogado**

Éste parámetro de valoración permite realizar el seguimiento a las tendencias de fallo a favor del Estado, a partir de la gestión jurídica de los abogados. Así las cosas, a partir del análisis de la base de datos que incorporan procesos fallados desde el 2002, se adelanta el seguimiento por abogado, de la frecuencia de procesos que representan decisiones favorables para la administración. Así,  $EX_j$  se define como la frecuencia histórica de éxito del abogado a cargo del proceso **j**.

#### **2.2.1.2.1.4. Nivel de Error**

Éste parámetro permite cuantificar el desfase del pronóstico incluido en el cálculo de las frecuencias de fallo en contra. El porcentaje asignado a ésta variable corresponde a un valor constante de 10%.

#### **2.2.1.2.1.5. Probabilidad Final de Pérdida**

Se constituye en el producto del juego en forma extensiva, para un proceso en concreto (**p**), en una instancia determinada (**i**), que tiene en cuenta la sumatoria de las probabilidades condicionadas de fallo. Para adelantar el cálculo de la probabilidad final de pérdida, se debe ponderar de la siguiente forma:

- Probabilidad base con el 40%.
- Frecuencia histórica de los fallos en contra con el 50%.
- Éxito del abogado apoderado con el 10%<sup>184</sup>.
- Todo lo anterior, penalizado por el nivel de error.

Por lo anterior, se define la probabilidad final de pérdida a través de la siguiente expresión:

---

<sup>183</sup> Si el reporte de un proceso activo no arroja la etapa actual del proceso o instancia en que se encuentra, la frecuencia histórica que se utiliza corresponderá al promedio de las tres instancias, ya sea por acción o por motivo.

<sup>184</sup> La ponderación es el producto del consenso de relevancia jurídica, desarrollado al interior de la Secretaría de Hacienda Distrital pero podrán ser ajustados en el momento en que se cuente con una base de datos histórica que permita realizar pruebas de validación en la Nación.



$$PF_j = \begin{cases} \text{Si existe un valor estimado para todos los ajustes:} \\ ((P_j * 40\%) + (FH_{t,k} * 50\%) + ((1 - EX_j) * 10\%)) * (1 + e) \\ \text{Si no existe el valor de frecuencias históricas:} \\ ((P_j * 90\%) + ((1 - EX_j) * 10\%)) * (1 + e) \\ \text{Si no existe el valor de éxito del abogado:} \\ ((P_j * 70\%) + (FH_{t,k} * 30\%)) * (1 + e) \end{cases}$$

Donde:

$PF_j$  = Probabilidad de fallo en contra Final del Proceso  $j$ ;  $j = 1... n$

$n$  = Número de Procesos

$P_j$  = Probabilidad de fallo en contra del Proceso  $j$  según el concepto del abogado;  
 $j = 1... (40\%)$

$FH_{t,k}$  = Frecuencia histórica de fallos en contra, en un proceso tipo  $t$ , que se encuentra en la instancia  $k$ . (50%)

$EX_j$  = Frecuencia histórica de éxito del abogado a cargo del proceso  $j$ . (10%)

$e$  = Nivel de error

## 2.2.1.2.2 VALOR DE LA OBLIGACIÓN CONTINGENTE

### 2.2.1.2.2.1 Valor Básico del Contingente

Con base en la probabilidad del fallo en contra ajustada a las variables de cálculo, se procede a definir el Valor Básico del Contingente, que corresponde al producto entre la probabilidad final de pérdida del proceso  $j$ , y el valor nominal de su pretensión, teniendo en cuenta las diferentes unidades de medida en que se instauró el proceso (Pesos Colombianos, Salarios Mínimos Legales Vigentes, Gramos Oro y Dólares Americanos) y adelantándose la respectiva conversión de la unidad al equivalente a pesos corrientes a la fecha de valoración.

$$VBC_j = \{PF_j * (Valor\_Pretensión\_Pesos)\}$$

### 2.2.1.2.2 Valor Final del Contingente

La estimación final contingente requiere acercarse a la realidad procesal, para lo cual se debe incluir el impacto de las costas asociadas a cada tipo de proceso<sup>185</sup>. Por lo cual, el valor básico del contingente, se verá ajustado por el margen de costo respectivo, según el tipo de proceso al cual pertenezca la pretensión original, teniéndose entonces a

$C_t$  como el margen de costo para procesos tipo **t**.

Así mismo, el valor básico del contingente requiere de un parámetro de ajuste adicional **P\_F**, que se define como la relación entre Valor Pretensión y Valor Fallo, con una asignación porcentual inicial del 33%, pero ajustando el modelo en términos de proporción entre pago real y pago estimado se le otorgó una calificación del 18.97%<sup>186</sup>. Entonces, el Valor Final del Contingente, se define por la siguiente expresión:

$$VFC_j = VBC_j * (1 + C_t) * (P\_F)$$

Donde:

$VBC_j$  = Valor Básico del Contingente, para el proceso **j**.

$C_t$  = Margen de costo para procesos tipo **t**.

$P\_F$  = Relación Valor Pretensión\_Valor Fallo.

<sup>185</sup> Con base en el estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura en 1997, sobre el costo de los procesos judiciales colombianos, se estableció un cargo adicional promedio del 4% sobre el Valor Básico del Contingente, dependiendo de la tipología procesal, el cual se ajustará en la medida en que se cualifiquen los reportes de información presupuestal de pago de sentencias, y el promedio obtenido de costas judiciales, por ejemplo para procesos laborales 4%, civiles 5% y administrativos 3%.

<sup>186</sup> El 18.97% se aplica al 50% de las entidades valoradas que presentan mayor nivel de concentración en el pago total por sentencias y conciliaciones y el otro 50% de las entidades con menor nivel de concentración se deben valorar con un 4.4.% en la relación valor - pretensión - valor fallo.

### 2.2.1.3. ESQUEMA DE APROPIACIÓN Y PAGO

El software de valoración se constituye en el sistema especializado que genera el reporte consolidado de los pasivos contingentes anuales y de las apropiaciones que debe realizar cada entidad de acuerdo con sus responsabilidades, en términos de las obligaciones contingentes judiciales que posea.

Así las cosas, es necesario consolidar mecanismos de apropiación y reserva presupuestal al interior de cada entidad, que mitiguen el impacto futuro de los fallos adversos a los intereses de la entidad con respecto a su actividad en sede judicial; por lo que se requiere adelantar un cálculo del perfil de riesgo, establecido en estimaciones anuales, que sigue los siguientes parámetros<sup>187</sup>:

#### Vida Promedio del Proceso

Ésta variable corresponde al valor en años de la vida esperada de un proceso, desde su valoración inicial hasta la fecha del fallo definitivo, y su cálculo acuña factores como la expectativa del abogado en cuanto a la vida remanente del proceso, y la vida promedio histórica por tipo de proceso, que se toma de la base de datos de procesos terminados<sup>188</sup>.

Entonces, la Vida Promedio del Proceso  $j$ :

$$VP_j = (VPE_j * 80\%) + ((VPH_t - TC_j) * 20\%)$$

Donde:

$TC_j$  = Tiempo cursado del Proceso  $j$  hasta la fecha de valoración.

$VPH_t$  = Vida Promedio Histórica para procesos de tipo  $t$ .

$VPE_j$  = Vida Promedio esperada por el abogado, para el proceso  $j$ .

---

<sup>187</sup> El sistema permite cambiar el método de apropiación seleccionado (anualidad, gradiente escalonado, geométrico, en virtud de que en el sistema se incluye el valor del parámetro anual.)

<sup>188</sup> En la base de datos actualmente no es posible establecer la vida promedio histórica por acción, no obstante en la base de datos que remita el Ministerio del Interior y Justicia se debe contar con la posibilidad de cálculo de este parámetro, por lo cual la vida promedio esperada del abogado cuenta con un peso del 100% actualmente.

Para adelantar el cálculo de los aportes presupuestales, el ajuste debe realizarse a un dígito, por lo que la vida promedio será equivalente en términos de la siguiente proporción:

TIEMPO PROCESAL	AJUSTE
Proceso con VP <sup>189</sup> menor a 1 año	Se ajustará a 1 año
Proceso con VP mayor de 1 año y menor de 2 años	Se ajustará a 2 años

El cálculo del valor final de la obligación contingente y la vida promedio del proceso, se constituyen en los elementos definitorios del esquema anual de apropiaciones presupuestales.

### **Aportes Año 1**

Si  $VP_j = 1$  año, entonces:  $Aporte = VFC_j$

Si  $VP_j \leq 1$  año, entonces:

$$Aporte = \left[ \frac{VFC_j}{\frac{(1 - (1 + r_p)^{-n_j})}{r_p}} \right]$$

Si  $VP_j > 1$  año, entonces:

Donde:

$VFC_j$  = Valor final de la obligación contingente del proceso **j**.

$r_p$  = Tasa de retorno de los recursos en el tiempo **P**; **P** es el plazo equivalente a la Vida Promedio del Proceso **j**<sup>190</sup>

Toda la información necesaria para la valoración parte del Formato Único de Actividad Litigiosa del Estado que es administrado actualmente por el Ministerio del Interior y

<sup>189</sup> VP= Valor de la Pretensión.

<sup>190</sup> Se asume la tasa de retorno, generada por medio de la CETES. La actualización de estos parámetros será realizada por la División de Pasivos Contingentes y el archivo de la CETES es suministrado por los pasantes de la Subdirección de Riesgo del grupo de Políticas y Control.

Justicia y cuya información es suministrada por cada uno de los abogados a cargo de los procesos. Al recopilar la información se prosigue a una depuración y procesamiento de la información.

### **2.2.2 ALCANCES DEL MODELO CONTINGENTE**

El modelo de valoración de pasivos contingentes en la actividad litigiosa, ha conducido a la apropiación de los recursos racionalmente, pero la limitante se encuentra en la consolidación de la información, ya que no es suficiente el ingreso adecuado de los datos que permiten la obtención de resultados confiables, sino que se requiere del diálogo interinstitucional efectivo y permanente, que posibilite la actualización de la información y el reporte de los datos que consulten la realidad litigiosa del país.

El obstáculo más grande que refiere el modelo, es la falta de información litigiosa de las entidades públicas o la imprecisión en sus reportes, lo que impide regularizar la confiabilidad de los mismos y entregar datos ajustados a la realidad litigiosa de Colombia, lo que dificulta la coordinación y articulación sectorial de las políticas de defensa y gestión jurídica pública.

Así las cosas, ésta investigación pretende cuestionar el protagonismo del Estado colombiano en sede judicial. Reiteramos la problemática planteada en la parte introductoria: ¿Sus actuaciones realmente acuñan una política de defensa eficaz que permita fortalecer su actuación jurídica en los estrados judiciales cuando es sujeto pasivo de la acción, o simplemente funge como ente pagador o bancario de condenas, sin instrumentalizar una verdadera Abogacía del Estado, que obedezca los presupuestos de modernización gubernamental en términos de una Gerencia Integral de lo Público?.

Si bien es cierto, el modelo contingente predice el valor de la condena futura, ésta valoración convierte al Estado en un mero ente pagador, que no se defiende eficazmente, ya que su previsión compensa el pago a la que debe someterse la administración, pero no asegura la defensa integral y acertada por parte de los equipos de litigio estatal en cada etapa procesal.

Ésta iniciativa resultó novedosa al intentar cálculos de litigiosidad que advirtieran del riesgo fiscal por concepto de contingencias estatales, particularmente en actividad litigiosa. Pero las políticas transversales deben articularse en el mismo sentido, para que funcionalicen al interior del sistema, de lo contrario, las herramientas por separado no producen frutos institucionales y representativos, capaces de cambiar el curso de la cultura adversarial que nos caracteriza socioculturalmente<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> El reporte de información al modelo resulta engorroso para los funcionarios, razón por la cual se alimenta la desazón del funcionario público defensor y la apatía a reportar de manera confiable y comprometida con la entidad.

Las variables que se incluyen no solo representan la categoría económica, sino que incorporan aristas políticas que carecen de dolientes ante la pérdida tradicional del Estado, de ahí que el reduccionismo a cifras, los cálculos rígidos que muchas veces, no se acompañan con la realidad y la aplicación de modelos que solo obedecen a las estadísticas y no a las exigencias de una sociedad conflictuada por la violencia, la pobreza y los inconformismos frente al acceso a la justicia mínima, se constituyen en bases de información inconscientes de su alcance e impacto.

Ahora bien, resulta consistente revisar cuáles han sido los diseños y la consecuente implementación de políticas públicas que pretenden encarar la problemática que envuelve la defensa jurídica estatal, toda vez que la necesidad de potenciar su desempeño se constituye en una herramienta transversal de renovación de la administración pública.

### **2.3. ESTRATEGIAS DE FORMULACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRALES EN TÉRMINOS DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**

El análisis estructural del Estado supone adelantar un ejercicio interdisciplinario que lo conciba como un sistema complejo, es decir como un corpus organizado que requiere de sus elementos constitutivos incapaces de ser asumidos intangiblemente y por separado, por lo que los nuevos esquemas de estudio obedecen a corrientes postmodernistas, que privilegian la comunidad de saberes entre disciplinas.

La política pública se ha definido por algunos como “(...) *Un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (...)*”<sup>192</sup>.

Jorge Iván Cuervo propone entender la política pública como el producto de un paradigma, referente o marco de representación, decisión y evaluación de las acciones gubernamentales, cuyo resultado incorpora la interacción de diversos actores del sistema político, del régimen político, de la sociedad civil y de los organismos económicos internacionales, y pretenden la correspondencia con los presupuestos constitucionales del Estado Social de Derecho que respondan eficazmente a las demandas sociales, a la

---

<sup>192</sup> ROTH DEUBEL, André-Noël, *Ensayo Introductorio: Las Políticas Públicas como campo de estudio*. En: Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, XIV.

luz del cumplimiento de los principios de coherencia, integralidad, legitimidad y sostenibilidad estatal<sup>193</sup>.

Así las cosas, la importancia de su definición radica en la posibilidad de armonizar la producción normativa institucional con las actividades político-administrativas ejecutadas por las autoridades públicas para la elaboración e implementación del proceso político en el orden social, que coadyuva al entendimiento del Estado en acción.

El desarrollo del concepto de políticas públicas en un primer periodo histórico influenciado por la epistemología positivista y la tecnocracia científica, entendió su objeto de estudio desde la concepción de políticas de la democracia *-policy sciences of democracy-*, cuya orientación conectaba el quehacer gubernamental, la construcción del Estado Social de Derecho y la materialización de los derechos humanos en torno a los ideales democráticos liberales, hasta considerarse en una segunda fase el ámbito de estudio desde una perspectiva de análisis de políticas públicas, que combatiera los tradicionalismos de la metodología científica normal, a partir de la consideración de elementos extra-rationales o irracionales que permiten la invención de diseños sociales alternativos<sup>194</sup>. La transición en el análisis de las políticas públicas marcada desde un positivismo científico en la búsqueda de sus leyes, pasando por el empoderamiento y dominación de la política sobre el conocimiento hasta llegar a un proceso de reconciliación de la fase inicial y de desarrollo en términos de participación y deliberación ciudadanas en el análisis y formulación de las políticas; que giran en torno a la discusión de los asuntos públicos -la transformación de la perspectiva analítica constituye el giro argumentativo-<sup>195</sup> pretendiendo materializar un análisis pluralista de los valores desde el desarrollo de estrategias y dispositivos que nutran el debate público.

La exploración de métodos alternativos de análisis, apelan a la apropiación del insumo histórico, como respuesta a las transformaciones políticas y sociales presentes en la acción pública del Estado y sus agentes, como es el caso del Neoinstitucionalismo y los Enfoques Sociohistóricos. En el primer caso, el análisis sobre las instituciones se concibe como la influencia de los factores históricos sobre los actores, que pueden limitar las opciones posibles o las elecciones ulteriores para los tomadores de decisión<sup>196</sup>, más aún cuando la elaboración argumentativa está transversalizada por elementos retóricos que acompañan las evidencias deliberativas, cuya pluralidad potencializa la alternatividad en el debate, desmitificando así, las posturas dominantes y mayoritariamente aceptadas.

---

<sup>193</sup> CUERVO R., Jorge Iván. *La posibilidad de las políticas públicas en Colombia*. En: Ob. Cit, pp.18-19.

<sup>194</sup> DROR, Y. *Prolegomena to Policy Sciences*. En: Policy Sciences, 1970. Vol. 1, pp. 135-150 y KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004. Referenciados en Ob. Cit, p. XV.

<sup>195</sup> FISCHER, F., FORESTER, J. *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*. Duke University Press, London, 1993. Referenciado en Ob. Cit, p. XVI.

<sup>196</sup> LABORIER, Pascale. *La Dimensión histórica en el análisis de las Políticas Públicas*. En: Ob, cit. p. 2.

Los enfoques sociohistóricos nacen de una perspectiva de sociología crítica que pretende romper con la naturalidad de la historia oficial del Estado, contada desde la institucionalidad de sus agentes, y potencializar la reconstitución de las lógicas de acción social que intervienen en la esfera pública, que poseen caracteres contingentes, de ruptura y redefinitorios de las realidades históricas. En éste sentido, los estudios de Pierre Bourdieu<sup>197</sup>, aportaron *en la comprensión de las estrategias y las luchas competitivas en el campo del marco político burocrático del Estado y el proceso de autonomización de los campos*<sup>198</sup>, empoderando la racionalidad y la coherencia de los dispositivos colectivos en función de las prácticas sociales públicas a través del tiempo, en forma de “bricolaje” o intervención sobre el modus institucional impuesto tradicionalmente por el Estado<sup>199</sup>.

Entonces, el proceso de formulación de las políticas públicas está relacionado directamente con el ámbito definitorio de las reglas de juego que posibilitan el acceso al sistema político, en el que interactúan diversos actores, partidos políticos, movimientos sociales, instituciones formales e informales, cuya actuación se efectiviza a través de la coextensividad entre las demandas sociales y los resultados finales de la política; lo que David Easton categorizó como los extremos del proceso de elaboración de políticas públicas: *inputs y outputs*, en donde las instituciones estatales (régimen político) se constituyen en la caja negra o *black box*, que formula técnicamente las decisiones que han sido seleccionadas para ingresar en la agenda pública institucional<sup>200</sup>.

Por ello, una entidad pública no puede concebirse independientemente al funcionamiento global del Estado, como se expresó en el Cuarto Seminario Internacional sobre Gerencia Jurídica Pública por el profesor Borda: “(...) *Habrá que aproximarse al conocimiento del Estado como una totalidad organizada en la cual los elementos no son separables del todo y, por lo mismo, no pueden ser estudiados separadamente porque acabaríamos entendiéndolos en forma equivocada. Es una estructura con coherencia interna y relaciones armónicas pero muy dinámicas entre sus elementos. Es imposible comprenderla tomando cada uno de sus elementos por fuera del conjunto que los integra; solamente el conjunto determina la naturaleza y significación objetiva de cualquiera de sus elementos (...)*”<sup>201</sup>.

Así las cosas, el sustento axiológico que soporta la organización estatal, está dada por los dos primeros preceptos constitucionales<sup>202</sup>, que se fundan en la integralidad

---

<sup>197</sup> BOURDIEU, Pierre. *Esprits d'Etat. Genèse et structure du champ bureaucratique, Actes de la Reserche en Sciences Sociales*.1993. En: Ob. Cit, p. 3.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>200</sup> EASTON, David. *Categoría para el análisis sistémico de la Política*: En Diez textos básicos de Ciencia Política, Ariel, Barcelona, 1992. En: Ob, cit. pp. 19-20.

<sup>201</sup> BORDA VILLEGAS, Enrique. *La Estructura administrativa, gerencia pública y la construcción de políticas públicas*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, p. 105.

<sup>202</sup> Artículos 1º y 2º Constitución Política de Colombia.



teleológica y funcional de la estructura del Estado Social de Derecho que instrumentaliza los mínimos fundamentales y les imprime contenido material y concreto a través de la incorporación de estructuras administrativas de lo social materializadas en políticas públicas coherentes.

La experiencia distrital demostró la consolidación de una nueva organización que respondió a las exigencias de una administración coherente pensada desde los fines del Estado, cuya coordinación se posibilitó a través de mecanismos de articulación funcional eficaz y eficiente entre las diferentes entidades y sectores, capaces de consolidar procesos de descentralización democráticos y ciudadanos que privilegiaran las necesidades sociales y la coherencia de la gestión pública<sup>203</sup>.

Por ello, la administración estatal debe recuperar su influjo democrático a partir del desarrollo de los acuerdos básicos y comunes de la sociedad concretados en consensos políticos participativos, cuya acción colectiva posibilite la manifestación de la voluntad del constituyente primario al materializarse su ejercicio en términos de directrices o políticas públicas por parte de los servidores del Estado. Éstos acuerdos deben obedecer a parámetros de interpretación bilateral: elementos estáticos y dinámicos. El elemento estático corresponde al instrumento jurídico, es decir el conjunto de principios y reglas generales del sistema de derecho vigente, que prevalece independientemente de las mutaciones normativas. De otra parte, tenemos el elemento dinámico, relacionado con el carácter político de las decisiones, es decir las formas de movilizar los acuerdos sociales que se concretan en las políticas públicas<sup>204</sup>.

Aunado a lo anterior, el profesor Borda, manifestó que el quehacer jurídico de los abogados del Estado, nutrido a partir de los acuerdos sociales contenidos constitucionalmente debe tener en cuenta los siguientes referentes: “(...) **a.)** la prevalencia del Derecho como marco de su gestión; **b.)** el principio de legalidad como referente de su acción y de las acciones de los ciudadanos dentro de los límites que a cada uno le imponen las cláusulas generales de competencia propias del Estado de Derecho; **c.)** el concepto de justicia material, cuando actúa como instructor, para hacer efectivo los derechos fundamentales de los asociados y para producir acciones afirmativas que propugnen por la erradicación de la pobreza extrema y de las situaciones especiales de vulnerabilidad social y **d.)** que debe prevalecer la paz y la convivencia ciudadana como parte del acuerdo democrático(...)”<sup>205</sup>.

La excesiva sobrecondición presente también en el ámbito de las políticas públicas, obedece a la necesidad obsesiva de reglamentación de la realidad, que en la mayoría de

---

<sup>203</sup> Ob. Cit. p. 114.

<sup>204</sup> BORDA VILLEGAS, Enrique. *La Gerencia Jurídica y las Políticas Públicas*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, p. 5.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 4.

los casos no está acompañada a la definición de un problema y sus posibles estrategias de solución, ya que hay una marcada tendencia a ignorar el influjo del mercado por parte de los formuladores del Estado, lo que conduce en la mayoría de los casos, a la producción de documentos políticamente correctos, pero incapaces de transformar la realidad del país, como lo afirma Carlos Córdoba Martínez, “(...) *El ejercicio de política pública termina siendo la combinación de discursos vindicativos axiológicamente fuertes (enfoque de derechos, equidad, empoderamientos), que se convierten en una trampa a la hora de llevarlos a decisiones concretas (...)*”<sup>206</sup>.

En éste orden de ideas, podemos concluir que la Defensa Jurídica del Estado concebida como iniciativa pública de gerencia y gestión transversal, requiere entonces, de la proactividad en la implementación de sus políticas que respalden una verdadera institucionalidad, de una administración que no se niegue las posibilidades de cambio a través de la capacidad gerencial de lo público, capaz de convalidar los postulados ciudadanos confiados a la gobernabilidad de sus agentes, y que su gestión esté dirigida a transversalizar la administración a través de mecanismos preventivos de causación del daño antijurídico que se adviertan a partir de una reingeniería institucional coherente y comprometida con los retos participativos e incluyentes de la ciudadanía en apoyo y control a la administración mediante el monitoreo y evaluación permanente de las políticas públicas<sup>207</sup> como obligación introducida por la Carta Política de 1991<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> CORDOBA MARTÍNEZ, Carlos. *Los vacíos ontológicos de la política pública en Bogotá. Entre la sobrecodificación del Estado y la Descodificación del Mercado*. En: Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, p. 127.

<sup>207</sup> Esta obligación está en cabeza del Departamento Nacional de Planeación.

<sup>208</sup> Artículos 343 y 344 de la Constitución Política de 1991.

### **3. CAPÍTULO TERCERO: ALCANCES DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO: LA REALIDAD DEL MODELO CONTINGENTE EN COLOMBIA Y TRASPLANTES JURÍDICOS INTERNACIONALES**

En éste capítulo se presentarán los alcances de la política pública de defensa jurídica estatal desde el examen del instrumento diseñado para el cálculo de contingencias judiciales, en términos de eficiencia en la administración de los servicios de justicia, especialmente el protagonismo del Estado en sede judicial. Aunado a lo anterior, se estudiará el abordaje que ha recibido la figura desde el desempeño de los financiadores internacionales y el apoyo multilateral, que ha presupuesto la formulación de estrategias de defensa a nivel extranjero, a través de la conformación de equipos de litigio internacional.

Las políticas de defensa deben considerar preliminarmente la consolidación de una administración pública respetuosa de las garantías de los asociados que a partir de la implementación de medidas preventivas cuando se han advertido fuentes generadoras de daño estatal, posibiliten la transmutación hacia una nueva cultura de respeto y confianza en la institucionalidad, la maximización de los recursos públicos y el fortalecimiento de la administración gerencial, sometida permanentemente a estándares de evaluación y mejora para el desarrollo de los cometidos estatales acuñados constitucionalmente.

Finalmente, y en términos de consolidación de una estrategia de defensa jurídica integral ante la complejidad de la realidad litigiosa, se plantea la potencialización de la Academia como soporte del conocimiento que nutra la institucionalidad, la unificación de criterios frente a la creación de un arquetipo de departamento jurídico estatal y el fortalecimiento de la Abogacía del Estado como respuesta a las necesidades de la administración para enfrentar los asuntos litigiosos que impactan negativamente las finanzas públicas.

### 3.1 EXAMEN DEL INSTRUMENTO CONTINGENTE: REGULACIÓN FISCAL A TRAVÉS DEL PAGO DE CONDENAS VRS. DEFENSA EFICAZ DEL ESTADO

En el marco del fortalecimiento de la función de evaluación de los efectos del desarrollo institucional y la reingeniería del Estado colombiano originadas en el Programa de Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.-, la Dirección de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación -D.E.P.P.-, diseñó una metodología específica de monitoreo, seguimiento y evaluación, arrojando *La Evaluación al Desempeño Institucional: Resultados del P.R.A.P. 2002-2006*, a fin de mostrar el impacto de las reformas verticales y transversales incluidas en el Plan de Desarrollo<sup>209</sup>.

Como se anotó en capítulos precedentes, el P.R.A.P. se constituyó en la respuesta gubernamental encaminada a la racionalización funcional de la administración pública nacional, a través de su redimensión organizacional y la potencialización de su capacidad de gestión en torno a la concepción del Estado participativo, gerencial y al servicio del ciudadano, capaz de incrementar la productividad a partir del mejoramiento de la red pública estatal en términos de eficacia de procesos, eficiencia, transparencia, gestión por resultados misionales y flexibilidad administrativa.

Así las cosas, la pretensión del P.R.A.P. estuvo dada por repensar el Estado desde las siguientes reformas:

**Tabla 9** - REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL P.R.A.P.

	REFORMAS VERTICALES	REFORMAS TRANSVERSALES
<b>CAMPO DE APLICACIÓN</b>	Se aplican al interior de cada sector y/o entidad, consolidando procedimientos y procesos que facilitan su gestión en desarrollo de su misión institucional, con el fin de brindarle eficiencia al Estado.	Se aplican en forma general a todas las esferas de la administración pública nacional, a partir de la configuración de referentes jurídicos e institucionales que coadyuvan en el mejoramiento, modernización de los procesos y simplificación de la gestión, con implicaciones directas sobre la estructura del gobierno y la sociedad.
<b>METODOLOGÍA</b>	<b>Metodología de Evaluación a la Productividad:</b> corresponde a la estructura de información que	<b>Metodología de Evaluación al Desempeño Institucional:</b> ésta tipología analiza las actividades,

<sup>209</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. DIRECCIÓN DE EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS -D.E.P.P. *Evaluación al desempeño institucional: Resultados del P.R.A.P. 2002-2006*. En: Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 232-249.

	establece la relación entre actividades misionales e insumos o recursos instrumentalizados por los entes públicos para el desarrollo funcional, es decir que se constituye en el resultado del desarrollo de cambios estructurales o capacidades generadas en la institución.	actores, operaciones, utilización de recursos y factores exógenos a una reforma o entidad, en relación con el avance en el cumplimiento de sus objetivos misionales.
--	---	--

*Fuente: D.N.P.-D.E.P.P.*

Para el componente de reformas transversales la D.E.P.P. del D.N.P. aplicó, la metodología de desempeño institucional a la reforma de Gestión de Activos de la Nación que hace parte del P.R.A.P. Ésta metodología evalúa los vínculos directos entre los planes de acción, actividades o procesos que estructuran un programa o política y la materialización de sus objetivos misionales a partir del logro de resultados.

Así las cosas, dicha evaluación se constituye en una herramienta gerencial de análisis, al incorporar la medición de indicadores que rastrean el avance en el logro de los objetivos de la reforma, toda vez que preliminarmente se hayan identificado los insumos, actividades, productos, servicios, procesos y estrategias que se requieran para la ejecución, sin descontar los factores exógenos y el contexto socioeconómico de desarrollo de la reforma<sup>210</sup>.

A continuación en la Tabla 10 se describirá la metodología de desempeño institucional y el diagnóstico para llevar a cabo su aplicación.

**Tabla 10 - METODOLOGÍA DE DESEMPEÑO INSTITUCIONAL A LA GESTIÓN DE ACTIVOS DE LA NACIÓN**

REQUISITOS	DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA	DIAGNÓSTICO
<b>DEFINICIÓN DEL OBJETIVO GENERAL DE LA REFORMA</b>	En ésta etapa se realiza un estudio minucioso de la reforma, a efectos de lograr la comprensión de su objetivo misional, el cual se concibe como el objetivo superior que responde al problema transversal causante de los efectos adversos para todas las entidades del gobierno.	El objetivo último del P.R.A.P. corresponde a la promoción de un Estado Gerencial, capaz de incrementar los niveles de productividad de la administración pública nacional a partir de la potencialización de los principios de eficacia, eficiencia y transparencia de la red pública estatal, promoviendo una nueva cultura de gestión de lo público a partir de la solución de problemas estructurales del Estado adelantando una política única de defensa jurídica.

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, pp. 242-243.

<p><b>DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA REFORMA</b></p>	<p>Es necesario identificar los objetivos específicos que alimentan el objetivo misional, los cuales se constituyen en las consecuencias directas que se esperan obtener como resultado de la reforma.</p>	<p>Los objetivos específicos de la defensa jurídica del Estado se enmarcan dentro de la esfera de la Gestión Jurídica Pública, que a su vez incorpora cuatro frentes o estrategias de reforma:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Defensa Jurídica del Estado.</li> <li>2. Sistema de Contratación Pública.</li> <li>3. Asesoría Jurídica.</li> <li>4. Racionalización Normativa.</li> </ol> <p>Estos frentes están encaminados a materializar un conjunto de acciones, políticas y medidas que propendan por la eficaz y eficiente protección de los intereses patrimoniales y judiciales de los entes estatales, previniendo la causación de daños antijurídicos que afecten las finanzas públicas.</p>
<p><b>DEFINICIÓN DE LOS PROCESOS Y ESTRATEGIAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS</b></p>	<p>Permite obtener un conocimiento detallado de la ejecución de la reforma, es decir la articulación entre insumos<sup>211</sup>, análisis de procesos - estrategias<sup>212</sup> y productos<sup>213</sup>.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Creación del Sistema de Información de la Gestión Jurídica –LITIGOB-.</li> <li>2. Implementación del Plan de Profesionalización de los Gestores Jurídicos.</li> <li>3. Creación del modelo de valoración de pasivos contingentes.</li> </ol>
<p><b>DEFINICIÓN DE INDICADORES</b></p>	<p>Se constituye en la representación cuantitativa que permite medir el cambio de una variable comparada con otra, mostrando el avance de la reforma con respecto al logro de sus objetivos. Cada indicador debe acompañarse de una ficha técnica, que incorpore los aspectos que se tienen en cuenta para adelantar la medición.</p>	<p><b>Indicadores de formulación:</b> implementación de las líneas de acción de la D.J.E.  <b>Indicadores de insumo:</b> D.D.J.E, Oficinas Jurídicas de los entes públicos, Gestores Jurídicos.  <b>Indicadores de gestión:</b> Eficiencia, Cumplimiento, Oportunidad, Eficacia, ejecución presupuestal.  <b>Indicadores de producto:</b> S.P.N., LITIGOB, Modelo de contingencias judiciales.  <b>Indicadores de resultados:</b> implementación efectiva de los modelos.  <b>Indicadores de impacto:</b> Efectividad.</p>

<sup>211</sup> Los *Insumos* se constituyen en los recursos utilizados para llevar a cabo las actividades o procesos, y hacen parte de factores endógenos que imponen límites, lo cual permite conocer el verdadero alcance e impacto de la reforma.

<sup>212</sup> Se entiende por *Procesos* las actividades y tareas que convierten a los insumos en productos y servicios, lo que permite establecer su relación directa con el cumplimiento de los objetivos.

<sup>213</sup> Los *Productos* se relacionan con los resultados directos generados por la instrumentalización de un proceso, cuyo análisis evalúa los productos del proceso, los objetivos de la reforma y el logro de los resultados ejecutables en desarrollo de la política pública.

<p><b>EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO A RESULTADOS</b></p>	<p>Ésta última etapa pretende analizar si los resultados se acompañaron a la materialización de los objetivos específicos que redundan en el cumplimiento del objetivo misional de la reforma. Los resultados deben estar soportados y plenamente justificados con base en la información recolectada a lo largo de la evaluación, que además debe tener en cuenta el contexto de desarrollo de la reforma, es decir las características socioeconómicas, políticas y los factores exógenos que pueden impactar positiva o negativamente el curso de la ejecución a futuro de la política pública.</p>	<p>La aplicación del valor del indicador a cada uno de los objetivos específicos posibilita la evaluación de los resultados en términos de eficacia, con respecto a la implementación de los modelos de seguimiento y control de la actividad litigiosa y la gestión jurídica pública, coadyuvante en la reducción de las contingencias judiciales por el ejercicio de una defensa plena por parte de la administración, que pretende reducir los yerros antijurídicos.</p>
---	--	---

*Fuente: D.N.P.-D.E.P.P.*

El impacto fiscal que ha generado el grado de litigiosidad en Colombia ha sido objeto de múltiples debates, en torno al valor de las pretensiones y los procesos que afectan negativamente las finanzas públicas y de consuno con el criterio de sostenibilidad fiscal.

La Ley 1454 de 2011 consagró la sostenibilidad fiscal como un principio rector del ordenamiento territorial y finalmente con el Acto Legislativo 3 de 2011 se estableció el principio de sostenibilidad fiscal que adicionó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución y la Ley 1473 de 2011 que categorizó éste principio a través del desarrollo de una regla fiscal que debe regir el comportamiento de la Hacienda Pública.

Según el Banco Central Europeo, la sostenibilidad fiscal se define como *“la capacidad de un gobierno para atender el pago de su deuda a largo plazo. Por consiguiente, un gobierno con un determinado saldo de deuda viva tiene que obtener superávits primarios en el futuro, y estos han de ser suficientemente elevados para hacer frente a las obligaciones de pago (actuales y futuras) de su deuda. En otras palabras, la sostenibilidad fiscal exige que el gobierno sea solvente, es decir, que pueda rembolsar su deuda en algún momento en el futuro”*<sup>214</sup>.

<sup>214</sup> Banco Central Europeo. “Garantizar la sostenibilidad fiscal de la zona euro”. En: Sentencia C-132/12. Exp. D-8616. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Así las cosas, la sostenibilidad fiscal compromete la estabilidad macroeconómica de un país, en términos de crecimiento a largo plazo y la capacidad para enfrentar la deuda pública, que requiere de un conjunto de políticas públicas que aseguren la solvencia entre las líneas de gasto e ingreso de las finanzas públicas.

La Corte Constitucional en sentencia C-132 de 2012 sostuvo que “(...)la sostenibilidad fiscal no fue concebida como un “derecho fundamental” o una especie de “derecho colectivo” en cabeza de toda la población, sino tan sólo como un criterio de actuación, armonización y coordinación de las competencias de todas las autoridades públicas, incluidos los jueces constitucionales. No se trata, en consecuencia, del establecimiento de una prelación, de una jerarquía de la sostenibilidad fiscal sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales –D.E.S.C.-, sino del reconocimiento de que la vigencia de éstos depende de aquélla. Sin duda, los avances en materia de educación, salud, vivienda, entre otros, dependen de la viabilidad económica del Estado, de preservar su capacidad de endeudamiento interno e internacional, en un mundo globalizado y afectado por constantes y profundas crisis económicas(...)”<sup>215</sup> .

Jean Paul Rabanal<sup>216</sup> advierte que la sostenibilidad fiscal se puede definir como “(...)la necesidad de un gobierno por conseguir recursos necesarios para cubrir el déficit fiscal; es decir, en el cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno, la cual requiere que el valor presente de los flujos esperados del resultado primario sea igual al valor actual de la deuda corriente. De este modo, la deuda en el largo plazo será igual a cero(...)”<sup>217</sup> .

La importancia de analizar la sostenibilidad de las finanzas públicas radica en tanto posibilita determinar las medidas de política económica que el gobierno debe apropiarse en términos de gasto, respecto a la capacidad de recaudo de ingresos fiscales y la estructura de financiamiento que permita mantenerse en el largo plazo.

Dentro de la ingeniería económica, se asumen dos enfoques de interpretación en el análisis de costos. De una parte, el análisis *Ex ante*, que analiza el diseño institucional, en éste caso Rabanal afirma que “(...) Se basa en el análisis de la trayectoria futura de los ingresos, los gastos, el endeudamiento y otras variables, según el modelo utilizado (...)”. Por su parte, el análisis *Ex post*, analiza el desarrollo o la ejecución del diseño, es decir “(...) El cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno mediante una relación de largo plazo entre los ingresos y los gastos del sector público (...)”, lo que permitiría concluir que la política fiscal es sostenible.

---

<sup>215</sup> Aclaración de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-132/12.

<sup>216</sup> Consultor de la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales (DGAES) del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú.

<sup>217</sup> RABANAL, Jean Paul. Perú: Dos enfoques para analizar la sostenibilidad fiscal. Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Disponible en Internet: [http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/Peru\\_dos\\_enfoques\\_analizar\\_la\\_sostenibilidad\\_fiscal.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/Peru_dos_enfoques_analizar_la_sostenibilidad_fiscal.pdf).



La Corte Constitucional en Sentencia C-288 de 2012<sup>218</sup>, reiteró que la finalidad de la sostenibilidad fiscal está dirigida a disciplinar las finanzas públicas, en tanto que su proyección futura posibilite la reducción del déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos, teniendo en cuenta las distintas variables de influencia y los factores endógenos y exógenos que determinan su aumento o reducción.

Así las cosas, el principio de sostenibilidad fiscal emerge como una iniciativa de saneamiento de las finanzas públicas, que en ningún caso puede entrar a competir con la protección efectiva de los mínimos conquistados por el Estado Social de Derecho. Es fundamental advertir los costes económicos de las sentencias judiciales, que resultaría más relevante en términos de prevención, analizar los costes de la producción jurídica, cuya tendencia está en aumento evidenciando una inflación o polución normativa.

Ahora bien, respecto a las estimaciones presentadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2007, por concepto de pasivos contingentes en actividad litigiosa (sentencias y conciliaciones) se evidenció un incremento de \$3,93 billones a \$4,13 billones para el periodo comprendido entre 2007-2017, que valoró 207 entidades, 13.758 procesos terminados y 86.258 procesos activos<sup>219</sup>, instaurados hasta diciembre 31 de 2006 y que correspondía al 1,2% del PIB para la vigencia de 2006. La entidad que registró el mayor nivel de participación en los pagos efectuados por concepto de Sentencias y Conciliaciones en el año 2006 fue la Policía Nacional, seguida del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -I.N.P.E.C.-, los Ministerios de Defensa Nacional y Educación, y el Instituto Nacional de Vías, las cuales agruparon el 53,2% del total de los pagos efectuados por el Estado. Así las cosas, en 2007 el M.H.C.P. manifestó que: “(...) *Las deudas por estos conceptos se encuentran en niveles razonables y por lo tanto no representan un riesgo fiscal significativo. Se puede concluir entonces que la situación fiscal en términos de deudas no explícitas<sup>220</sup> y contingentes<sup>221</sup> se ha venido fortaleciendo. (...)*”<sup>222</sup>.

Para la vigencia de 2009 se estimó que la suma de las deudas no explícitas y contingentes se incrementaría en un 14,1% del PIB (\$71.487 mm), frente a las calculadas en el año 2008. Este mayor valor obedece principalmente al aumento en las pretensiones

---

<sup>218</sup> Corte Constitucional. Exp. D-8690. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 18 de abril de 2012.

<sup>219</sup> El sistema valoró 84.690 procesos y dejó sin valorar 1.568 que presentaron información insuficiente en los campos necesarios para realizar los cálculos.

<sup>220</sup> Las principales fuentes de riesgo de las deudas no explícitas son: a.) la deuda pensional y b.) la deuda por cesantías retroactivas.

<sup>221</sup> Las fuentes de riesgo de las deudas contingentes son: a.) las garantías otorgadas para la construcción de proyectos de infraestructura desarrollados bajo esquemas de participación pública o privada, b.) las operaciones de crédito público con garantía de la Nación y c.) los procesos judiciales en contra el Estado.

<sup>222</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. *Marco Fiscal de Mediano Plazo*, Bogotá, Junio de 2007, pp. 139-140.

por sentencias y conciliaciones que hacen parte de las contingencias litigiosas, especialmente por la inclusión de un proceso en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -I.N.C.O.R.A.-, a cargo del Ministerio de Agricultura, que no había sido reportado en vigencias anteriores y cuya pretensión asciende a \$594,2 mm, lo cual se traduce en un valor contingente de \$67.860 mm, es decir el 94,9% del total de la deuda contingente estimada en 2009<sup>223</sup>. Según el M.H.C.P. el Valor Presente Neto (V.P.N.)<sup>224</sup> de las obligaciones contingentes comportaría una reducción del 1,4% del PIB en el periodo 2008-2018 a 1,1% en el periodo 2009-2019.

**Tabla 11 - VALOR PRESENTE NETO PASIVOS CONTINGENTES**

**(Incluido Proceso INCORA)**

TIPOLOGÍA CONTINGENTES	VPN 2008-2018		VPN 2009-2019	
	\$ mm	% PIB	\$ mm	% PIB
Concesiones en infraestructura	1.766	0.4%	1.680	0.3%
Operaciones de Crédito Público	983	0.2%	294	0.1%
Sentencias y Conciliaciones	4.130	0.9%	71.487	14.2%
Total	6.879	1.4%	73.461	14.6%

*Fuente: D.N.P. – D.G.C.P.*

Si no se tiene en cuenta el proceso del INCORA, el VPN de estas obligaciones se constituiría en el 0,7% del PIB para el período 2009-2019, es decir, 0,2% del PIB menores a las estimadas en el periodo anterior, lo que se traduce en que para 2009 el VPN del total de las deudas no explícitas y contingentes se incrementó sólo en 14 puntos porcentuales del PIB frente al reportado en el Marco Fiscal del año anterior. A continuación se observa la variación del VPN al excluir del análisis el proceso contra el I.N.C.O.R.A., que representa una reducción en el PIB calculado para el periodo 2009-2019 de 86,50% del VPN.

<sup>223</sup> Éste proceso se falló favorablemente en primera instancia, lo cual implica que el V.P.N. de estos pasivos se reduce en 0,2% del PIB frente al periodo anterior.

<sup>224</sup> El Valor Presente Neto (V.P.N.) se constituye en el método más conocido a la hora de evaluar proyectos de inversión a largo plazo, lo que permite determinar si una inversión cumple con el objetivo básico financiero, que se traduce en la maximización de la inversión, a través del cálculo del valor presente de un determinado número de flujos de caja futuros, a los cuales se les descuenta la inversión inicial, obteniendo así el valor actual neto del proyecto.

**Tabla 12 - VALOR PRESENTE NETO PASIVOS CONTINGENTES**

**(Sin incluir Proceso INCORA)**

TIPOLOGÍA CONTINGENTES	VPN 2008-2018		VPN 2009-2019	
	\$ mm	% PIB	\$ mm	% PIB
Concesiones en infraestructura	1.766	0.4%	1.680	0.3%
Operaciones de Crédito Público	983	0.2%	294	0.1%
Sentencias y Conciliaciones	4.130	0.9%	3.627	0.7%
Total	6.879	1.4%	5.601	1.1%

*Fuente: D.N.P. – D.G.C.P.*

Se repara en los enfatizado por el M.H.C.P. cuando advierte nuevamente que “(...)Las deudas por éstos conceptos se encuentran aún en niveles razonables y por lo tanto, no representan un riesgo fiscal significativo para la Nación(...)<sup>225</sup>.”

Lo anterior, ha sido cuestionado en el debate público, ya que el grado de litigiosidad que caracteriza a nuestro país, revela el aumento en los montos de los pleitos estatales, lo cual no se acompasa con lo manifestado por el M.H.C.P., por el contrario evidencia el riesgo fiscal inminente en el que se han sumido las finanzas del Estado.

Juan Camilo Restrepo en éste sentido manifestó que: “(...)A la fecha, el valor de las pretensiones judiciales que cursan contra el Estado colombiano (que obviamente no significa que todas ellas se vayan a fallar en contra de la administración) asciende a la pasmosa cifra de 653 billones de pesos. Lo que es algo así como el valor de cuatro presupuestos nacionales. Esto significa que si solo el 25% de estos pleitos se fallaran en contra del Estado, estas condenas equivaldrían al monto del presupuesto nacional de todo un año.

Algo similar está ocurriendo con los pleitos que cursan contra departamentos y municipios que entrañan pretensiones por 13,3 billones de pesos. Esta cifra no está muy lejos de lo que valen las participaciones de rentas nacionales hacia las entidades locales cada año. Con las cuales se financia la descentralización(...)<sup>226</sup>.”

Ésta situación desbordó la sanidad fiscal que el Estado requiere para estabilizar sus finanzas, de ahí que subsista la obligación de repensar la producción normativa que abrió

<sup>225</sup> Ob.cit., p. 248.

<sup>226</sup> RESTREPO, Juan Camilo. *La Condición Litigiosa*. Publicado en El Colombiano, Medellín, 17 de marzo de 2009.

la posibilidad de alimentar las oleadas del litigio, y ajustar rigurosamente las actuaciones en sede judicial en términos de defensa jurídica, lo que coadyuvaría en la prevención de fallos en contra del Estado y minimizaría las pretensiones desbordadas.

De igual manera, el Ex Contralor General de la República, Julio Cesar Turbay Quintero, hacia 2010 mostró su preocupación por el incremento desmedido que se ha registrado en el índice de demandas en contra del Estado, cuyas pretensiones ascienden a más de setecientos (700) billones de pesos. Entre las vigencias 2009 y 2010, se evidenció un incremento de ciento cincuenta y cinco (155) billones de pesos, constituyendo a la Fiscalía General de la Nación como la entidad que ha registrado mayores acciones en su contra. Al respecto expresó lo siguiente: “(...)155 billones de pesos de pretensiones ciertas contra el Estado; de las cuales recuerdo la tendencia que existe que el 80 por ciento de esos pleitos se pierden; naturalmente esto es un proceso de muchos años y a medida que se van desarrollando, esos pleitos se van perdiendo(...)”<sup>227</sup>.

Según el reporte entregado por el Ex Contralor, éstas eran las entidades más demandadas de acuerdo al valor de las pretensiones, enfatizando que el Estado entre los años 2004 a 2010, tuvo que pagar cerca de 2,5 billones de pesos por concepto de demandas perdidas y conciliaciones.

**Tabla 13** - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES (2004 – 2010)

ENTIDADES MÁS DEMANDADAS	CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES
Fiscalía General de la Nación	13.7 billones de pesos
Ministerio de Minas y Energía	10 billones de pesos
Ministerio de Transportes	9.5 billones
Ministerio de Defensa Nacional	7 billones
Ministerio de las TIC	6.6 billones
Consejo Superior de la Judicatura	5.5 billones

Fuente: C.G.R.

Por su parte, el Ex Director de la D.D.J.E., manifestó que de acuerdo a la información reportada a 2009, las pretensiones sumaban setecientos doce (712) billones de pesos,

<sup>227</sup> RADIO NACIONAL DE COLOMBIA. A 155 billones de pesos ascienden demandas en contra del Estado. Escrito por Adriana Ximena Tovar, 03 de Marzo de 2010. Consultado en: [www.radionacionaldecolombia.gov.co](http://www.radionacionaldecolombia.gov.co) el 19 de marzo de 2010.

con base en 214.000 demandas en curso<sup>228</sup>. De acuerdo a la información recogida por la D.D.J.E. para el primer semestre de 2010 mediante el Formato Único de Gestión de los Comités de Conciliación -F.U.G.C.C.-, y con el fin de adelantar acciones institucionales de prevención del daño antijurídico se identificaron las diez entidades más demandadas, a partir de la determinación de una muestra que tiene en cuenta el reporte de procesos por entidad con corte a diciembre de 2009<sup>229</sup>, que arrojó la siguiente información:

**Tabla 14** - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR NÚMERO DE PROCESOS (Vigencia 2009)

No.	ENTIDADES MÁS DEMANDADAS	TOTAL PROCESOS
1	Instituto de Seguros Sociales	71.890
2	Policía Nacional	12.551
3	Ministerio de Defensa Nacional	12.102
4	Fiscalía General de la Nación	10.958
5	Caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional	10.371
6	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares	8.843
7	Consejo Superior de la Judicatura	8.463
8	Instituto Nacional de Vías – INVIAS	3.086
9	Ministerio del Interior y de Justicia	2.119
10	Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL	1.755

*Fuente: D.D.J.E. – Grupo de Administración de la Información Litigiosa<sup>230</sup>*

Como se pudo evidenciar anteriormente, para la Contraloría General de la República, la entidad más demandada por valor de las pretensiones corresponde a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mientras que para la D.D.J.E. el primer lugar en el ranking

<sup>228</sup> Revista PORTAFOLIO. *Pleitos del Estado valen \$712 billones; procesos judiciales ascienden a 214.000 casos*. Edición del 30 de septiembre de 2009.

<sup>229</sup> Ésta consolidación se adelantó con base en la información reportada al Grupo de Administración de la Información Litigiosa de la D.D.J.E. con corte a diciembre de 2009.

<sup>230</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Dirección de Defensa Jurídica del Estado. *Bases para la política de prevención del daño antijurídico*. Bogotá, 2010, p. 56.

por número de procesos lo ocupaba el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Si bien es cierto, una entidad puede tener un número de procesos (N procesos) que monopolicen el valor de las pretensiones, como es el caso del Ministerio de Agricultura (demanda contra el I.N.C.O.R.A.), es notoria la distorsión en la información que entregan las entidades estatales frente a las entidades más demandadas. Estas cifras revelan la falta de unificación de reportes confiables que aseguren la veracidad en las estadísticas; de ahí que dichos cálculos no correspondan al universo de procesos y pretensiones que integran la actividad litigiosa del país.

**Tabla 15** - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR NÚMERO DE PROCESOS (Vigencia 2012)

No.	ENTIDADES MÁS DEMANDADAS	TOTAL PROCESOS
1	Instituto de Seguros Sociales	69.466
2	Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio	13.526
3	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional	13.367
4	Ministerio de Defensa Nacional	13.366
5	Policía Nacional	12.590
6	Fiscalía General de la Nación	10.115
7	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares	8.277
8	CAJANAL EICE	7.772
9	Ministerio de la Protección Social	7.513
10	Consejo Superior de la Judicatura	6.358

*Fuente: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*

Para la vigencia de 2012 la entidad más demandada es el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con un número total de 69.466 procesos, lo cual evidencia el mantenimiento de ésta entidad dentro del ranking de entidades más demandadas, advirtiendo una disminución litigiosa de 2.424 procesos respecto de lo reportado para la vigencia 2009, teniendo en cuenta que las pretensiones de las más de 270.000 demandas que enfrenta

el Estado colombiano suman \$1.200 billones de pesos, según lo manifestado por Fernando Carrillo -Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-<sup>231</sup>.

Es importante resaltar que no hay unificación en la información que reportan las entidades del Estado respecto a la actividad litigiosa, al punto que la misma Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado reconoció el pasado 23 de octubre de 2012, que *“(..)Logró determinar que las pretensiones de las demandas contra las entidades del orden nacional cuestan 53 billones de pesos menos de lo que el sistema había contabilizado. A partir de un ejercicio de verificación realizado en el último mes de piezas procesales correspondientes a 280 procesos y la corrección de errores en el sistema de información litigiosa, se redujo en 18 % el monto de las pretensiones contra las entidades del orden nacional, excluyendo el proceso judicial contra el Ministerio de Agricultura, que actualmente cursa ante el Consejo de Estado, por un valor de 908 billones de pesos. Con el proceso de validación de información digitada por las entidades públicas del orden nacional, se logró reducir el monto de las pretensiones de 1,010 billones a 957 billones de pesos, excluyendo el proceso del INCORA, a 292 billones. Adicionalmente, con este ejercicio fue posible conocer el estado actual de los procesos que acumulan el 84% de las pretensiones de las demandas que cursan en la actualidad, lo que permitirá en el corto plazo no solo evaluar la defensa técnica de los mismos, sino también diseñar estrategias que permitan optimizar la defensa y construir lineamientos que contribuyan a la prevención del daño. (...)”*<sup>232</sup>.

Insistimos en que ésta falta de unificación en cifras y reportes de información respecto a la actividad litigiosa, no garantiza la seguridad jurídica y coherencia institucional que requiere la sociedad y el país, ya que cada entidad al parecer actúa como rueda suelta dentro de un mismo eslabón y se aparta de la integralidad, seriedad y exactitud que requiere el engranaje público, no sólo en términos de defensa de sus intereses, sino en la veracidad y transparencia en la información.

Ante éste desconcierto de cifras y la alta litigiosidad contra el Estado, se requiere por parte de las entidades públicas de herramientas que permitan advertir la frecuencia condenatoria y la necesidad imperiosa de generar políticas preventivas, por lo que se ha impulsado la adopción de Acciones Institucionales de Prevención del Daño Antijurídico (A.I.D.A.). Éstas A.I.D.A. se definen como el conjunto coherente de acciones preventivas y correctivas de los actos, hechos y actuaciones que generan daño antijurídico a los administrados (funcionarios, contratistas y ciudadanos) que durante un periodo de tiempo y a partir de unos objetivos específicos, facilita el mejoramiento de los procesos

---

<sup>231</sup> CARRILLO FLÓREZ, Fernando. *“Aún persisten las mafias de abogados que demandan al Estado”*. En: *Ámbito Jurídico*. Edición del 22 de junio de 2012.

<sup>232</sup> AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Boletín # 2: *53 billones de pesos menos cuestan las pretensiones de las demandas contra la Nación*. Bogotá, 23 de octubre de 2012. En: <http://www.litigium.net/wp-content/uploads/2012/10/defensa-jur%C3%ADdica-naci%C3%B3n.-comunicado-2-12.pdf>

institucionales, administrar el riesgo jurídico y el fortalecimiento de la gestión institucional para conseguir la disminución del detrimento patrimonial, una mejor moralidad pública y el logro de los fines estatales según competencias de cada entidad pública<sup>233</sup>.

El desarrollo de las A.I.D.A. requiere el diseño del mapa de riesgos asociados a los actos jurídicos y hechos de la administración, que debe contar con la intervención del Comité de Conciliación, la Oficina de Control Interno y del Grupo de Calidad MECI, con el fin de desarrollar las fases de formulación de dichas acciones, que se describen así:

**Tabla 16** - ACCIONES INSTITUCIONALES DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO (A.I.D.A.)

FASES	ACCIÓN	POSIBILIDADES
SENSIBILIZACIÓN	<b>Permite</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Familiarizar a todos los funcionarios con una cultura de prevención del daño antijurídico.</li> <li>- Identificar focos de daño antijurídico.</li> <li>- Identificar actores responsables de la prevención del daño antijurídico.</li> </ul>
FORMULACIÓN DE ACCIONES DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO	<b>Incluye</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Necesidades institucionales de prevención del daño.</li> <li>- Identificación de causas que generan detrimento patrimonial.</li> <li>- Objetivo de prevención del daño.</li> <li>- Estrategias de prevención y cronograma.</li> </ul>
CONSOLIDACIÓN DEL DIAGNÓSTICO DE NECESIDADES DE PREVENCIÓN	<b>Teniendo en cuenta</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Causas de demandas y condenas, funcionarios según responsabilidades, pago de sentencias y conciliaciones y organización.</li> <li>- Temáticas, métodos de prevención del daño.</li> <li>- Prioridades institucionales.</li> </ul>
PROGRAMACIÓN DE LAS ACCIONES INSTITUCIONALES	<b>Con base en</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Acciones de prevención del daño aprobada.</li> <li>- Prioridades institucionales.</li> <li>- Estrategias de prevención del daño antijurídico (procesos, procedimientos, proyectos, lista de chequeo, entre otros).</li> <li>- Mecanismos de evaluación y seguimiento.</li> </ul>
EJECUCIÓN DE LAS A.I.D.A.	<b>Mediante</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Divulgación de las A.I.D.A. y coordinación con áreas y responsables.</li> <li>- Control y evaluación de las A.I.D.A.</li> </ul>

*Fuente: D.D.J.E.*<sup>234</sup>

La implementación de las A.I.D.A. supone la materialización de la prevención del daño antijurídico a través de herramientas que permitan identificar la trazabilidad de las causas

<sup>233</sup> DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Guía para la formulación del Plan Institucional de Capacitación*. Citado en: MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. DIRECCIÓN DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Bases para la Política de prevención del daño antijurídico del Estado. Bogotá, 2010, p. 124.

<sup>234</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Dirección de Defensa Jurídica del Estado. *Bases para la política de prevención del daño antijurídico*. Bogotá, 2010, pp. 125-126.



más frecuentes de condena, la determinación de los funcionarios responsables de la prevención del daño según la tipología de acciones contenciosas, los planes de acción para los procesos en curso, los elementos decisionales que aporta la construcción de mapas de riesgo, y el refuerzo de competencias comportamentales y funcionales de los servidores de la administración a través de planes de capacitación ajustados a las necesidades de profesionalización y actualización que exige una administración eficiente en clave de gestión de lo público.

### **3.2. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO DESDE LA MIRADA INTERNACIONAL**

La Directiva Presidencial 02 de 2005, contiene instrucciones en materia de defensa internacional del Estado, orientadas a adelantar una estrategia coordinada para la atención y defensa de los casos que se encuentran en trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otras instancias internacionales, para lo cual se comisionó al Ministerio de Relaciones Exteriores en el manejo del Grupo Técnico Interinstitucional conformado por los Ministerios de Defensa Nacional, Relaciones Exteriores, Interior y de Justicia, Ejército Nacional, Policía Nacional y Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

La Directiva Presidencial 02 de 2005, reafirmó la participación de la D.D.J.E. a través de la integración en el grupo operativo interinstitucional en el cual se desarrollan las estrategias de Defensa Internacional del Estado, con especial interés y dedicación de los asuntos que se encuentran ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (81 procesos ante la Comisión Interamericana y 4 ante la Corte Interamericana)<sup>235</sup>.

El Ministerio del Interior y Justicia decidió contactar al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y a través de éste al Proyecto Regional Latinoamericano de Desarrollo de las Capacidades de Gobernabilidad RLA/00/001, a fin de abordar los enfoques organizativos, las metodologías de trabajo, los recursos humanos, la cultura burocrática, la relaciones intra e interinstitucionales del Ministerio y los demás actores de gobernabilidad y la capacidad de respuesta ante los desafíos de los agentes económicos y sociales en el mercado mundial<sup>236</sup>.

El Decreto 4085 de 2011 enfatiza en el ejercicio de la representación a nivel internacional por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al establecer en su artículo 6º, numeral 3º que coordinará o asumirá la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelanten ante organismos y jueces internacionales o extranjeros, de conformidad con los tratados y acuerdos que regulen la materia. Introduce además el

---

<sup>235</sup> Consultado en [www.mij.gov.co](http://www.mij.gov.co). Enero de 2010.

<sup>236</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *En busca de la simplificación y racionalización del ordenamiento jurídico*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005, p. 69.

apoyo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la defensa de las controversias comerciales internacionales del Estado colombiano y en los procesos que se adelanten en instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión.

### 3.2.1 FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EQUIPOS DE LITIGIO INTERNACIONAL

El escenario internacional en términos de defensa jurídica pública, especialmente ante el Sistema de Protección de Derechos Humanos ha sido consuetudinariamente descuidado, pese al protagonismo que comporta por su doble carácter, cuantía de las demandas e imagen del país en el exterior. Así las cosas, la D.D.J.E. calculó el pasivo contingente de las 192 peticiones que cursan ante el Sistema Interamericano<sup>237</sup>, sobre la base del promedio histórico de reparación reconocida por cada víctima y el número actual de presuntas víctimas que adelantan peticiones, operación que arrojó como valor actualizado del pasivo, la suma de \$840.000.000 millones de pesos<sup>238</sup>.

Por su parte, el Ex Contralor Turbay Quintero, manifestó que: “(...) A mayo de 2009, cursaban ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 172 casos, en los cuales se puede llegar a reconocer a un número aproximado de 9.500 ‘víctimas directas’, cuyos parientes más cercanos en calidad de perjudicados podrían sobrepasar los 55.000 individuos más, por los cuales el Estado podría resultar condenado de no tomarse medidas oportunas (...)”. En el mismo reporte, se estableció que “(...) El Estado colombiano ha sido condenado en 10 procesos, por valor total de \$25 millones de dólares, por 916 víctimas indemnizadas (...)”<sup>239</sup>.

Entre las condenas más representativas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en orden a su repercusión social y política para el país, tenemos:

---

<sup>237</sup> De las 192 peticiones que cursan en el Sistema Interamericano, 11 tienen fallo. A ninguna sentencia se le ha dictado resolución de cumplimiento total, salvo las reparaciones económicas, el acto público de disculpas y la construcción de algunos monumentos; las demás sanciones se encuentran pendientes de cumplimiento.

<sup>238</sup> ARÉVALO CARRASCAL, Fernando. *Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009.

<sup>239</sup> TURBAY QUINTERO, Julio César. *La Problemática de las Demandas contra el Estado*. *Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Bogotá, 2009, Diapositivas 21-23.

**Tabla 17 - REPORTE DE CONDENAS INTERNACIONALES MÁS REPRESENTATIVAS INTERPUESTAS POR LA C.I.D.H.**

HECHOS – RESPONSABLES	CASO	VALOR CONDENA	FALLADOR INTERNACIONAL
1987 – Paramilitares	Masacre de 19 comerciantes en Puerto Boyacá	US\$ 6.5 millones	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
1997 – A.U.C.	Masacre de 19 personas en Ituango (A)	US\$ 1.5 millones	
1997	Masacre de Mapiripán (M)	\$ 13.000 millones	
2005	Masacre de 43 personas en Pueblo Bello (A)	US\$ 2.73 millones	

Fuente: C.G.R.

Con fundamento en éstas cifras, la Contraloría General estimó que el valor por contingencias judiciales de los procesos que se encuentran en trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -S.I.D.H-, podría ascender a cuatro (4) billones de pesos, situación que pone en evidencia un riesgo inminente de pago de condenas que agravan aún más la estabilidad de las finanzas públicas estatales.

Aunado a lo anterior, dentro de las dificultades que comporta la defensa estatal a nivel internacional, Mejía Azuero sostiene que se encuentra la falta de una política centralizada de defensa jurídica, capaz de acompasar integralmente el manejo interno e internacional con la racionalización normativa; que requiere preliminarmente de la definición de causas de responsabilidad y la determinación de las instancias judiciales y políticas, formales e informales ante las cuales se adelantan las tradicionales condenas al Estado colombiano<sup>240</sup>.

En éste orden de ideas y teniendo en cuenta la necesidad de racionalizar normativamente la defensa jurídica afirma: “(...) *La racionalización debe ir acompañada de una reforma a la justicia que permita ser acompañada con el precedente internacional, verificar el cumplimiento del criterio conocido como plazo razonable. Lo que salga de la jurisdicción colombiana es pérdida. Aquí es donde debe trabajar una verdadera dirección de defensa jurídica, lubricando los piñones de un engranaje en donde la comprensión de que la globalización jurídica cada vez se abalanza con más fuerza sobre el concepto de soberanía clásica en cualquiera de sus complejas definiciones, haciéndola ver cada vez menos importante. El surgimiento de una Corte Penal Internacional es la prueba de la*

<sup>240</sup> MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la Defensa del Estado*. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª Edición, Medellín, 2007, pp. 106-107.

*existencia de un contrato social universal, básicamente el surgimiento de un Estado Global. (...)*<sup>241</sup>.

Así mismo, no hay evidencia de una reforma a la justicia seria y comprometida con las necesidades actuales del sistema internacional de Estados, lo que ha conllevado al aislamiento de los precedentes jurídico-políticos de las decisiones judiciales y a la falta de desarrollo y potencialización de las competencias cognitivas que brinda la comunidad académica en términos de proyección postgradual que respalde la defensa estatal y no simplemente las herramientas que brinde la educación no formal (seminarios, cursos de capacitación, actualización, diplomados, entre otros).

Atender eficientemente la defensa jurídica estatal a nivel internacional supone enfrentar la responsabilidad de sus agentes ante las víctimas y los ciudadanos por situaciones fácticas que se constituyeron en fallas en el servicio al vulnerar imprevisiblemente mínimos fundamentales, lo cual se traduce en un costo bastante alto no sólo en términos de condena material -económica- sino condena institucional, ya que atenta contra su credibilidad.

La defensa internacional en derechos humanos asume una complejidad especial, ya que no solo comporta la grave afectación a los valores y principios connaturales al ser humano, sino que la resolución de los casos tarda varios años. Algunos han afirmado que *“(...) Se demoran en promedio cinco años en llegar a la Corte y más de 20 en resolverse, si se tiene en cuenta el tiempo que han estado en la Comisión. Mientras tanto cambian los gobiernos, las políticas internacionales y las políticas en derechos humanos. Y pasan años también para la justicia, las pruebas se deterioran o se pierden, a los testigos los sacan del país a punta de amenazas o los matan, y los casos se vuelven más complejos tanto para las víctimas como para la defensa. Así por ejemplo, el manejo de un mismo caso y la respuesta puede variar mucho del Gobierno de Pastrana, al de Samper, al de Uribe y al de Santos(...)*<sup>242</sup>.

De otra parte, los abogados responsables de la defensa internacional deben su postura a la entidad que representen, ya que en la mayoría de los casos dicha defensa se ejerce interinstitucionalmente (Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior y Justicia, y Ministerio de Defensa), dificultando la unificación de criterios y líneas de defensa, particularmente respecto a cómo se iban a defender los casos, cuál iba a ser la posición de cada institución del Estado, en qué temas se reconocería responsabilidad, qué reparaciones se iban a ofrecer y el abogado que se contrataría como agente, como en los casos de la Masacre de Santo Domingo, Operación Génesis y el Palacio de Justicia, entre otros.

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>242</sup> MAYA, Martha. *La Corte Interamericana encuentra a Colombia con los pantalones abajo. En: La Silla Vacía*. Bogotá, 11 de junio de 2012.

La propuesta gubernamental de Santos respecto a la creación de la nueva Agencia de Defensa Jurídica del Estado, pretende unificar la coordinación de toda la defensa internacional, a partir del diseño de una política de defensa del Estado con la participación y el respaldo de las facultades de derecho de varias universidades, pero insistimos que la ecuación ensayo - error no es aplicable en el litigio internacional, cuyo ejercicio recurrente le ha costado al país cuantiosas condenas. Por ello es necesario conformar equipos de funcionarios litigantes al servicio de la administración, comprometidos con la oportunidad de brindarle al Estado la garantía de una defensa efectiva de sus intereses en instancias internacionales, a partir del equilibrio de las cargas procesales, la actualización normativa, la identificación y análisis de líneas únicas de defensa, capaces de renovar generacionalmente el enfoque hermenéutico del derecho a la luz de la integralidad del sistema desde la retribución y el acompañamiento institucional que comporta la complejidad de los asuntos litigiosos internacionales.

### 3.2.2 ESTRATEGIAS DE DEFENSA INTERNACIONAL Y TRASPLANTES JURÍDICOS

La falta de una agencia de coordinación de medios de prueba e información ha impedido activar el sistema de alertas tempranas en el que el Estado asuma la responsabilidad por su defensa eficaz a partir de la colaboración entre las diversas entidades públicas, bajo la tutela de la D.D.J.E. y el Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de generar una estructura logística que garantice a través del cruce de información, la verificación y unificación probatoria con respecto a litigios relacionados con Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario<sup>243</sup>.

Mejía Azuero, propuso de una parte, la existencia de un *Plan Amigo*, es decir el acompañamiento de académicos que aporten a los equipos defensores del Estado desde diferentes espacios de discusión, análisis argumentativo y líneas jurisprudenciales recientes, capaces de materializar pronunciamientos formales o informales ante las Cortes o los organismos de promoción y difusión, todo lo cual se constituye en insumos para la creación de la *Escuela de Litigio Internacional*<sup>244</sup>, que fungirá como asesora de las entidades públicas internas que tienen a cargo el tema de la defensa estatal. Por otro lado, la implementación de un *Observatorio de estudio de jurisprudencia de las Cortes de Derechos Humanos*, que comprometa a la Academia con el Estado coadyuvando en el manejo de una defensa jurídica inteligente y preventiva concebida como un solo corpus institucional y soberano<sup>245</sup>.

Colombia se constituye en un Estado capturado por las externalidades de una arquitectura internacional y el cogobierno de fuerzas internas que sumadas a la

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 117-118.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>245</sup> *Ibidem*, pp. 118-120.

perversión del gobierno de turno, acondicionan el terreno para la imposición de condiciones de reforma legislativa y constitucional, que perpetúan el posicionamiento de intereses políticos particulares de sectores económicos dominantes en la esfera global.

Mejía Azuero entiende la captura del Estado como “(...) La injerencia activa de grupos legales o ilegales, instituciones de variada naturaleza, actores armados, multinacionales y gobiernos extranjeros, en las decisiones del poder público en Colombia. La determinación de los factores de captura determina la amenaza dentro de una visión estratégica (...)”<sup>246</sup>.

Así las cosas, dicha penetración en el poder decisonal de los asuntos nacionales se evidencia como una falla o patología estatal dentro del escenario del debate internacional, ya que hay presencia de una intervención directa de los países desarrollados en la defensa de sus intereses económicos y su lógica de planificación expansionista y de colonización que influye en el diseño de la ingeniería estatal globalizante, movilizadora de las estructuras tercermundistas, cuyos agentes locales se reducen al constreñimiento externo y la subordinación a una élite económica que controla y se impone al poder político interno legitimando así su intervención en el relacionamiento capital-coerción.

La relación capital-coerción<sup>247</sup> transversalizada por la globalización origina la conformación de Estados a los cuales se les imponen determinadas condiciones institucionales y de producción, lo que además ha conducido a la importación ideológica del constitucionalismo europeo y anglosajón y la imitación de las estructuras jurídicas extranjeras, reduciéndose a un *mito de la copia*<sup>248</sup>, que no se acompasa con la realidad social, cultural, económica y política del país.

De ahí, que el recurso a la imitación y la importación no necesariamente sea utilizado para la transformación social, sino que pretende materializar la implementación de modelos autoritarios, en países cuyos derechos terminan convirtiéndose en la copia burda del sistema jurídico de otros, lo que conlleva a la configuración de *trasplantes jurídicos*, es decir que los cuerpos normativos no guardan ningún vínculo entre derecho y sociedad rompiendo con la cultura jurídica, los elementos de interacción del lenguaje y los procesos de ajuste de los enunciados normativos a la realidad del país destinatario de la transferencia.

Se afirma que los trasplantes pueden generarse en ambientes culturales y políticos que los posibilitan con respecto a las corrientes de pensamiento jurídico, es decir la

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 139-140.

<sup>247</sup> La relación capital-coerción fue estudiada históricamente por TILLY que afirmó “(...)que no hay dominación política posible sin la combinación entre capital – coerción(...)”. En: TILLY, C. *Coerción, capital y los Estados Europeos, 990- 1990*. Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 33-45.

<sup>248</sup> RODRÍGUEZ, Andrés Abel. *Trasplantes, recepciones y adaptaciones en la historia constitucional latinoamericana*. En: Seminario Internacional Constitucionalismo Alternativo en América Latina. ILSA - UNAL, Bogotá, 2009.

transferencia de algunas dinámicas del régimen o sistema se pueden enriquecer desde la perspectiva de los estudios políticos comparados, pero el riesgo radica en la dependencia absoluta al trasplante normativo que mecaniza la adopción de diseños institucionales, produciéndose un efecto contraproducente en términos de análisis de la realidad social estructural del país<sup>249</sup>.

El sustrato de la teoría de los trasplantes encuentra asidero en las estructuras de poder de los modelos extranjeros, que no solo se injertan como una política pública nacional, sino desde procesos micro y paulatinos en términos de derechos fundamentales, de ahí que es difícil encontrar un derecho autóctono desde la perspectiva originalista.

### **3.3. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA JURÍDICA INTEGRAL ANTE LA REALIDAD LITIGIOSA PLURIVALENTE Y COMPLEJA**

La realidad litigiosa en Colombia comporta la complejización de sus instituciones en términos de defensa jurídica, ya que la falta de una estrategia integral transversalizadora del sistema, ha impedido la materialización de un Estado empoderado de su actuar administrativo moderno, eficiente y retroalimentador de las experiencias en sede judicial.

El Estado Social de Derecho demanda una visión sistémica de sus instituciones, más aún cuando ellas deben armonizarse en torno a reformas misionales que respondan a las necesidades de los asociados en términos de acceso a una pronta y efectiva justicia.

Las estrategias de defensa jurídica deben estar acompañadas con el comportamiento judicial que ha bordeado la historia de nuestro país, ya que la remisión o adopción de extranjerismos que no den cuenta de nuestra realidad, se integran al sistema en forma superficial y lo desbordan por su incoherencia fáctico-jurídica.

Por ello, la integralidad responde a la instrumentalización de estrategias repensadas desde la Academia, que soportan y nutren el discurso, la institucionalidad que representa y empodera el aparato estatal y la implementación conceptual de nuevas figuras jurídicas que respondan a las necesidades de defensa de la administración estatal y su correlato social.

A continuación, presentaremos la triada de estrategias que se proponen para asumir las reformas transversales, de manera integral y eficaz.

---

<sup>249</sup> UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. *Trasplantes jurídicos, normativos e institucionales*. En: Seminario Internacional Constitucionalismo Alternativo en América Latina. ILSA - UNAL, Bogotá, 2009.

### 3.3.1 PROTAGONISMO DE LA ACADEMIA EN EL DISEÑO DE ESTRATEGIAS DE DEFENSA JURÍDICA ESTATAL

La defensa y el respeto por los valores supremos de la sociedad en cabeza del Estado, supone que los funcionarios públicos encargados de su salvaguardia se constituyan en verdaderos diseñadores de la política jurídica pública, que viaja a través de los nichos académicos en términos de formación previa y posterior, básica y postgradual.

Algunos han afirmado que en Colombia la función jurídica que prestan los abogados vinculados al Estado se hace de manera desarticulada, dispersa, en muchos casos anónima y asistémica, lo que imposibilita el desarrollo de las diferentes facetas del profesional del derecho en campos como la prevención, asesoría, e implementación de diseños institucionales en términos de defensa jurídica estatal<sup>250</sup>.

El protagonismo de la Academia está dado por la formación para el ejercicio serio de la ciudadanía, es decir la entrega a la sociedad de unos profesionales interdisciplinarios e integrales que se pongan al servicio de la función pública y del interés general de la sociedad, en donde los abogados se asuman como verdaderos guardianes de los mínimos fundamentales en un contexto social del Derecho que requiere de una revolución jurídica en términos de gerencia de los bienes públicos y maximización de la juridicidad del Estado<sup>251</sup>.

El abogado como agente del Estado Social de Derecho en la promoción del bienestar general y del bien común, debe reunir las siguientes virtudes de competencia profesional<sup>252</sup>:

---

<sup>250</sup> CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Universidad de los Andes – Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, p. 336.

<sup>251</sup> *Ibidem*, pp. 337-338.

<sup>252</sup> URIBE RESTREPO, Luis Fernando. *Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín – Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, pp. 341-343.



**Tabla 18 - COMPETENCIAS PROFESIONALES DEL ABOGADO**

VIRTUDES	CARACTERÍSTICAS
<b>PROFESIONALISMO</b>	Conocimiento cabal de la Constitución, las normas que rigen el ámbito de competencia de la entidad y la jurisprudencia.
<b>BUEN CRITERIO</b>	Capacidad del abogado para resolver casos difíciles, teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la norma, preponderando el fondo sobre la forma.
<b>PERSONALIDAD</b>	Fortaleza en la exposición y defensa de los argumentos jurídicos garantizando la legalidad y los derechos adquiridos.
<b>PROACTIVIDAD</b>	Capacidad para encontrar soluciones jurídicas a los problemas y casos difíciles tomando decisiones ajustadas a derecho, respetando los tiempos procesales y los principios de la función administrativa.
<b>VOCACIÓN DE SERVICIO</b>	El profesional del derecho debe ponerse al servicio de la sociedad a través de su desempeño en la entidad pública que materializa los postulados estatales.
<b>CAPACIDAD PARA NEGOCIAR CONFLICTOS</b>	Utilización eficiente y oportuna de los M.A.S.C. como respuesta a la resolución de los litigios a los cuales se ve avocada la administración.

*Fuente: Construcción propia*

Por lo anterior, la formación del abogado de la administración se constituye en una responsabilidad compartida entre la Academia y el Estado que involucre la instrucción técnica y el componente humanístico capaz de materializar los ideales de justicia como causa social. Por ello se ha manifestado que: *“(...) Pensar en un abogado que represente los intereses del Estado, representaría para la sociedad la garantía de una élite en profesionales, que superaría el espacio del concepto clásico del funcionario público sujeto al cargo y en cambio asumiría el rol con los más altos contenidos de responsabilidad social, en tanto a la vez que representa los intereses del Estado. Se hará entender con ello que por supuesto representa los intereses de toda la sociedad toda, que parte de la premisa de considerar que dichos funcionarios “abogados” están representando al Estado, porque a su vez respetan todas las garantías de los bienes básicos de la sociedad, enmarcados en los sistemas de derechos consagrados nacional e internacionalmente y máxime en una sociedad de la globalización y sociedades del conocimiento (...).”<sup>253</sup>.*

Mejía Azuero concibe la Universidad como el soporte de cualquier estrategia de defensa estatal, por lo que propone potencializar la educación continuada formal, la educación a

<sup>253</sup> ACUÑA GALLEGOS, Orlando. *Universidad Libre de Colombia - Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, pp. 349-350.

distancia, la educación virtual y la investigación, no solo a nivel de pregrado sino posibilitando la configuración y consolidación de una formación postgradual cualificada en planes de estudio certificados de los abogados del sector público que defienden al Estado, asegurando su capacitación integral<sup>254</sup>.

### 3.3.2 CONSOLIDACIÓN DE UN ARQUETIPO DE DEPARTAMENTO JURÍDICO ESTATAL

La responsabilidad en el desarrollo de la labor jurídica se encuentra en cabeza de las Oficinas Jurídicas que se constituyen en las unidades que se ubican en las estructuras organizacionales adscritas al Despacho de la representación legal de la entidad, lo cual posibilita el apoyo transversal a la gestión institucional de la organización, en términos de asesoría, asistencia y acompañamiento, con el fin de garantizar eficiencia y seguridad jurídica al quehacer administrativo, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 2772 de 2005<sup>255</sup>, 770 de 2005<sup>256</sup> y 2489 de 2006<sup>257</sup>.

Para medir el impacto del desempeño jurídico es necesario instrumentalizar su evaluación a través de indicadores que se constituyen en medidas cuantitativas y cualitativas que posibiliten identificar el éxito de un proyecto u organización en términos de planeación y gestión -eficaz y eficiente- y advertir sobre posibles dificultades en el desarrollo y resultado de una actividad pública<sup>258</sup>.

Los indicadores deben caracterizarse por conservar la relevancia y claridad en su definición, que permitan su entendimiento con base en elementos de información específica que faciliten su análisis en términos de verificación, comparación y confiabilidad.

De acuerdo con el estudio diagnóstico adelantado por Remolina Estrada, el diseño y aplicación de indicadores sobre la gestión jurídica pública relacionada directamente con la actividad litigiosa reviste ciertas complejidades por las condiciones particulares de la misma, tales como la mora judicial, el criterio del juzgador y las obligaciones de medio asumidas en el desarrollo del litigio.

Ante las dificultades en la construcción de indicadores jurídicos se pudo evidenciar que algunas entidades han acuñado una visión gerencial moderna al establecer indicadores

---

<sup>254</sup> MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la Defensa del Estado*. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª Edición, Medellín, 2007, pp. 122-129.

<sup>255</sup> Estableció las competencias funcionales para los diferentes niveles jerárquicos de los empleados públicos.

<sup>256</sup> Determinó el Sistema de funciones y requisitos generales para los empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional.

<sup>257</sup> Estableció el Sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos.

<sup>258</sup> REMOLINA ESTRADA CONSULTORÍA GERENCIAL S.A. *Diagnóstico de las competencias laborales de los Operadores Jurídicos de la Administración Pública Nacional y el establecimiento del estado actual de los Sistemas de Gestión Humana*. Bogotá, 2009, pp.64-65.

como el Cumplimiento, la Oportunidad, la variable Económica, la Eficiencia, la Efectividad, la Gestión y la Eficacia, pero que el 80.64% de las entidades no cuentan con indicadores preestablecidos o se encuentran en proceso de construcción dentro de la implantación del Sistema de Gestión de Calidad<sup>259</sup>.

La Ley 872 de 2003 promovió como política de Estado el desarrollo de un Sistema de Gestión de Calidad que dirija y evalúe el desempeño institucional orientado estratégicamente a potencializar la calidad de los productos, en términos de estándares que reflejen las necesidades institucionales y de los ciudadanos; proveer información confiable; promover la transparencia, la participación, el control político y ciudadano; buscar relaciones óptimas entre calidad y costo que mejoren continuamente en la satisfacción de los servicios a los ciudadanos y simplificar los procesos y trámites, lo cual permita crear un sistema laboral orientado hacia la productividad y la certificación de los procesos a la luz de la norma técnica de calidad 1000:2004 de la Administración Pública<sup>260</sup>.

Retomando el estudio de Remolina Estrada se concluyó que “(...) *La cultura de medición no se encuentra lo suficientemente arraigada en las oficinas jurídicas de las Entidades del Estado, en parte debido a que en sólo algunas hasta hace poco han empezado a hacer control de gestión de los procesos a su cargo. Vale la pena resaltar sin embargo, que a raíz de los sistemas integrados de gestión (MECI y SGC) y de la creación de funciones asociadas al desarrollo organizacional en las instituciones, se está empezando a generar conciencia de la necesidad de adoptar una dinámica de medición permanente en pro de la mejora de los procesos jurídicos (...)*”<sup>261</sup>.

Con respecto a la organización interna de las Oficinas Asesoras Jurídicas, el diagnóstico pudo establecer que al interior de cada una se han conformado de manera informal Grupos Internos de Trabajo para atender los diversos asuntos que se asignan a dichas dependencias en relación con los frentes tradicionales que exige la Gestión Jurídica Pública (asesoría jurídica, producción normativa, contratación estatal y defensa jurídica del Estado) y otros como el cobro coactivo<sup>262</sup> y la aplicación del régimen disciplinario para los servidores públicos, a través del Grupo de Control Interno Disciplinario<sup>263</sup>.

Así mismo, se pudo determinar que en el 90.32% de las entidades evaluadas, las Oficinas Jurídicas atienden directamente los procesos de asesoría jurídica y producción normativa, y la defensa judicial en un 87.09%, es decir que minoritariamente se atienden

---

<sup>259</sup> Ibidem, pp. 66-69.

<sup>260</sup> GRILLO RUBIANO, Fernando. *La calidad del servicio público como un principio de la función pública y un derecho de los ciudadanos*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, pp. 137-138.

<sup>261</sup> Ob. Cit. p.80.

<sup>262</sup> Artículos 68 y 79 del C.C.A., Ley 1066 de 2006 y Decretos 1421 de 1993 y 443 de 2006.

<sup>263</sup> Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002- y Ley 1474 de 2011.

los demás casos por abogados adscritos a las áreas misionales o abogados externos<sup>264</sup>. Con respecto a la contratación pública las áreas jurídicas atienden en un 45.16% éstos asuntos, es decir, que el 54.84% restante es asumido por la Secretaría General de la entidad<sup>265</sup>.

Por ello, la asesoría jurídica se encuentra contaminada, ya que la demanda de causas pendientes en contra del Estado no da espera, y los cuerpos jurídicos profesionales se encuentran sobreexplotados, más aún cuando en el 62.5% de las entidades del diagnóstico no existe ninguna política de incentivos estructurada, que realmente garantice la potencialización funcional de los empleados públicos, cuya inconformidad resulta evidente, toda vez que se identifica al reconocimiento institucional como la mayor motivación para los funcionarios del área jurídica de la entidades, en comparación con el sistema que maneja el sector privado, que se nutre de esa fuga de capital intelectual. El informe concluyó que la política de incentivos debe basarse en un Sistema de Gestión del Talento Humano, respaldado por el logro de resultados y la medición del desempeño, de acuerdo con las funciones establecidas y la evaluación periódica de los operadores jurídicos, a fin de que éstos entiendan la trascendencia que comporta trabajar para el Estado y que su esfuerzo y dedicación personal satisfactoria, puede ser recompensada a través de la materialización de una amplia gama de incentivos definidos legalmente por el Decreto 1227 de 2005<sup>266</sup>.

El Decreto 1227 de 2005 reguló el Sistema de Incentivos para las entidades públicas, estableciendo que éstas *“deberán organizar programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Los estímulos se implementarán a través de programas de bienestar social”*<sup>267</sup>. En éste orden de ideas, la teleología de los incentivos está dada por el reconocimiento al buen desempeño, como resultado constante del mérito a la labor realizada, capaz de potencializar una cultura del trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de compromiso institucional<sup>268</sup>.

### **3.3.3 EL FORTALECIMIENTO CONCEPTUAL DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO COMO RESPUESTA A LAS NECESIDADES DE LA DEFENSA DE LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL**

Frente a la situación litigiosa del país, en la que el Estado se constituye en un permanente receptor de fallos condenatorios, en gran medida por la falta de una defensa adecuada y eficaz de sus intereses que han repercutido negativamente en el patrimonio

---

<sup>264</sup> La defensa judicial se contrata con terceros, de manera excepcional por razón de la cuantía de la litis, por el trámite y cuando el pleito se somete a la jurisdicción arbitral.

<sup>265</sup> Ob. Cit, pp. 31-32.

<sup>266</sup> Ob. Cit, pp. 69-73.

<sup>267</sup> Artículo 69 Decreto 1227 de 2005.

<sup>268</sup> Artículo 76 ibídem.

público, en el año 2007, el Senador Gabriel Zapata Correa presentó Proyecto de Ley<sup>269</sup> para la implementación de la Abogacía General del Estado en nuestro país, a fin de calmar la afectación fiscal por cuenta de las ingentes acciones impetradas en contra de los entes públicos, máxime cuando las mismas no cuentan con abogados expertos y especializados en defensa jurídica de lo público.

*Según cifras presentadas por el Senador Zapata, "(...) Las condenas contra las entidades públicas en los últimos diez años, (1993-2003) ascendieron a la suma de 3.1 billones de pesos. Las condenas por acciones de reparación directa fueron por 120 mil millones en apenas tres años, (1995-1997). Las condenas en acciones de controversias contractuales, fueron por la suma de 78.000 millones de pesos en tres años, (1995-1997). Las condenas por demandas laborales administrativas, alcanzaron la suma de 22.000 millones de pesos en sólo tres años, (1995-1997).*

*Las estadísticas especializadas dan cuenta de que actualmente existen más de 70.000 demandas contra entidades del orden nacional, cuyas pretensiones superan los 80 billones de pesos, en los que existe un alto grado de probabilidad de condena por más de 40 billones de pesos en los próximos años<sup>270</sup>, (...) observando cómo los pasivos contingentes explícitos e implícitos han venido aumentando el gasto presupuestal año tras año y por ello manifiesta que en el último lustro se han efectuado erogaciones anuales promedio superiores a los \$200 millardos; igualmente, valora el impacto futuro de las provisiones para contingentes en un 2,8% del PIB, es decir, 8,68 billones de 2006, y de las cuentas de orden acreedoras para contingentes en un 29,4 puntos del PIB, es decir, 91,3 billones de 2006 (...)"<sup>271</sup>.*

Frente a éste panorama se propuso la implementación de una entidad encargada exclusivamente en defender los intereses del Estado, proteger el patrimonio público y salvaguardar los recursos oficiales a partir de la inclusión de estrategias de defensa jurídica y prevención real del daño antijurídico, a diferencia de las funciones desempeñadas en su momento por la Dirección de Defensa Judicial de la Nación - Posteriormente Dirección de Defensa Jurídica del Estado-, que en palabras del senador Zapata: "(...) Curiosamente no tiene dentro de sus funciones la defensa judicial de la Nación y sólo se dedica a diseñar políticas de defensa judicial (ante jueces y tribunales) y no a la defensa jurídica integral del Estado colombiano, en todos sus frentes. Hay que darle una atención prioritaria a la defensa jurídica de la Nación a nivel internacional, ante la arremetida de acciones litigiosas contra la soberanía del Estado como en el caso de

---

<sup>269</sup> Proyecto de Ley ante el Senado No. 202 de 2007. Gaceta del Congreso AÑO XVI - No. 59. p. 4.

<sup>270</sup> Exposición de Motivos Proyecto de Ley No. 202 de 2007. p. 5.

<sup>271</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La Situación de las Finanzas del Estado y Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro*. Bogotá, 2005.

*Nicaragua y por las condenas que se vislumbran ante las demandas contra el Estado por violación de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (...)*<sup>272</sup>”.

De ahí que se insistió en la creación de la figura especializada de la Abogaduría General del Estado, cuyo director sea un Abogado General del Estado acompañado de 32 abogados regionales, cuya funcionalidad esté dada por la defensa, asesoría y consulta del ente estatal en todas sus dependencias del orden nacional, en instancias internas e internacionales, siguiendo el ejemplo de Europa (Francia, Italia, España, Alemania, Gran Bretaña y los Países Escandinavos) y Norteamérica, cuya presencia está dada a través del Secretario General o Attorney General, que atiende las funciones de defensa, consultoría y asesoría al Presidente y las demás Secretarías -Ministerios- del Estado.

Lo anterior, armonizado con otros modelos como el español, en el que la Abogacía General del Estado hace parte de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y se constituye en el centro consultivo superior de la administración estatal, y directivo de los asuntos contenciosos de los que hace parte la administración, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y los órganos consultivos constitucionales.

Por el contrario, algunos académicos han sostenido que no hay necesidad de crear nuevas figuras como el Abogado del Estado o de lo público, sino que la clave para adelantar una efectiva defensa jurídica de la administración, radica en la entrega y potencialización de una sólida formación profesional y de un sentido de lo ético, coadyuvado por el control y vigilancia del desempeño jurídico profesional -Consejo Superior de la Judicatura, Procuraduría General de la Nación-, a fin de proteger la institucionalidad a partir del respeto irrestricto del orden constitucional, la legalidad y la promoción en la construcción de la civilidad.<sup>273</sup>

Dicha iniciativa legislativa no fue acogida y el proyecto de ley no prosperó en el Congreso, por lo que Colombia no cuenta con la figura de la Abogacía del Estado, más aún cuando se identificaron 214.000 demandas que ascendían a la suma de \$712 billones de pesos, según cifras entregadas en 2009 por el Dr. Fernando Arévalo Carrascal -Ex Director de Defensa Jurídica del Estado del M.I.J.-<sup>274</sup>.

En éste orden de ideas y coadyuvando por la centralización institucional en el manejo de la defensa estatal, Arévalo manifestó lo siguiente: “(...) *Considero que la Defensa Jurídica del Estado deberá asumirse a través de un órgano autónomo con personería*

---

<sup>272</sup> Exposición de Motivos. p. 6.

<sup>273</sup> SALAMANCA CORREA. Adolfo. *Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007, p. 329.

<sup>274</sup> Foro *Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009. Cfr. Revista Portafolio *Pleitos del Estado valen \$712 billones; procesos judiciales ascienden a 214.000 casos*. Edición del 30 de septiembre de 2009.

*jurídica, patrimonio propio; autonomía financiera y administrativa que le permita abordar con suficiencia técnica y logística el reto de disminuir el impacto presupuestal que implican las condenas en contra del Estado (...)*<sup>275</sup>. En el mismo sentido, el Ex Contralor Turbay señaló la importancia de crear una entidad independiente que se encargue de la defensa estatal, cuya iniciativa podría materializarse impulsando el Viceministerio de la Defensa Jurídica del Estado Colombiano<sup>276</sup>.

En éste sentido y tratándose de aproximar a la figura de la Abogacía del Estado, la Ley 1444 de 2011 al escindir y reorganizar el Ministerio del Interior y de Justicia, crea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que asuma en forma descentralizada y especializada la función de defensa jurídica de la Nación y del Estado y la prevención del daño antijurídico a fin de responder a los intereses jurídicos públicos.

Es claro que éste intento gubernamental pretende fortalecer la defensa ante el evidente desborde de acciones contra el Estado, lo cual no significa que estemos frente a la consolidación de la figura institucional de la Abogacía del Estado, que implica no solo la consagración de la misma, sino el cambio de mentalidad de los abogados al servicio del Estado y la representación de los intereses litigiosos de la Nación.

De otra parte, y teniendo en cuenta la importancia del sistema de certificación de competencias laborales, que se constituye de acuerdo a lo definido por el Centro Internacional para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional - C.I.N.T.E.F.O.R.- de la O.I.T. como “(...)un proceso tendiente a reconocer formalmente las calificaciones ocupacionales de los trabajadores, independientemente de la forma como tales calificaciones fueron adquiridas(...)”, hacia 2009 y en el marco del proyecto P.R.A.P.-Reformas Transversales/Gestión Jurídica Pública, financiado con recursos de Crédito B.I.D., el M.I.J. a través de su D.D.J.E., se apoyó en la firma Remolina Estrada para diseñar el sistema de certificación de calidad de los abogados, a fin de incorporar propuestas con respecto a las rutas jurídicas que debía adelantar el M.I.J. frente a los desafíos que enfrenta la defensa estatal.

En relación con la certificación de las competencias laborales de los abogados defensores del Estado, la Corte Constitucional revisó la Ley 1164 de 2007 creadora del proceso de recertificación de talento humano en salud, concluyendo mediante sentencias C-756 y C-1063 de 2008 que la recertificación se constituye en un título de idoneidad que limita el ejercicio de la profesión u oficio, más aún cuando la elección y el ejercicio de la misma se asumen como un derecho fundamental inherente al ser humano en términos de libertad individual relacionada directamente con la dignidad humana de su titular y

---

<sup>275</sup> ARÉVALO CARRASCAL, Fernando. *La Defensa Jurídica del Estado. Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Bogotá, 2009, p. 7.

<sup>276</sup> TURBAY QUINTERO, Julio César. *La Problemática de las Demandas contra el Estado. Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Bogotá, 2009.

cuyo acto volitivo resulta inmune a la intervención del Estado que se limita a expedir títulos de idoneidad, y ejercer el control y la vigilancia<sup>277</sup>.

Por lo anterior, si bien es cierto, que el ejercicio de la profesión de Abogado requiere de habilitación previa, que se cumple con la inscripción en el Registro Nacional de Abogados y la correspondiente expedición de la Tarjeta Profesional por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>278</sup>, la exigencia de recertificaciones para el desempeño del Abogado defensor del Estado, se constituye en una restricción o limitación al ejercicio de la profesión, ya que afecta directamente el núcleo esencial del derecho constitucional y que sólo podría reformarse por conducto de Ley Estatutaria (Artículo 152 C.P./91).

Así las cosas, y ante la complejidad que encarna el Sistema de certificación de competencias laborales para los abogados defensores del Estado, Remolina Estrada Consultores propuso la implementación de una nueva institucionalidad que concilie los intereses del Ministerio del Interior y Justicia y la Procuraduría General de la Nación, frente a la representación jurídica del Estado en cabeza de dos figuras complementarias: la Abogacía General del Estado y el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que se constituirían como organismos que gozarían de personería jurídica y autonomía administrativa, financiera y técnica, facultados para dictar políticas y directrices con respecto al fortalecimiento de la defensa jurídica del Estado<sup>279</sup>.

La Abogacía General del Estado pretendería adelantar la defensa en todos los juicios y en los actos no contenciosos de cualquier naturaleza, ejerciendo una potestad preferente en términos de defensa del patrimonio público a fin de desestimular la litigiosidad por pasiva. Así mismo, ejercería la supervigilancia de la defensa del Estado en juicio e impondría sanciones por incumplimiento de directrices; emitiría concepto previo sobre la conveniencia, oportunidad, legalidad y beneficio económico de las solicitudes de conciliación en procesos en donde sea parte el Estado y se constituiría en órgano de asesoría y consulta de todas las dependencias del orden nacional en materia de defensa de los intereses de la Nación y la protección del patrimonio público.

Por su parte, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, tendría dos frentes de acción: en primer lugar, ejercería la defensa de todos los procesos judiciales, nacionales e internacionales, definiendo e implantando las políticas de defensa pública y la prevención del daño estatal a través de la materialización de la acción de repetición, la mediación en los conflictos interadministrativos y la aplicación de los MA.S.C., en segundo lugar, y con respecto al mejoramiento de la gestión jurídica pública, implementaría dicho modelo en las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, a partir del sistema de gestión

---

<sup>277</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-Dirección de Defensa Jurídica del Estado. *Informe Final del Diseño del Sistema de Gestión del Talento Humano que permita la profesionalización de los operadores jurídicos de la A.P.N. y que contenga el diseño de un sistema de certificación de calidad de los abogados defensores del Estado en el marco de la Ley 909*. Bogotá, 2009, pp. 87-100.

<sup>278</sup> Artículos 4, 5 y 25 del Decreto 196 de 1971

<sup>279</sup> *Ibidem*, pp. 99-105.



humana, el plan de profesionalización de los operadores jurídicos de la A.P.N. y el sistema de certificación para los defensores estatales.

A continuación la Tabla 19 sintetiza la propuesta de reforma institucional a partir de la caracterización de las figuras de la Abogacía del Estado y el Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

**Tabla 19 - PROPUESTA DE REFORMA INSTITUCIONAL**

CARACTERÍSTICAS	ABOGACÍA DEL ESTADO	CONSEJO DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO
<b>NATURALEZA JURÍDICA</b>	Se concebiría como Establecimiento Público, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia, con personería jurídica, autonomía presupuestal, técnica y administrativa, cuyo director será el Abogado General del Estado.	Propone constituirse como Organismo autónomo, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio.
<b>PATRIMONIO</b>	Su financiación estaría dada de una parte, por recursos del Presupuesto General de la Nación y por otra, por recursos propios generados por la expedición del certificado de no estar incluido en el Boletín de Demandantes del Estado (5% s.m.m.l.v.)	Su financiación estaría dada por recursos del Presupuesto General de la Nación; recursos derivados del ejercicio de la acción de repetición; las costas procesales derivadas de los asuntos en los que intervenga; los bienes adquiridos a cualquier título, el rubro presupuestal Sentencias y Conciliaciones de las entidades y los ingresos propios.
<b>COMPOSICIÓN</b>	Estará conformado por un Director que se constituirá en el <b>ABOGADO GENERAL DEL ESTADO</b> , el cual será elegido por el Presidente por un período de cuatro años -no reelegible-, de terna conformada por candidatos del Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República. <b>Requisitos:</b> - Ser abogado y no haber sido sancionado en el ejercicio de la profesión. - Tener posgrado en alguna de las áreas relacionadas con el derecho público o constitucional.	<b>El CONSEJO</b> estará compuesto por siete miembros elegidos por concurso que realizará la C.N.S.C. por un período de ocho años. <b>Requisitos:</b> - Ser colombianos y ciudadanos en ejercicio. - Ser abogados y no haber sido sancionados en el ejercicio de la profesión. - No haber sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. - Haber ejercido con buen nombre la profesión de abogado durante diez años o la cátedra universitaria por el mismo tiempo, en establecimientos reconocidos oficialmente.

<b>ORGANIZACIÓN</b>	Será la común a este tipo de organizaciones con jurisdicción nacional. Se requerirá la reestructuración del Ministerio del Interior y de Justicia.	- Sede Nacional: Siete Consejeros y Director Nacional. - Sedes Seccionales: Director Seccional. - Cuerpo de Abogados del Estado.
<b>PLANTA DE PERSONAL</b>	Se prevé el traslado de funcionarios, abogados de otras entidades públicas.	Estará conformada por: - Funcionarios de la D.D.J.E. del M.I.J. - Funcionarios de la A.P.N. que tienen a su cargo la representación judicial de las entidades siempre y cuando cumplan con los criterios de profesionalización establecidos por esta ley para los apoderados del Estado.
<b>FUNCIONES COMUNES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Definir políticas, principios, normas y estrategias en términos de Defensa Jurídica del Estado y Prevención del daño antijurídico.</li> <li>- Ejercer las acciones de protección, representación y defensa de los bienes nacionales de uso público, fiscales, culturales, arqueológicos, históricos, medioambientales y recursos naturales.</li> <li>- Ejercer la defensa en los juicios contra los entes descentralizados por servicios del Estado, entidades privadas con participación mayoritaria del Estado, cuando no estén en condiciones de asumirla, a juicio del Consejo / Defensor.</li> <li>- Ejercer la defensa jurídica del Estado en Tribunales y Cortes Internacionales.</li> <li>- Adelantar la representación del Estado en juicios de inexecutable o nulidad de leyes o actos administrativos de carácter general.</li> <li>- Consolidar la información litigiosa del Estado del orden nacional y territorial, para su análisis e identificación de las causas del daño antijurídico y su impacto y proponer estrategias para resolverlas.</li> </ul>	

*Construcción propia*

Teniendo en cuenta la trascendencia que comporta el ejercicio de la defensa jurídica de los intereses superiores del Estado, consideramos que el desempeño profesional del abogado debe apropiarse integralmente privilegiando su vocación social, que abandona la antigua concepción de su quehacer, para asumirse como una abogacía progresista que traspase los escenarios del tecnicismo jurídico y contribuya decidida e inequívocamente a promover la participación ciudadana en el control de la gestión gubernamental y la alineación de los recursos públicos hacia el respeto de los postulados del Estado Social de Derecho para potencializar las redes estructurales de la sociedad.

Dicha trascendencia cobra mayor protagonismo cuando el rol del Estado perdedor se acrecienta, como se puede evidenciar a través de la cifras presentadas en 2009 por la Contraloría General de la República -C.G.R.- en las que informó que para la vigencia de

2008 se presentaron 173.000 demandas en contra de las entidades del orden nacional, que ascendían según la Contaduría General de la Nación a \$689 billones, lo que equivalía al 150% del P.I.B. colombiano para el 2008<sup>280</sup>.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la CGR también advirtió sobre el proceso que cursa desde 1967 en contra del Ministerio de Agricultura por \$596,7 billones de pesos, que aparece registrado en sus estados contables con corte a 2008. Para 2009, el Tribunal Administrativo de Antioquia determinó, en fallo de primera instancia, que no existen fundamentos razonables para dicha demanda, y aunque favoreció al Estado, mientras el proceso no haya agotado las diversas instancias judiciales hasta su culminación, éste monto seguirá apareciendo en las Cuentas de Orden del Balance General de la Nación. Éste proceso duplica lo que produce el país en un solo año, y que actualmente se encuentra en el Consejo de Estado desde 2009.

Aún así, si restáramos el valor de éste pleito, la cuantía de las pretensiones en contra del Estado alcanzarían el 20% del P.I.B., es decir \$95 billones, que incluyen las pretensiones registradas por las entidades del orden nacional que ascienden a \$81 billones, y las de los entes territoriales que se cuantifican en \$14 billones<sup>281</sup>.

Insistimos que lo anterior, evidencia la falta de unificación de cifras respecto al número de acciones, cuantía de las demandas instauradas, y pagos efectivos realizados por el Estado, que en buena medida se explica por las falencias en la recolección y unificación de la información litigiosa, que no refleja el estado real de los pleitos de la Nación.

La tendencia creciente respecto del pago de las condenas impuestas al Estado, ha conducido a que éste cubra los pasivos no sólo con cargo al Presupuesto General de la Nación<sup>282</sup>, que durante el periodo comprendido entre 2003-2008 le costó al país 1,9 billones de pesos (a precios constantes de 2008); sino que por concepto de Sentencias y Conciliaciones además efectúe reconocimientos con Títulos de Tesorería -T.E.S.- y Compensaciones Tributarias<sup>283</sup>, lo que evidencia una destinación presupuestal importante para atender las pérdidas de la administración ante los estrados judiciales; en palabras de Turbay “(...)se está aplazando un problema de caja del presente a diez o más años, por cuanto al vencimiento del término, los títulos tendrán que ser redimidos, y además del valor nominal se deberán reconocer los rendimientos causados y pactados inicialmente. Estos títulos se pagarán con cargo al Presupuesto General de la Nación de la vigencia en la cual se rediman, **lo cual podría derivar en inflexibilidad del gasto público y mayores costos por el pago de rendimientos financieros(...)**”. Negrilla es nuestra.

<sup>280</sup> TURBAY QUINTERO, Julio César. *La Problemática de las Demandas contra el Estado*. Foro *Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Bogotá, 2009, Diapositiva 5.

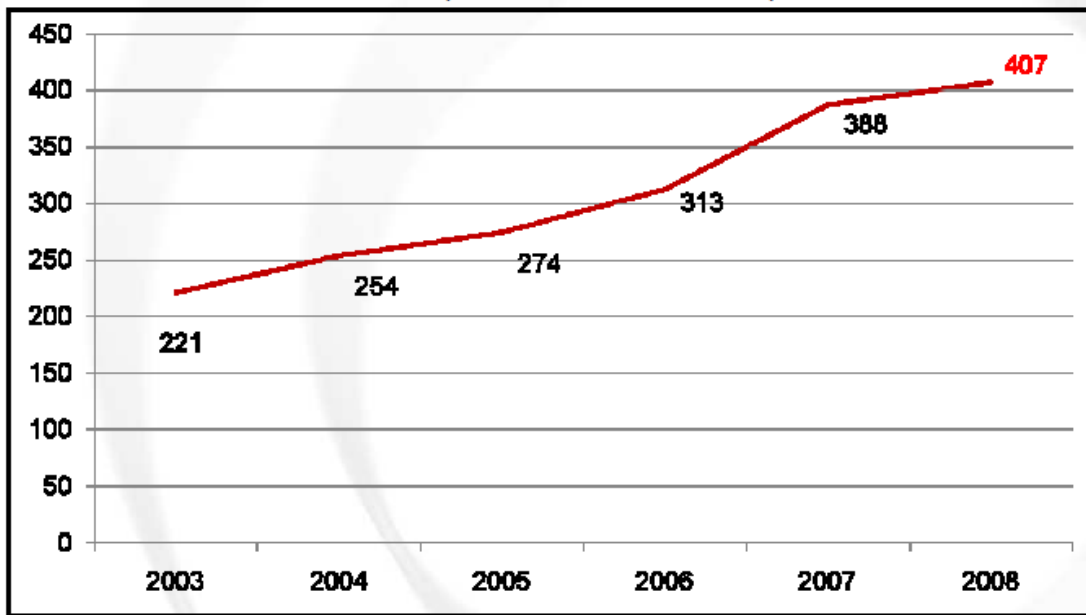
<sup>281</sup> *Ibidem*, Diapositivas 6 y 7.

<sup>282</sup> Artículo 29 Ley 344 de 1996.

<sup>283</sup> Artículo 1º Decreto 2126 de 1997.

Así las cosas, la emisión de bonos y las compensaciones tributarias<sup>284</sup> convierten en deuda pública recursos que se deberían ejecutar por gastos de funcionamiento en tiempo real, ya que aplazan su pago a vigencias futuras, elevando su cuantía por concepto de intereses moratorios y en los eventos tributarios, disminuyendo los ingresos reales que recibe el Estado por concepto de impuestos, afectando de ésta forma las finanzas públicas, que redundan en la insostenibilidad del sistema, como se puede apreciar en la Gráfica No. 2.

**Gráfica 2 - ADMINISTRACIÓN CENTRAL NACIONAL - EJECUCIÓN PRESUPUESTAL POR SENTENCIAS Y CONCILIACIONES<sup>285</sup> (2003-2008)**



Fuente: S.I.I.F.<sup>286</sup>-. Cálculos DES-DJS/CGR SECTOR

La anterior relación refleja el incremento creciente en la ejecución presupuestal que se nutre de la relación proporcional entre el número de demandas y el aumento de las condenas en contra del Estado, que es equivalente al 84%, evidenciado para la vigencia de 2003 en \$221.492 millones hasta alcanzar en 2008 la suma de \$407.344 millones, cuyo mayor impacto por sector correspondió al Social con 138%, es decir que pasó de \$13.031 millones en 2003 a \$30.399 millones en 2008, seguido por Defensa, Justicia y Seguridad con 127% al pasar de \$131.805 millones en 2003 a \$299.529 en 2008, y en tercer lugar el Sector Gestión Pública que alcanzó un 117% al pasar de \$16.166 millones

<sup>284</sup> Según cifras reportadas por la D.I.A.N., las compensaciones tributarias realizadas en 2008 ascendieron a 130 que representaron \$11.788 millones. A julio de 2009 se habían realizado 40 por valor de \$4.150 millones.

<sup>285</sup> *Ibidem*, Diapositiva 17.

<sup>286</sup> Sistema Integrado de Información Financiera -S.I.I.F.-

en 2003 a \$36.694 millones en 2008, como se muestra en la siguiente tabla, presentada por la CGR.

**Tabla 20** - ADMINISTRACIÓN CENTRAL NACIONAL -A.C.N.- EJECUCIÓN PRESUPUESTAL POR SENTENCIAS Y CONCILIACIONES POR SECTORES<sup>287</sup> (2003-2008)

SECTOR	2003	2004	2005	2006	2007	2008	TOTAL	% PART.
DEFENSA, JUSTICIA Y SEGURIDAD	131,805	132,569	176,481	184,415	280,678	299,529	1,205,478	65%
INFRAESTRUCTURA	43,314	51,200	36,013	34,464	43,885	25,596	234,472	13%
GESTIÓN PÚBLICA	16,166	22,164	24,382	35,266	37,909	35,040	170,928	9%
SOCIAL	13,031	13,387	10,654	40,678	13,527	30,999	122,275	7%
AGROPECUARIO	9,467	20,110	17,203	4,210	6,552	11,370	68,913	4%
MINAS Y ENERGÍA	6,538	11,640	7,863	1,446	3,141	3,112	33,741	2%
MEDIO AMBIENTE	1,171	3,237	1,857	12,510	1,991	1,697	22,463	1%
<b>TOTAL EJECUCIÓN A.C.N.</b>	<b>221,492</b>	<b>254,307</b>	<b>274,454</b>	<b>312,988</b>	<b>387,684</b>	<b>407,344</b>	<b>1,858,270</b>	<b>100%</b>

Fuente: S.I.I.F. Cálculos DES-DJS/CGR

Lo anterior evidencia que el Sector Defensa, Justicia y Seguridad comporta el mayor número de litigios y monopoliza en un 65% la participación de las acciones judiciales en contra del Estado<sup>288</sup>, precisamente por la violación sistemática de los derechos humanos y los reclamos de reparación integral que exigen las víctimas del conflicto armado latente en nuestro país<sup>289</sup>, sin que se advierta con seriedad por parte del Gobierno Nacional el impacto negativo a las finanzas públicas, que repercuten en la estabilidad de la sociedad y el país a nivel interno e internacional.

<sup>287</sup> *Ibidem*, Diapositiva 18.

<sup>288</sup> Ingrid Betancourt instauró demanda contra el Estado colombiano en cuantía de 15.000 millones de pesos.

<sup>289</sup> El Tribunal de Justicia y Paz resolvió que el monto máximo de indemnización al que podían aspirar las familias de las personas asesinadas en la masacre de Mampuján sería de 240 millones de pesos por núcleo familiar.

Por su parte, el reporte de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del M.I.J. arrojó el siguiente consolidado respecto del número de procesos y el valor de las pretensiones para la vigencia de 2009.

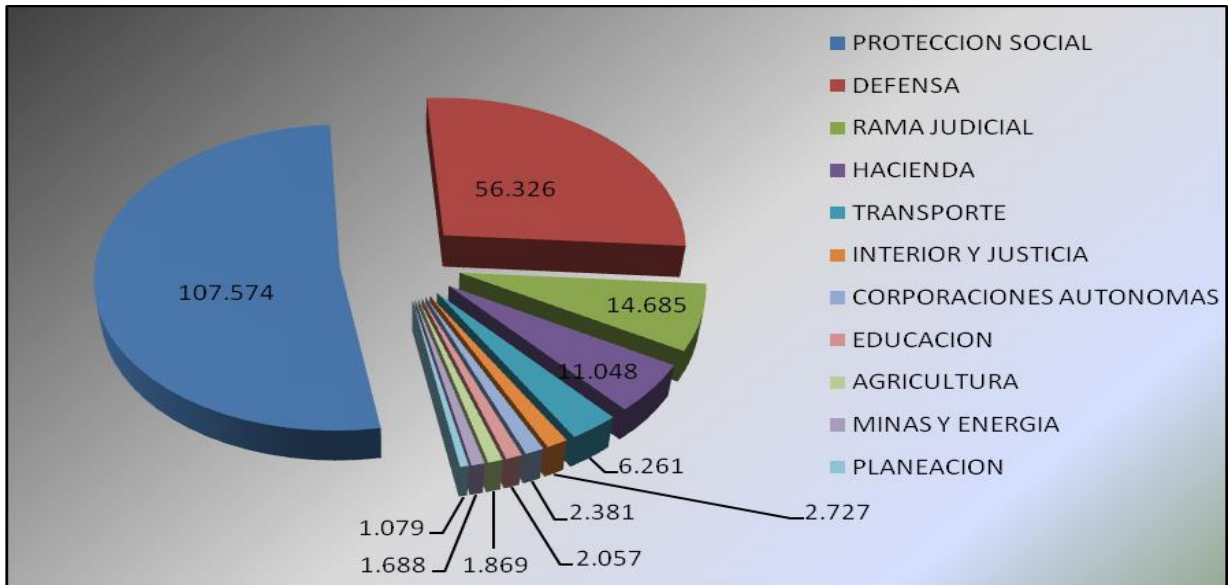
**Tabla 21** - REPORTE DEMANDAS CONTRA EL ESTADO (N Procesos-V Pretensión)  
VIGENCIA 2009

SECTOR	NÚMERO DE PROCESOS	VALOR PRETENSIÓN
AGRICULTURA	1.869	\$ 595.523.790.396.831
CORPORACIONES AUTONOMAS	2.381	\$ 25.992.592.553.745
HACIENDA	11.048	\$ 19.486.220.012.694
DEFENSA	56.326	\$ 16.790.500.812.684
RAMA JUDICIAL	14.685	\$ 12.378.349.152.142
PLANEACION	1.079	\$ 6.832.021.278.294
PROTECCION SOCIAL	107.574	\$ 5.964.248.006.280
AMBIENTE Y VIVIENDA	998	\$ 5.132.255.596.255
INDUSTRIA Y COMERCIO	554	\$ 5.011.552.004.104
COMUNICACIONES	413	\$ 4.811.803.580.077
TRANSPORTE	6.261	\$ 4.649.043.464.385
MINAS Y ENERGIA	1.688	\$ 4.030.295.430.547
INTERIOR Y JUSTICIA	2727	\$ 3.917.940.648.792
PRESIDENCIA	725	\$ 1.453.348.732.437
CONGRESO	155	\$ 313.277.647.182
ORGANOS AUTONOMOS	679	\$ 209.648.251.128
RELACIONES EXTERIORES	235	\$ 141.860.253.883
EDUCACION	2.057	\$ 131.018.070.475
ECONOMIA SOLIDARIA	63	\$ 74.245.556.613
UNIVERSIDADES	859	\$ 68.559.598.631
ESTADISTICA	25	\$ 26.502.971.084
FUNCION PUBLICA	403	\$ 16.076.652.899
CULTURA	235	\$ 11.321.492.024
<b>TOTAL</b>	<b>213.039</b>	<b>\$ 708.466.472.163.186</b>

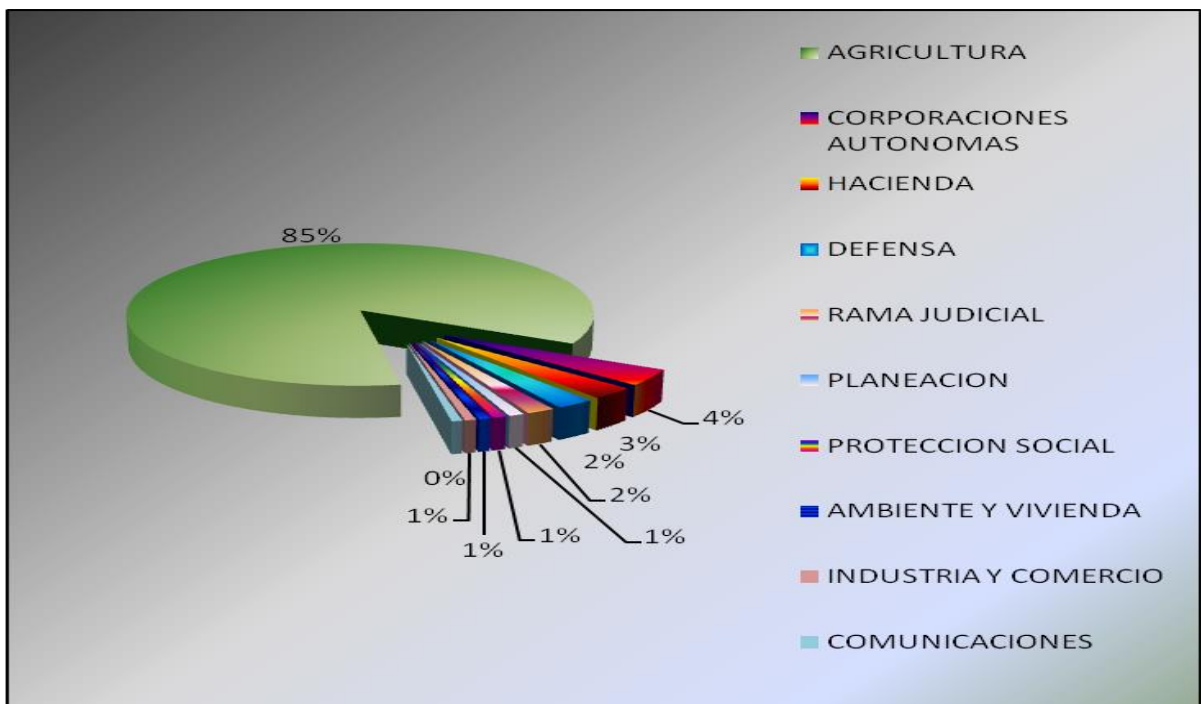
Fuente: M.I.J./D.D.J.E.

El anterior reporte, permite visualizar las entidades más demandadas para 2009, teniendo en cuenta dos variables de análisis, de una parte el número de procesos y de otra el valor de sus pretensiones, lo cual nos arroja el siguiente resultado cuantitativo:

**Gráfica 3 - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CONCENTRACIÓN DE PROCESOS (Vigencia 2009)**



**Gráfica 4 - ENTIDADES MÁS DEMANDADAS POR CONCENTRACIÓN DE PRETENSIONES Vigencia 2009**



Estos valores corresponden a las acciones adelantadas en contra del Estado para la vigencia 2009. Este reporte nos permite evidenciar que el MINISTERIO DE AGRICULTURA, las CORPORACIONES AUTÓNOMAS, los MINISTERIOS DE HACIENDA y DEFENSA y la RAMA JUDICIAL, se constituyen en las entidades que presentan el valor más elevado de pretensiones que logra superar los \$12 billones hasta acercarse a los \$600 billones.

Esta situación demuestra que la relación que existe entre el número de procesos (N Procesos) no es directamente proporcional al valor actual de las pretensiones, por ejemplo, tenemos que el MINISTERIO DE AGRICULTURA se constituye en la entidad que presenta el mayor valor frente a las pretensiones, pero no alcanza a superar al MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL en relación con el N Procesos. Entonces, aún cuando el Ministerio de Protección Social presenta 107.574 procesos en su contra por un valor global de \$5.964.248.006.280 millones, no logra superar el valor de las pretensiones instauradas en contra del MINISTERIO DE AGRICULTURA que ascienden a \$595.523.790.396.831 millones, cuantía que se explica por el proceso que cursa en contra del I.N.C.O.R.A.

De acuerdo con la Contaduría General de la Nación, para la vigencia de 2011, las pretensiones por litigios y demandas contra el Estado sumaron \$915,7 billones, casi el doble de todo lo que produce el país representado en el Producto Interno Bruto -PIB-, que para 2010 ascendió a \$548 billones. Estas pretensiones constituyen cinco veces más que el Presupuesto General de la Nación, que para la vigencia de 2012 asciende a los \$165,27 billones, y casi triplica los activos que tiene el Estado, los cuales sumaron \$374,8 billones en 2011. Éstas tuvieron un aumento en 2011 de \$66,8 billones, en 2010, aquellas ascendieron a \$848,9 billones. Por concepto de demandas provisionadas, se reportaron \$14,6 billones, frente a \$9,3 billones en 2010, las que fueron falladas sumaron \$1,1 billones<sup>290</sup>.

Según la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado, para 2012 las entidades con las pretensiones más costosas son: el Ministerio de Agricultura y Desarrollo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Financiera, la Corporación Autónoma Regional del Tolima, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Sociedades, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Policía Nacional<sup>291</sup>.

Respecto a las demandas contra el Estado particularmente las deudas contraídas por éste en 2011 ascendieron a \$478,7 billones, las que sufrieron un incremento de \$16 billones frente a lo registrado en 2010, según el Balance General de la Nación, en el que

---

<sup>290</sup> DIARIO LA REPÚBLICA. Las demandas contra el Estado llegaron a los 915,7 billones, alertó el Contador General. Bogotá, Edición del 19 de mayo de 2012.

<sup>291</sup> CARRILLO FLÓREZ, Fernando. *Aún persisten las mafias de abogados que demandan al Estado*. En: *Ámbito Jurídico*. Edición del 22 de junio de 2012.



se analizó la información contable del 2011 de 327 empresas del sector público, de un total de 329 que debieron haber reportado a la Contaduría General de la Nación, lo cual se explica por la carga pensional que asume el Estado por el régimen de prima media. El contador Pedro Bohórquez, manifestó que: “(...)De los \$478,7 billones que corresponde a los pasivos, la mayor deuda son las operaciones de crédito y financiamiento con banca central con un valor de \$179,9 billones. Esto representa el 37,6% del total de la deuda a nivel nacional. En cuanto a los gastos consolidados, las cifras revelan que hubo un aumento de 0,9% en el total de los gastos consolidados del Estado. Este pasó de \$162,2 billones en 2010 a \$163,6 billones en 2011. Bohórquez indicó que desde el punto de vista contable y de las cifras, no se podría ver al Estado como un derrochador. En efecto, dijo que se han venido dando descensos como en el rubro de otros gastos, el cual cayó el año pasado \$11,8 billones frente a lo reportado en 2010. El mayor rubro fue de intereses del servicio de deuda, el cual ascendió a \$16,5 billones(...)<sup>292</sup>.”

Según la Contaduría, después del proceso contra el Ministerio de Hacienda y el I.N.C.O.R.A., le siguen las pretensiones de la Superintendencia Financiera, que ascienden a \$49,4 billones y las de la Superintendencia de Sociedades por \$37,7 billones. Esta última reportó un aumento de \$36,5 billones, ya que en 2010 había registrado unas aspiraciones por \$1,1 billones.

Fernando Carrillo -Director de la Agencia- afirmó que “(...)De hecho, mientras en Colombia los pagos por sentencias contra el Estado alcanzaron en el año 2000 los 200 mil millones de pesos, la cifra ascendió en 2011 los \$ 810 mil millones y este año le costará al país cerca de un billón de pesos. El sector Defensa y la Rama Judicial concentran el 78 por ciento del pago de las demandas. En el último año el Ministerio de Defensa canceló más de 300 mil millones de pesos, seguido de la Policía Nacional con 168.000 y la Fiscalía con 78.300 millones de pesos. Al cierre de marzo Colombia tenía registrados en el sistema de litigios cerca de 200.000 procesos en contra de 217 entidades del orden nacional(...)<sup>293</sup>.”

Ante éste crecimiento exponencial de pagos por concepto de condenas, ha reiterado la Agencia, la presencia de una epidemia de carteles de abogados que buscan estafar al erario, a través de oleadas de litigio como en los casos de las captadoras ilegales y las pensiones de la extinta Telecom. Así las cosas, en 2011 el Gobierno denunció que estaban en jaque \$45 billones por las pretensiones de los apoderados que defendían víctimas de captadoras ilegales como DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación Judicial, basando sus intereses en la reparación que demandan del Gobierno. De acuerdo con el superintendente Financiero, Gerardo Hernández, las reclamaciones iniciales que se presentaron por la pérdida de estos recursos de captadoras ilegales como DMG fueron

---

<sup>292</sup> Ibídem.

<sup>293</sup> PLAZAS, Henry. Alertan por monto de pagos de demandas contra el Estado. Bogotá, Edición del 11 de junio de 2012. En: [www.cmi.com.co](http://www.cmi.com.co).

por \$4,5 billones, un monto que fue considerado exagerado e injustificado por el mismo Gobierno Nacional.

### Gráfica - 5 PRETENSIONES CONTRA EL ESTADO Y BALANCE GENERAL (2010-2011)

PRETENSIONES CONTRA EL ESTADO Y BALANCE GENERAL								
Cifras en miles de millones de pesos								
<b>Balance General Consolidado de la Nación</b>								
<b>Comparativo 2011-2010 a 31 de diciembre</b>								
Activo total	Pasivo total	Patrimonio						
2011								
Valor total: <b>374.854</b>	Valor total: <b>478.778</b>	Valor total: -119.245						
% PIB: <b>60,9</b>	% PIB: <b>77,8</b>	% PIB: -19,4						
2010								
Valor total: <b>325.993</b>	Valor total: <b>462.695</b>	Valor total: -148.107						
% PIB: <b>60</b>	% PIB: <b>85,1</b>	% PIB: -27,2						
Variación								
Abs. <b>48.861</b>	Abs. <b>16.083</b>	Abs. <b>28.862</b>						
% <b>15</b>	% <b>3,5</b>	% <b>-19,5</b>						
<b>Litigios y Demanda-Nivel Nacional</b>								
Concepto								
Pretensiones por litigios y mecanismos alternativos de solución de conflictos	Demandas provisionadas	Demandas falladas por pagar –Créditos judiciales						
2011								
Valor	Valor	Valor						
915.782	14.664	1.105						
2010								
Valor	Valor	Valor						
848.911	9.313	1.236						
Variación								
Abs. 66.870	Abs. 5.351	Abs. -131,2						
% 7,9	% 57,5	% -10,6						
<b>Pretensiones por litigios y mecanismos de solución de conflictos</b>								
Entidades representativas	2011	2010	Abs.	%				
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	596.761	595.324	1.437	0,2				
Superintendencia Financiera de Colombia	49.429	41.439	7.989	19,3				
Superintendencia de Sociedades	37.722	1.195	36.526	...				
Ecopetrol S.A.	34.747	32.170	2.577	8				
Agencia Nacional de Infraestructura	31.309	698,5	30.611	...				
Fiscalía General de la Nación	19.515	41.452	-21.936	-52,9				
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	13.910	22.623	-8.712	-38,5				
Policía Nacional	13.872	8.540	5.332	62,4				
Ministerio de Minas y Energía	13.603	10.922	2.681	24,5				
Departamento Administrativo de la Presidencia	11.918	9.987	1.931,1	19,3				
Consejo Superior de la Judicatura	10.925	7.349	3.576	48,7				
Ministerio de Transporte	9.916	9.790	126,1	1,3				
Ministerio de la Defensa Nacional	7.420	7.401	18,7	0,3				
Ministerio de las TIC	6.981	6.686	294,9	4,4				
Superintendencia de Industria y Comercio	4.807	4.087	0	0				
Otras entidades	52.940	48.524	4.416	9,1				
<b>Total</b>	<b>915.782</b>	<b>848.911</b>	<b>66.870</b>	<b>7,9</b>				
<b>Gastos consolidados</b>								
Cifras en Miles de Millones								
Concepto	2011		2010		Variación			
	Valor	%Part	%PIB	Valor	%Par	%PIB	Abs.	%
Transferencias	45.699	27,92	7,42	42.240	26,03	7,77	3.459	8,2
Otros gastos	39.343	24,04	6,39	51.172	31,54	9,41	-11.828	-23,1
Administración	23.292	14,23	3,78	22.613	13,94	4,16	678,3	3
Operación	21.307	13,06	3,47	19.231	11,85	3,54	2.138	11,1
Provisiones								
Depreciaciones y								
Amortizaciones	20.141	12,31	3,27	10.879	6,70	2	9.262	85,1
Gasto público social	17.047	10,42	2,77	17.178	10,59	3,16	-131	-0,8
Operaciones								
Interinstitucionales	200,4	0,12	0,03	355,1	0,22	0,07	-154,7	-43,6
Participación del								
Interés minoritario								
En los resultados	2.091	1,28	0,34	1.092	0,67	0,20	998,5	91,4
Saldo de operaciones								
Recíprocas	-5.518	-3,37	-0,90	-2.503	-1,54	-0,46	-3.051	120,5
<b>TOTAL</b>	<b>163.667</b>	<b>100</b>	<b>26,6</b>	<b>162.259</b>	<b>100</b>	<b>29,8</b>	<b>1.407</b>	<b>0,9</b>
Fuente: Contaduría General de la Nación								
Gráfico: LR/PR								

FUENTE: Diario La República, 2012.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la necesidad de estimar las probabilidades contingentes a futuro, a continuación presentamos el análisis adelantado por el Ministerio

de Hacienda y Crédito Público frente a las contingencias previstas para los 10 años subsiguientes, el cual nos permite apreciar una mayor concentración de pago en los años 2009 y 2011, debido a que el estimativo de tiempo promedio probable de fallo de los procesos que cursan en contra de la Nación es de 3 a 5 años teniendo en cuenta además la dinámica litigiosa del país, como se puede observar en la siguiente tabla.

**Tabla 22** - Pasivos Contingentes Actividad Litigiosa proyección anual de pago (2008-2017) Cifras en millones de pesos colombianos

AÑO	PAGO
Año 2007	\$504.838.000
Año 2008	\$847.661.000
Año 2009	\$1.239.044.000
Año 2010	\$854.317.000
Año 2011	\$1.300.757.000
Año 2012	\$151.757.000
Año 2013	\$73.282.000
Año 2014	\$111.107.000
Año 2015	\$7.827.000
Año 2016	\$125.464.000
Año 2017	\$92.561.000

Lo anterior implicaría que las vigencias 2009 y 2011 se asuman como los picos de pago por litigiosidad en Colombia, ya que se proyecta pagar anualmente aproximadamente hasta en 1,3 billones de pesos, revelando un incremento desmedido en el pago de condenas contra el Estado y un desequilibrio en la ecuación demanda-oferta en el servicio de justicia y mayores compromisos fiscales. Así mismo y de acuerdo a éstos estimativos, para el 2015 se ha previsto el descenso de los pasivos contingentes en una proporción de siete mil ochocientos veintisiete millones de pesos (\$7.827.000).

Ante ésta avalancha desmedida de pagos contingentes litigiosos, la Gestión Jurídica estatal enfrenta diversos retos que deben responder no solo frente a la capacidad de pago del Estado, sino al ejercicio de una defensa eficaz e integral, en donde la administración no se asuma como la gran perdedora y mejor pagadora, sino como un Estado fortalecido por la defensa de sus intereses que aseguren la materialización de los fines esenciales para con sus asociados.

Finalmente y después de revisar el panorama nacional, se puede afirmar que, la defensa estatal enfrenta serias dificultades de coordinación, capacidad técnica, consolidación oportuna de información veraz, y profesionalización u actualización de sus operadores jurídicos, lo cual ha derivado en el alarmante número de recursos y procesos exitosamente interpuestos contra el sector público identificados a la fecha en 213.039 acciones que se traducen en 708.466.472.163.186 billones de pesos por concepto de pretensiones, que se concentran en un número relativamente bajo de entidades con pretensiones muy elevadas.

Por ello, resulta imperativo fortalecer la estrategia de defensa del Estado, como se ha insistido a lo largo de ésta investigación, a partir de una gerencia de lo público coherente y comprometida con los intereses sociales e institucionales del país, más allá del simple aseguramiento del pago de condenas, que si bien debe cumplirse acatando los fallos judiciales, y evitando la generación de un mayor detrimento patrimonial por la mora en el pago de intereses, no equivale a la materialización de una defensa jurídica integral, que no solo debe estar llamada a prever los contingentes, sino en lo fundamental evitar su suceso a partir de la gestión efectiva realmente asegurando su quehacer estatal, a través de la instrumentalización de estrategias como las siguientes:

1. Formulación de una política pública integral de defensa jurídica capaz de asegurar y dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado consagrados en el Pacto Político de 1991.
2. La mitigación del riesgo a través de un sistema de cobertura eficiente, que posibilite la disminución del valor del pago en relación al de la pretensión y de los costos judiciales de los procesos en los eventos de condena.
3. El diseño de una estrategia óptima de conciliación de los procesos con mayor probabilidad de fallo en contra de la Nación, con el fin de que las entidades cuenten en el mediano plazo con herramientas de negociación efectiva.
4. La prevención sobre las acciones que originan las demandas con probabilidades altas de pérdida, a partir de la identificación de fuentes recurrentes de causación de daños antijurídicos.
5. La agilización de procesos en las instancias jurisdiccionales (tribunales o juzgados de conocimiento).
6. La definición de la responsabilidad del servidor público, a partir del ejercicio de las figuras del llamamiento en garantía y la acción de repetición.
7. La profesionalización y actualización permanente de los equipos de litigio, que aúnen esfuerzos respecto de la protección institucional de la administración pública.

## 4. CONCLUSIONES

El giro hacia las nuevas dinámicas de las conflictividades que padece nuestro país, ha posibilitado el incremento de demandas en contra del Estado, cuando los intereses de los asociados se tornan en una afectación constante y sistemática, verbigracia, la problemática de la vulneración por los derechos humanos, la falta de previsión en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, despidos injustos, incumplimientos contractuales, acciones populares, derechos colectivos, entre otras, situaciones que materialmente se ven desdibujadas del contexto de proteccionismo constitucional-legal.

Una verdadera política de defensa jurídica estatal depende del diseño institucional específico que se implemente, capaz de ajustarse a las necesidades nacionales y al contexto de desarrollo social, político y económico de los asociados, éstos últimos que se constituyen en los destinatarios del sistema. De ahí que la aplicación de sistemas de defensa coherentes y articulados con los programas de modernización del Estado como la Gerencia Jurídica Pública, a la luz de la renovación de la administración pública, determina el impacto en la eficiencia, la equidad y la estabilidad macroeconómica del país.

La adopción e implementación desprevenida de modelos extranjeros hacia los países en desarrollo resulta problemática ya que las instituciones, la capacidad de materializar reformas coherentes y la información de sus fuentes están debilitadas, en tanto su resultado no es producto de la discusión y debate del deber ser público, sino que se reduce a la mala copia de una regulación que se trasplanta a una realidad de aplicación diferente a la de creación.

Cabe recordar nuestra hipótesis inicial, respecto a que el Estado colombiano, no posee una estrategia eficaz de defensa cuando interviene como protagonista de la actividad litigiosa, ya que su actuación se limita a garantizar patrimonialmente el pago de las condenas a partir de la aplicación del modelo de pasivos contingentes, sin ejercitar una defensa jurídica integral de sus intereses.

Respecto de la inquietud que suscita el tema en torno al cumplimiento de los fines estatales en cabeza de la administración, podemos decir que en relación a la implementación del modelo -como principal instrumento de medición anticipado de la litigiosidad-, hay que reconocer la inclusión de dicha iniciativa gubernamental para avanzar en las políticas de renovación de la administración, en tanto que el modelo de pasivos contingentes al pretender cumplir con el pago de las condenas impuestas al Estado puede resultar efectivo, en la medida en que asume presupuestalmente la obligación impuesta por el fallo, la gran dificultad radica en la articulación de su metodología de cálculo respecto

a la garantía de defensa integral de la administración, que no puede entender que el cumplimiento del pago se constituya en una dinámica real de defensa y menos aún de prevención del daño antijurídico, que evidencia el reduccionismo del Estado a un simple ente pagador.

La vigencia de éste diseño institucional es relativamente reciente por lo que ha suscitado que no se haya interiorizado su proceso de aplicación en las diversas entidades públicas, especialmente a nivel de los apoderados encargados de adelantar la defensa jurídica de la entidad, que en muchos casos desconocen la metodología o la aplican con falta de diligencia, incorporando información que no revela la realidad litigiosa a su cargo.

Por ello, se enfatiza en la necesidad de contar con sistemas de información que permitan hacer seguimiento y evaluación del desempeño de las Oficinas Jurídicas de las entidades públicas y que sirvan de base para el balance y reformulación de las políticas, a efectos de establecer indicadores reales que permitan comparar la gestión jurídica y actuar en consonancia con los objetivos primarios planteados constitucionalmente.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto cada variable del modelo contingente incorpora un peso porcentual en la valoración, no es claro que se hayan instrumentalizado las variables comparativas correctas, y que los valores otorgados a cada una de ellas no tiendan a la subjetividad de los expertos que construyeron el modelo, porque dichos pesos se han asignado indistintamente a la tipología procesal.

La metodología por ser tan técnica ha mostrado que el contingente se encuentra sobrevalorado o inflado, por lo que se recomienda ampliar las opciones procesales que brinda el sistema y su respectiva calificación (valoración cuantitativa-cualitativa del modelo) y ajustarse a la realidad del pago teniendo en cuenta también las variables políticas del sistema, que no hacen la distinción entre el valor efectivamente pagado del calculado, como resultó en el Distrito de Bogotá, en el que se estaba pagando menos del 20% de lo que se estaba calculando<sup>294</sup>.

Con respecto a la Gerencia Jurídica Pública, podemos afirmar que se constituye en la apuesta del Estado por una administración repensada a partir de estándares de gestión eficiente de los recursos públicos. La modernización del Estado en términos de racionalización normativa, ajuste y coherencia en la información, además de la profesionalización de los gestores jurídicos que exige acuñar criterios de unificación en la aplicación del derecho y directrices hermenéuticas, que bien pueden surgir de la creación de una *Oficina Jurídica Modelo o Tipo*, se constituye en la apuesta para combatir las cortinas de humo que encierran las verdaderas causas de responsabilidad del Estado, y así visualizar una defensa estatal honesta y efectiva.

---

<sup>294</sup> Visita realizada a la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá – Oficina de Riesgo. Entrevista a Byron Puerto el 28 de mayo de 2008.

Por lo anterior, las reglas de juego deben ser claras para la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos, por lo que un corpus normativo incierto, defectuoso o confuso, no brinda seguridad jurídica al sistema. Por ello, la seriedad en la evaluación normativa ha de verificar análisis de existencia y vigencia para minimizar el riesgo de contaminación social que parte de la inflación de normas, y que advierte la omnipresencia de los hilos políticos y económicos que manipulan la voluntad popular y la corrompen.

En tanto, la Defensa Jurídica del Estado se constituye en una iniciativa gubernamental válida, no es suficiente su consagración legal, porque efectivamente requiere que se vea materializada su actuación en la disminución a la afectación de las finanzas públicas por la impagabilidad de sus condenas.

La pérdida litigiosa incorpora varias aristas, que comprometen negativamente los resultados de la defensa. Se ha planteado que los mayores porcentajes de pérdida están dados por el precario ejercicio de la defensa técnica, e incluso ejercitándola, por la comisión de yerros antijurídicos evidentes, que sumados todos nos conducen a categorizar a la administración como incompetente para hacer presencia en sede judicial e incumplida respecto de los fines del Estado.

Según lo reportado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia, en los últimos cuatro años el monto de pagos por demandas judiciales contra el Estado creció casi un 50 por ciento, es decir que de US\$230 millones en 2007 ascendió a US\$450 millones en 2011. En ésta misma vigencia, aproximadamente unas 100 dependencias estatales colombianas enfrentaban unas 240.000 demandas, en su mayoría de naturaleza laboral. El Estado colombiano pierde alrededor de siete de cada 10 demandas en su contra. En Brasil, el Estado prevalece en casi seis de cada 10 casos y en Chile, nueve de cada 10 casos se resuelven a favor del Estado.<sup>295</sup>

De ahí que, algunos han planteado que el acompañamiento y la asesoría permanente a las dependencias que tienen a su cargo la defensa estatal, también padece varias limitaciones, especialmente en términos de recursos y personal de entidades obligadas a prestar dicha asesoría, como era el caso de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado<sup>296</sup>.

La defensa jurídica transversaliza el funcionamiento de la administración, por lo cual el derecho que tiene el Estado de defenderse, se constituye en una responsabilidad política que debe asegurar la transparencia en la gestión. Así las cosas, no es suficiente que una entidad asuma con tantas limitaciones la defensa estatal, cuando dicha problemática compete a todos y su correcta ejecución es una construcción intra e interinstitucional.

---

<sup>295</sup> Revista EJE 21, Colombia mejorará gestión de defensa jurídica del Estado. Washington, 12 de julio de 2012. Consultado en: [www.eje21.com.co](http://www.eje21.com.co).

<sup>296</sup> Visita realizada a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado – Ministerio del Interior y Justicia. Entrevista con Fernando Arévalo Carrascal, 15 de julio de 2009.

Por ello, de la acertada fijación de directrices en el nivel central y la entrega de herramientas jurídicas robustas, dependerá su correcta aplicación, coadyuvando en el fortalecimiento del ordenamiento y los retos legales y personales que implica su defensa.

En éste orden de ideas, preguntémonos si Colombia está preparada para enfrentar el impacto fiscal que causaría la avalancha de acciones en su contra por la problemática social que nos ha heredado el conflicto armado que padecemos históricamente en términos de violación sistemática de derechos humanos, corrupción, burocracia, entre otros.

El esfuerzo económico del país para apropiarse presupuestalmente a las entidades públicas que advierten presencia de contingentes, ha sido importante, pero no resulta suficiente cuando dichos recursos no han alarmado en forma trascendente el riesgo fiscal sobreviviente, más aún cuando hay evidencia en la reducción de la inversión social y amenaza de olas de litigio por vulneración de derechos humanos fundamentales, y atentados ambientales, como las causas más representativas en una posible sentencia anunciada, más gravosa e insalvable a nivel nacional con repercusiones de índole internacional.

El gran reto de la defensa jurídica no es otro que la potencialización de las estrategias de defensa en cabeza de sus funcionarios y apoderados, que deben emerger desde la Academia y el compromiso institucional de servir a la administración. Así las cosas, resultaría más rentable la reformulación de políticas públicas en términos de capacitación y orientación hacia la creación de la figura de la Abogacía del Estado -cuya gestación puede estar incipientemente relacionada con la creación de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado-, que permitiría concentrar los mejores juristas al servicio de la defensa de los intereses estatales, reduciendo la fragmentación de sus acciones, privilegiando un mejor manejo de la información sobre la litis, ejerciendo un mayor grado de vigilancia y control de las actividades desarrolladas por sus propios letrados y mejorando el costo fiscal asociado a fin de ampliar el diámetro de inversión social, más allá de unas simples provisiones económicas, que sin duda son valiosas, en términos de defensa jurídica, han contribuido a relajar la actuación de la administración y sus funcionarios, en tanto que media una destinación específica de recursos para suplir el pago de condenas.

Las herramientas de renovación de la administración pública implementadas por el P.R.A.P. no solo deben buscar la prevención del daño antijurídico, sino preservar el criterio de sostenibilidad fiscal del Estado, evitando el detrimento patrimonial sistemático por el pago masivo de sentencias condenatorias.

Aceptar la conflictividad permanente en la que socialmente estamos sumidos, nos permitirá avanzar en el desarrollo y articulación de políticas públicas preventivas y progresistas, que no mitiguen el daño fiscal, sino que lo hagan desaparecer cuando aplicamos los principios generales del derecho en forma coherente, honesta y rigurosa con los ideales de cumplimiento y garantías tan prometidos por la consagración de nuestro Estado como Social de Derecho, respetuoso de la legalidad y los valores supremos de sus asociados.



## 5. BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA GALLEGO, Orlando. *Universidad Libre de Colombia - Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

ALVIAR, Helena, LÓPEZ MEDINA, Diego, *Hacia la Reforma de la Gestión Jurídica Estatal: La experiencia de Bogotá D.C.*, Bogotá, Enero de 2003.

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, D.C. SECRETARÍA GENERAL. DIRECCIÓN Jurídica Distrital. *Memorias del Segundo Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública*, Bogotá, 2005.

ALCALDÍA MAYOR DE SANTA FÉ DE BOGOTÁ, D.C. et al. *Manual de Defensa Judicial de las Entidades Públicas*. Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2000.

ANDERSON DAVID, *Statics for Business and Economics*, 7th Edition. South Western College Publishing. Thomson International. Madrid. Spain. 1999.

ARÉVALO CARRASCAL, Fernando. *La Defensa Jurídica del Estado. Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009.

ARÉVALO CARRASCAL, Fernando. *Pleitos del Estado valen \$712 billones; procesos judiciales ascienden a 214.000 casos*. El Tiempo/Revista Portafolio. Edición del 30 de septiembre de 2009.

ARIAS PULIDO, Armando Enrique y SANDOVAL NAVAS, Luis Alberto, *La Nación Demandada: un Estudio sobre el Pago de Sentencias, Conciliaciones y Laudos Arbitrales en Finanzas Públicas*, Contraloría General de la República, Edición 291, Bogotá, Agosto 2002.

BARUCH BUSH, Robert A. *Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice*. Wisconsin Law Review 893, July –August 1984.

BONILLA MALDONADO, Daniel y LÓPEZ MEDINA, Diego. *Debate Teoría del derecho y trasplantes jurídicos en Latinoamérica*. Nuevo Pensamiento Jurídico. Coedición. Siglo del

Hombre Editores. Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Bogotá, 2009.

BORDA VILLEGAS, Enrique. *La Gerencia Jurídica y las Políticas Públicas*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.

BORDA VILLEGAS, Enrique. *La Estructura administrativa, gerencia pública y la construcción de políticas públicas*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *Esprits d'Etat. Genèse et structure du champ bureaucratique*, Actes de la Reserche en Sciences Sociales.1993.

BOURDIEU, Pierre. *La fuerza del derecho. "Elementos para una sociología del campo jurídico"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

CENTRO DE ESTUDIOS DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD -D.J.S-. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal "Gestión Jurídica de la Nación"¿Justicia mediante litigio?. (Informe final presentado al Ministerio del Interior y de Justicia).Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado.*

CEPEDA ULLOA, Fernando, *La modernización de la Justicia en Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1986; FES-AID, Programa para la modernización de la Justicia, PMAJ, Bogotá, 1996.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Modelos de Gerencia Jurídica y Defensa Judicial del Estado – Relatoría*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.

CLAVERO, Bartolomé. *Genocidio y Justicia: La destrucción de Las Indias, ayer y hoy*. Madrid: Marcial Pons Ediciones de Historia, 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Nación Demandada: Un Estudio sobre el pago de Sentencias, Conciliaciones y Laudos Arbitrales en Finanzas Públicas*, Edición 291, Bogotá, Agosto de 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad. Dirección de Estudios Sectoriales. *"Sentencias y Conciliaciones en las Entidades del Sector Defensa, Justicia y Seguridad: ¿El Estado Condenado?"*, Bogotá, junio de 2003.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La Situación de las Finanzas del Estado y Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro*. Bogotá, 2005.

CÓRDOBA MARTÍNEZ, Carlos. *Los vacíos ontológicos de la política pública en Bogotá. Entre la sobrecodificación del Estado y la Descodificación del Mercado*. En: *Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia*. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. *Análisis del Litigob. Sistema de Información Litigiosa y Pasivos Contingentes*. Bogotá, Marzo de 2006.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Universidad de los Andes – Facultad de Derecho*. En: *Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

CIRCULAR MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA DEL 5 DE JULIO DE 2005. *Actualización vía web de la información litigiosa a cargo del Estado (Actualización Directiva Presidencial 01 de 2004)*.

CIRCULAR MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA DEL 26 DE ABRIL DE 2006. *Corrección y Actualización vía web de la información litigiosa a cargo del Estado (Cumplimiento de la Directiva Presidencial 01 de 2004)*.

CIRCULAR MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA 12254 del 4 de mayo de 2007. *Red Nacional de Información Litigiosa*.

DECLARACIÓN DE SANTO DOMINGO. IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado, Boca Chica, Santo Domingo, República Dominicana, 27 y 28 de junio de 2002.

DECRETOS: Decreto 1890 de 1999, Decreto Ley 200 de 2003, Decreto 1716 de 2009 y Decreto 1795 de 2007.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *Documento Base del Proyecto – Preparación del crédito FIAL III/IV Defensa Legal del Estado*, Septiembre de 2004. Cfr. <http://www.acci.gov.co/novedades/31> prog.doc

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Programa de Renovación de la Administración Pública. *Estrategia de Gestión Jurídica de la Nación – Plan de Capacitación*, Bogotá, Agosto de 2004.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. DIRECCIÓN DE EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS -D.E.P.P *Evaluación al desempeño institucional: Resultados del P.R.A.P. 2002-2006*. Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007.

DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix. *Mil Mesetas*. Valencia, Editorial Pretextos, 1997.

DEL CASTILLO RESTREPO, Edmundo. Defensa Jurídica del Estado ¿Cuáles son las políticas y sí están funcionando? La prevención, la defensa y el control de la corrupción. En: Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapan la vena rota. Organizado por Foros Semana, Contraloría General de la República y E.S.AP. Bogotá, 29 de septiembre de 2009.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomos I y II. COLCIENCIAS, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra – CES, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2004.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL 01 DE 2004 *por la cual se imparte la Orden Presidencial sobre información relacionada con Pasivos Contingentes y con la Actividad Litigiosa a cargo del Estado*.

DIRECTRIZ JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN DE DEFENSA JUDICIAL DE LA NACIÓN No. 43 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2005.

DOCUMENTO CONPES 3248 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2003 *Renovación de la Administración Pública -P.R.A.P.-*

DOCUMENTO CONPES 3250 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2003. *Líneas de Acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la Nación y para la valoración de pasivos contingentes*.

EASTON, David. *Categoría para el análisis sistémico de la Política*. En Diez textos básicos de Ciencia Política, Ariel, Barcelona, 1992.

ECO, Umberto. *Como se hace una Tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

EL TIEMPO, *¿Por qué demandan a la Nación?*, Noviembre 8 de 2004.

ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Construcción del modelo neoliberal en Colombia. 1970-2004*. Bogotá, 2004.

GABEL, Peter. *Research in Law and Sociology*. "Reification in Legal Reasoning"(3). 1980.

GALANTER, Marc. *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of legal changes*. En: Law and Society Review. 1974, Vol. 9, No. 1.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Los países y las mariposas”, Publicado en *Semana*, Julio 23 de 2010.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime y REYES TIRADO, Alfonso, *Racionalización del sector Justicia en Colombia*, Instituto de Investigación SER, Bogotá, 1986.

GRILLO RUBIANO, Fernando. *La calidad del servicio público como un principio de la función pública y un derecho de los ciudadanos*. Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

HERNÁNDEZ GAMARRA, Antonio, *Sentencias y Conciliaciones en las Entidades del Sector Defensa, Justicia Seguridad: ¿El Estado Condenado?*, Bogotá, Abril de 2003.

LEYES: Ley 270 de 1996, Ley 443 de 1998, Ley 446 de 1998, Ley 719 de 2002, Ley 812 de 2003, Ley 819 de 2003, Ley 872 de 2003, Ley 678 de 2001, Ley 790 de 2002, Ley 1151 de 2007, Ley 1164 de 2007, Ley 1285 de 2009, Ley 1444 de 2011, Ley 1437 de 2011 y Ley 1564 de 2012.

LÓPEZ MEDINA, Diego, *Nuevas Tendencias en la Dirección Judicial del Proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Imprenta Nacional, Bogotá, 2005.

MACKENNEY URZÚA, Carlos. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Desde el 2005 es Consejero del Consejo de Defensa del Estado Chileno. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. *Sistema Iberoamericano de la Defensa de los Intereses del Estado*, Bogotá, 2007.

MADRID MALO, Martha y RINCÓN, Luz Emilse. *Consultoría para la evaluación del sistema de información de seguimiento a los proyectos de inversión pública -S.P.I-. Informe Final*. Corporación Transparencia por Colombia, Bogotá, Enero de 2005.

MARTÍN CASALS, Miquel. “*Legislar mejor*”: El Análisis de Impacto de la Regulación (AIR). Girona, 2006.

MARTÍN CASALS, Miquel. Intercambio Colombo-Español sobre experiencias en Gestión Jurídica Pública. Informe Final y Recomendaciones. Girona, 2006.

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. *Situación, perspectivas y estrategias frente a la Defensa del Estado*. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª Edición, Medellín, 2007.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Reforma a la Administración de Justicia*, Bogotá, 1989.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, *Elementos económicos para la Reforma Judicial*, Serie Documentos No. 16, Bogotá, 1995.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, *TDR y Anexo para diagnóstico para Defensa Judicial de la Nación*, Bogotá, Julio de 2004.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Dirección de Defensa Judicial de la Nación. *Cartilla Instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico*. Agosto de 2004.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *En busca de la simplificación y racionalización del ordenamiento jurídico*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *Mediante una defensa judicial eficiente: Se cambiará la imagen del Estado perdedor*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. *En busca de la simplificación y racionalización del ordenamiento jurídico*. Edición Especial. Volumen 1. No. 1, julio de 2005.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA. Dirección de Defensa Judicial de la Nación. *Guía del Abogado para el uso del Sistema de Información de Pleitos de la Nación*. Bogotá, Enero de 2005.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-Dirección de Defensa Jurídica del Estado. *Informe Final del Diseño del sistema de gestión del talento humano que permita la profesionalización de los operadores jurídicos de la A.P.N. y que contenga el diseño de un sistema de certificación de calidad de los abogados defensores del Estado en el marco de la Ley 909*. Bogotá, 2009.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL, *Manejo de pasivos contingentes en el marco de la disciplina fiscal en Colombia*. Bogotá, 2000.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional. Grupo de Pasivos Contingentes, *Marco Fiscal de Mediano Plazo 2008 – 2017. Valoración de los pasivos contingentes para Infraestructura, Operaciones de Crédito Público y Sentencias y Conciliaciones*. Mayo de 2007.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Dirección General de Apoyo Fiscal. *Cartilla de aplicación para entidades territoriales*, Bogotá, Febrero de 2008.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Documento: *Pasivos Contingentes, Sentencias y Conciliaciones*, Resumen Ejecutivo.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN GENERAL DE CRÉDITO PÚBLICO Y DEL TESORO NACIONAL. Subdirección de Riesgo. *Metodología “Valoración de Pasivos contingentes en actividad litigiosa”*. Bogotá, 2009.

MOLINOS COBO, Juan José. *El Modelo del Estado Español*. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Bogotá, 2006.

MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. Estudio Preliminar de Carlos Morales de Setián Ravina. *La Invención del Derecho Privado*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico, 2006.

MOREAU, Pierre. *La responsabilidad del agente estatal en Francia*. En: Alcaldía Mayor de Bogotá. Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Bogotá, 2006.

MÚNERA, Alfonso. *El Fracaso de la Nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1810)*. Bogotá: Banco de la República / El Áncora Editores, 1998.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010, *Estado Comunitario: Desarrollo para todos*. En: [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co).

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2010-2014, *Prosperidad para todos*. En: [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co).

QUINTA CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE MINISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y REFORMA DEL ESTADO. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26 y 27 de junio de 2003. Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Resolución No. 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”) Bolivia, 14 y 15 de noviembre de 2003.

RADIO NACIONAL DE COLOMBIA. *A 155 billones de pesos ascienden demandas en contra del Estado*. Escrito por Adriana Ximena Tovar, 03 de Marzo de 2010. Consultado el 19 de marzo de 2010 en: [www.radionacionaldecolombia.gov.co](http://www.radionacionaldecolombia.gov.co).

REMOLINA ESTRADA CONSULTORÍA GERENCIAL S.A. *Diagnóstico de las competencias laborales de los Operadores Jurídicos de la Administración Pública Nacional y el establecimiento del estado actual de los Sistemas de Gestión Humana*. Bogotá, 2009.

REVISTA PORTAFOLIO. *Pleitos del Estado valen \$712 billones; procesos judiciales ascienden a 214.000 casos*. Edición del 30 de septiembre de 2009.

RESTREPO, Juan Camilo. *La Condición Litigiosa*. Publicado en El Colombiano, Medellín, 17 de marzo de 2009.

REYES MIRANDA, Jaime Florencio. *El Modelo del Estado Peruano*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.

RODRÍGUEZ, Andrés Abel. *Trasplantes, recepciones y adaptaciones en la historia constitucional latinoamericana*. En: Seminario Internacional Constitucionalismo Alternativo en América Latina. ILSA - UNAL, Bogotá, 2009.

RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, Décima Edición, Temis, Bogotá, 1998.

ROTH DEUBEL, André-Noël, *Ensayo Introductorio: Las Políticas Públicas como campo de estudio*. En: Análisis y Evaluación de las Políticas Públicas: Debates y Experiencias en Colombia. Grupo de Investigación en Análisis de Políticas Públicas y de la Gestión Pública. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, XIV.

SALAMANCA CORREA, Adolfo. *Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. *El Modelo de Chile*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.

TILLY, C. *Coerción, capital y los Estados Europeos, 990- 1990*. Alianza Editorial, Madrid, 1992.

TURBAY QUINTERO, Julio César. *La Problemática de las Demandas contra el Estado. Foro Por una Colombia Bien Gobernada: 2008-2011. Demandas contra el Estado: cómo tapar la vena rota*. Bogotá, 2009.

UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. *Diagnóstico de la Defensa Judicial del Estado*. En: Gerencia Jurídica Pública. Memorias del II Seminario Internacional, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.

UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. *Extraño litigante: el problema de la defensa judicial del Estado*.

UPRIMNY YÉPES, Rodrigo. *Trasplantes jurídicos, normativos e institucionales*. En: Seminario Internacional Constitucionalismo Alternativo en América Latina. ILSA - UNAL, Bogotá, 2009.

URIBE RESTREPO, Luis Fernando. *Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín – Facultad de Derecho*. En: Memorias del 4º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2007.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Novena Edición, Temis, Bogotá, 1987.