

William Libardo Mendieta Montealegre

GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA

Propuesta metodológica para la implementación,
desarrollo y medición de modelos proactivos

Análisis desde el sistema del Distrito Capital

William Libardo Mendieta Montealegre.

La Gestión Jurídica Pública: Propuesta metodológica para la implementación, desarrollo y medición de modelos proactivos. Análisis desde el sistema del Distrito Capital. Universidad Católica de Colombia. 2023.

211 p;

ISBN 978-628-01-8039-7.

Este texto puede ser descargado gratuitamente en:
www.gerenciajuridicapublica.com

1. Gestión Jurídica. 2. Defensa Judicial. 3. Prevención del Daño Antijurídico. 4. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) 5. Nueva Gestión Pública (NGP) 6. Indicadores de Gestión Jurídica. 7. Gobernanza y Modernización del Estado. 8. Modelo Jurídico en Bogotá.

La Gerencia Jurídica Pública:

Propuesta metodológica para la implementación,
desarrollo y medición de modelos proactivos,
análisis desde el sistema del Distrito Capital

William Libardo Mendieta Montealegre

Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho

Universidad Católica de Colombia

Bogotá D.C

2023

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	6
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS, HIPÓTESIS.	16
GENEALOGÍA DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA.	20
PARADIGMAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA.	20
MODELO BUROCRÁTICO.	22
MODELO POSBUROCRÁTICO.	29
ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL PLANO INTERNACIONAL EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.	38
EL MODELO CHILENO, LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA MEDIDA POR INDICADORES.	43
EL MODELO ESPAÑOL, EL MÁS ANTIGUO DEL MUNDO.	58
RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL MODELO COLOMBIANO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA.	68
LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO BAJO EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE 1886.	70
UNA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA ADOPCIÓN DE LA NGP EN COLOMBIA: NACIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA.	74
LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: LA LUCHA POR EL DERECHO.	100
JURISPRUDENCIA ENTRE 1992 Y 1996: CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.	103
LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 90 Y LA TEORÍA DE LA FALLA DEL SERVICIO.	109
ANÁLISIS DEL MODELO BOGOTANO: RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y PROPUESTA PARA SU FORTALECIMIENTO.	118
EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA DISTRITAL: HITOS HISTÓRICOS.	120
DIAGNÓSTICO TRAS LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 854 DE 2001.	120
EL PRIMER PASO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO GERENCIAL DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN BOGOTÁ.	123
EL DECRETO 581 DE 2007, PRIMER HITO EN EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA.	125
PLAN DISTRITAL DE DESARROLLO Y LA INCLUSIÓN DE LA GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA.	127
2012: AÑO DE LA GERENCIA JURÍDICA INTEGRAL.	133
2016-2019 EL CUATRIENIO DE LA CONSOLIDACIÓN Y FORTALECIMIENTO DEL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA EN EL DISTRITO.	136

EL MODELO INTEGRADO DE PLANEACIÓN Y GESTIÓN – MIPG- Y SU IMPACTO EN LA DEFENSA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DISTRITALES.....	144 155
DEL 2020 A LA ACTUALIDAD.	
HERRAMIENTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y MEDICIÓN DE MODELOS DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA SOLUCIÓN TEMPRANA DE CONFLICTOS.....	161
PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: UNA METODOLOGÍA INCOMPLETA.	174
LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: NOCIONES GENERALES.....	174
PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INDICADORES EN LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA.....	183
LOS MASC: UNA PROMESA NO REALIZADA.	251
CONCILIACIÓN: HORA DE DEJAR ATRÁS EL FANTASMA DE DRAGACOL.....	255
DISPUTE BOARDS: PREVENIR ES MEJOR QUE SOLUCIONAR.	288
MEDIACIÓN: LAS ENTIDADES ESTÁN CONDENADAS A ENTENDERSE.....	307
CONCLUSIONES.....	314
BIBLIOGRAFÍA.	328

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Cuadro comparativo modelos de gestión jurídica pública.	41
Tabla 2	Modelos de gestión jurídica por países.	42
Tabla 3	Porcentaje de pagos evitados al Fisco demandado en juicios civiles en el año t, respecto de los montos demandados en el año t.	52
Tabla 4	Porcentaje de pagos obtenidos por el Fisco demandante, respecto del total de los montos demandados por el Fisco en el año t.	53
Tabla 5	Porcentaje de pagos recuperados por el Fisco demandante en Transacciones Judiciales en el año t.	54
Tabla 6	Éxito procesal del consejo de defensa del estado en asuntos no patrimoniales.	55
Tabla 7	Éxito procesal nacional 2023.	90
Tabla 8	Éxito procesal andje 2023.	91
Tabla 9	Éxito procesal nacional por sectores.	92
Tabla 10	Número de demandas admitidas por año desde 1998.	93
Tabla 11	Número de procesos interadministrativos con pretensiones.	94
Tabla 12	Número de procesos iniciados por la nación.	94
Tabla 13	Número de acciones de repetición iniciadas por año por la nación.	95
Tabla 14	Indicadores acuerdo distrital 308 de 2008.	128
Tabla 15	Metas plan nacional de desarrollo 2020-2024.	156
Tabla 16	Éxito procesal cuantitativo 2020-2023 distrito capital.	160
Tabla 17	Éxito procesal cualitativo 2020-2023 distrito capital.	160
Tabla 18	Modelos de gestión jurídica reactivos y proactivos.	170
Tabla 19	Ejemplo de identificación de puntos generadores de problemas a partir de las reclamaciones.	177
Tabla 20	Ejemplo identificación de causas generadoras de reclamaciones.	177
Tabla 21	Indicadores de insumos y de resultado.	188
Tabla 22	Indicadores de oferta y de demanda.	189
Tabla 23	Indicadores que miden efectos desde beneficiarios y consumidores y desde el cambio de bienestar en la población.	189
Tabla 24	Preguntas orientadoras en la cadena de valor.	190
Tabla 25	Tipos de acumulaciones.	193
Tabla 26	Ejemplo stock.	194
Tabla 27	Seguimiento anual flujo.	197
Tabla 28	Ejemplo flujo.	198
Tabla 29	Ejemplo acumulado.	199
Tabla 30	Seguimiento anual acumulado.	200
Tabla 31	Ejemplo acumulado.	201
Tabla 32	Seguimiento capacidad.	203
Tabla 33	Ejemplo capacidad.	204
Tabla 34	Seguimiento anual reducción.	206
Tabla 35	Ejemplo reducción.	207
Tabla 36	Indicadores política distrital de defensa judicial.	213
Tabla 37	Comparativo cumplimiento ítems política de prevención del daño antijurídico.	226
Tabla 38	Batería indicadores movilidad.	227

Tabla 39 Ficha técnica primer indicador movilidad.....	228
Tabla 40 Ficha técnica segundo indicador movilidad.	229
Tabla 41 Ficha técnica tercer indicador movilidad.	231
Tabla 42 Batería de indicadores educación.	234
Tabla 43 Ficha técnica primer indicador educación.	234
Tabla 44 Ficha técnica segundo indicador educación.	236
Tabla 45 Ficha técnica tercer indicador educación.	237
Tabla 46 Batería de indicadores Bomberos.....	240
Tabla 47 Ficha técnica primer indicador Bomberos.....	240
Tabla 48 Ficha técnica segundo indicador Bomberos.	242
Tabla 49 Ficha técnica tercer indicador Bomberos.	244
Tabla 50 Solicitudes de conciliación 2017-2018 a nivel nacional.	256
Tabla 51 Solicitudes de conciliación 2016-2019 distrito capital.	258
Tabla 52 Solicitudes de conciliación 2020-2023 distrito capital.	258
Tabla 53 Número de dispute boards en eeuu entre 1975 y 2001.	291
Tabla 54 DrB VS DaB.	294

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1 Cadena de valor.....	185
Ilustración 2 Tipología de indicadores.	187
Ilustración 3 Ejes política distrital de defensa judicial.	212

ÍNDICE DE FÓRMULAS

Ecuación 1 Fórmula para stock.....	194
Ecuación 2 Fórmula flujo.....	195
Ecuación 3 Fórmula acumulado.....	199
Ecuación 4 Fórmula capacidad.....	202
Ecuación 5 Fórmula reducción.....	204
Ecuación 6 Fórmula reducción anual.....	207

LISTA DE ABREATURAS

ANDJE Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
CASUR Caja de Sueldos de Retiro.
CPACA Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
CREMIL Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
DaB Dispute Adjudication Boards.
DrB Dispute Review Boards.
ISS Instituto de los Seguros Sociales.
MASC Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.
MGJP Modelo de gestión jurídica pública.
NGP Nueva Gestión Pública.
SIPROJ/WEB Sistema de Información de Procesos Judiciales de Bogotá.
SJD Secretaría Jurídica Distrital.
SDM Secretaría Distrital de Movilidad.
UAECOB Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

**LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA:
PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA IMPLEMENTACIÓN,
DESARROLLO Y MEDICIÓN DE MODELOS PROACTIVOS, ANÁLISIS
DESDE EL SISTEMA DEL DISTRITO CAPITAL**

William Libardo Mendieta Montealegre



Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho

Universidad Católica de Colombia

Bogotá D.C

2023

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS, HIPÓTESIS	16
GENEALOGÍA DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	20
PARADIGMAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA:	20
MODELO BUROCRÁTICO	22
MODELO POSBUROCRÁTICO	29
ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL PLANO INTERNACIONAL EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.....	38
EL MODELO CHILENO, LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA MEDIDA POR INDICADORES	43
EL MODELO ESPAÑOL, EL MÁS ANTIGUO DEL MUNDO	58
RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL MODELO COLOMBIANO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	68
LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO BAJO EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE 1886	70
UNA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA ADOPCIÓN DE LA NGP EN COLOMBIA: NACIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	74
LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: LA LUCHA POR EL DERECHO	100
JURISPRUDENCIA ENTRE 1992 Y 1996: CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO	103
LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 90 Y LA TEORÍA DE LA FALLA DEL SERVICIO	109
ANÁLISIS DEL MODELO BOGOTANO: RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y PROPUESTA PARA SU FORTALECIMIENTO.....	118
EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA DISTRITAL: HITOS HISTÓRICOS.	120
DIAGNÓSTICO TRAS LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 854 DE 2001	120
EL PRIMER PASO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO GERENCIAL DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN BOGOTÁ	123
EL DECRETO 581 DE 2007, PRIMER HITO EN EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	125
PLAN DISTRITAL DE DESARROLLO Y LA INCLUSIÓN DE LA GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA	127
2012: AÑO DE LA GERENCIA JURÍDICA INTEGRAL	133
2016-2019 EL CUATRIENIO DE LA CONSOLIDACIÓN Y FORTALECIMIENTO DEL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA EN EL DISTRITO	136
EL MODELO INTEGRADO DE PLANEACIÓN Y GESTIÓN – MIPG- Y SU IMPACTO EN LA DEFENSA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DISTRITALES	144
DEL 2020 A LA ACTUALIDAD	155
HERRAMIENTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y MEDICIÓN DE MODELOS DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA SOLUCIÓN TEMPRANA DE CONFLICTOS	161
PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: UNA METODOLOGÍA INCOMPLETA	174
LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: NOCIONES GENERALES	174
PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INDICADORES EN LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA	183

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

LOS MASC: UNA PROMESA NO REALIZADA.....	251
CONCILIACIÓN: HORA DE DEJAR ATRÁS EL FANTASMA DE DRAGACOL.....	255
DISPUTE BOARDS: PREVENIR ES MEJOR QUE SOLUCIONAR	288
MEDIACIÓN: LAS ENTIDADES ESTÁN CONDENADAS A ENTENDERSE.....	307
CONCLUSIONES.....	314
BIBLIOGRAFÍA	328

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Cuadro comparativo modelos de gestión jurídica pública	41
Tabla 2 Modelos de gestión jurídica por países	42
Tabla 3 Porcentaje de pagos evitados al Fisco demandado en juicios civiles en el año t, respecto de los montos demandados en el año t.....	52
Tabla 4 Porcentaje de pagos obtenidos por el Fisco demandante, respecto del total de los montos demandados por el Fisco en el año t.....	53
Tabla 5 Porcentaje de pagos recuperados por el Fisco demandante en Transacciones Judiciales en el año t	54
Tabla 6 Éxito procesal del consejo de defensa del estado en asuntos no patrimoniales	55
Tabla 7 Éxito procesal nacional 2023	90
Tabla 8 Éxito procesal andje 2023	91
Tabla 9 Éxito procesal nacional por sectores	92
Tabla 10 Número de demandas admitidas por año desde 1998.....	93
Tabla 11 Número de procesos interadministrativos con pretensiones	94
Tabla 12 Número de procesos iniciados por la nación.....	94
Tabla 13 Número de acciones de repetición iniciadas por año por la nación.....	95
Tabla 14 Indicadores acuerdo distrital 308 de 2008	128
Tabla 15 Metas plan nacional de desarrollo 2020-2024	156
Tabla 16 Éxito procesal cuantitativo 2020-2023 distrito capital	160
Tabla 17 Éxito procesal cualitativo 2020-2023 distrito capital.....	160
Tabla 18 Modelos de gestión jurídica reactivos y proactivos.....	170
Tabla 19 Ejemplo de identificación de puntos generadores de problemas a partir de las reclamaciones .	177
Tabla 20 Ejemplo identificación de causas generadoras de reclamaciones.....	177
Tabla 21 indicadores de insumos y de resultado	188
Tabla 22 Indicadores de oferta y de demanda	189
Tabla 23 Indicadores que miden efectos desde beneficiarios y consumidores y desde el cambio de bienestar en la población	189
Tabla 24 Preguntas orientadoras en la cadena de valor	190
Tabla 25 Tipos de acumulaciones.....	193
Tabla 26 Ejemplo stock.....	194
Tabla 27 Seguimiento anual flujo	197
Tabla 28 Ejemplo flujo.....	198
Tabla 29 Éjemplo acumulado	199
Tabla 30 Seguimiento anual acumulado	200
Tabla 31 Ejemplo acumulado	201
Tabla 32 Seguimiento capacidad.....	203
Tabla 33 Ejemplo capacidad.....	204
Tabla 34 Seguimiento anual reducción	206
Tabla 35 Ejemplo reducción	207
Tabla 36 Indicadores política distrital de defensa judicial	213
Tabla 37 Comparativo cumplimiento ítems política de prevención del daño antijurídico	226
Tabla 38 Batería indicadores movilidad	227
Tabla 39 Ficha técnica primer indicador movilidad.....	228
Tabla 40 Ficha técnica segundo indicador movilidad	229
Tabla 41 Ficha técnica tercer indicador movilidad.....	231

Tabla 42 Batería de indicadores educación.....	234
Tabla 43 Ficha técnica primer indicador educación	234
Tabla 44 Ficha técnica segundo indicador educación	236
Tabla 45 Ficha técnica tercer indicador educación	237
Tabla 46 Batería de indicadores Bomberos.....	240
Tabla 47 Ficha técnica primer indicador Bomberos	240
Tabla 48 Ficha técnica segundo indicador Bomberos	242
Tabla 49 Ficha técnica tercer indicador Bomberos	244
Tabla 50 Solicitudes de conciliación 2017-2018 a nivel nacional	256
Tabla 51 Solicitudes de conciliación 2016-2019 distrito capital.....	258
Tabla 52 Solicitudes de conciliación 2020-2023 distrito capital.....	258
Tabla 53 Número de dispute boards en eeuu entre 1975 y 2001.....	291
Tabla 54 DrB VS DaB.....	294

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1 Cadena de valor	185
Ilustración 2 Tipología de indicadores.....	187
Ilustración 3 Ejes política distrital de defensa judicial.....	212

ÍNDICE DE FÓRMULAS

Ecuación 1 Fórmula para stock.....	194
Ecuación 2 Fórmula flujo	195
Ecuación 3 Fórmula acumulado	199
Ecuación 4 Fórmula capacidad	202
Ecuación 5 Fórmula reducción	204
Ecuación 6 Fórmula reducción anual	207

LISTA DE ABREVIATURAS

ANDJE Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
CASUR Caja de Sueldos de Retiro
CPACA Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CREMIL Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
DaB Dispute Adjudication Boards
DrB Dispute Review Boards
ISS Instituto de los Seguros Sociales
MASC Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
MGJP Modelo de gestión jurídica pública
NGP Nueva Gestión Pública
SIPROJ/WEB Sistema de Información de Procesos Judiciales de Bogotá
SJD Secretaría Jurídica Distrital
SDM Secretaría Distrital de Movilidad
UAECOB Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá

INTRODUCCIÓN

La defensa jurídica de los Estados es una actividad pública especial cuyos orígenes se hallan en el siglo XIX. Algunos países, por determinadas circunstancias, empezaron, desde mitad o finales de esa centuria, a pensar la defensa de sus intereses en juicio como una actividad esencial para el cuidado de los recursos públicos e incluso la defensa de la soberanía.

Es así como, en España, hacia mitad de la década de 1840, se evidenció la necesidad de encargar la coordinación de la defensa litigiosa del Estado a una entidad especializada y fue como se creó la Dirección General de lo Contencioso Administrativo. Luego de distintas reformas y ya en la década de 1880, el Gobierno español fue más allá y centralizó el ejercicio de la defensa en un solo organismo, el Cuerpo de Abogados del Estado que subsiste hasta hoy con modificaciones materiales y orgánicas. Este ajuste institucional y funcional se debe a las distintas reformas liberales de la estructura de la administración pública que ese país viviera en el siglo XIX que tenían como fin modernizar las oficinas públicas y dotarlas de funcionarios eficientes para hacer frente a las necesidades sociales y económicas de la época.

Una década después, en la década de 1890, el estado chileno se veía también en la necesidad de consolidar sus servicios jurídicos para el ejercicio de la representación judicial del Estado, dada la crisis económica y judicial causada por la baja en las exportaciones del salitre, mineral que representaba el producto principal chileno a nivel internacional. Esta baja de precios, causada por una reducción en la producción del mineral para mejorar los precios, acordada por empresas británicas y norteamericanas a quienes el

estado chileno les permitió la explotación, generó un déficit importante en las finanzas públicas que llevó al Gobierno a rediseñar el esquema de propiedad de las extensiones de tierra en donde se producía para otorgar el derecho de dominio al Estado.

Estas expropiaciones fueron repelidas por los empresarios foráneos ante el sistema de administración de justicia, para lo cual, contrataron a los mejores abogados del país (algunos de ellos ejercían funciones como congresistas en paralelo al ejercicio de la profesión, lo cual era permitido), y construyeron una red de jueces cercanos a sus intereses, lo cual permitió que los particulares fueran ampliamente favorecidos en los juicios de la época, situación que obligó al Estado a crear un órgano especializado para la defensa jurídica, el Consejo de Defensa Fiscal, entidad que hoy se conoce como Consejo de Defensa Nacional y que ejerce de forma centralizada la representación de la Nación en juicio.

En contraste, durante el siglo XIX y la gran mayoría del siglo XX, Colombia no se ocupó de la defensa jurídica de sus intereses con mayor cuidado. Esta actividad, desempeñada fundamentalmente por el Ministerio Público y por abogados designados por las Entidades Territoriales en algunos casos, se caracterizaba fundamentalmente por una ausencia marcada en su regulación y por supuesto en su institucionalidad y alcances. En 1984, con ocasión de la expedición del Decreto 01, Código Contencioso Administrativo, se relevó al Ministerio Público de la función de representación de la Nación en juicio y fue asumida en su totalidad por cada entidad y organismo público a través de sus oficinas jurídicas, es decir, se consolidó un modelo descentralizado pero al mismo tiempo descoordinado y desprolijo.

En la década de los noventa del siglo XX, concurren tres eventos que llevan al Estado Colombiano a posar por primera vez su mirada sobre la defensa jurídica de sus intereses. En primer lugar, sin lugar a dudas, el nacimiento de un nuevo régimen constitucional y la consolidación de la cláusula general de responsabilidad del Estado en el artículo 90 superior (daño antijurídico) y otras garantías constitucionales, impulsó el litigio contencioso administrativo en contra del Estado e incrementó las cifras en materia de demandas y sentencias condenatorias. En segundo lugar, la crisis fiscal desatada por las condenas sufridas por el Estado como consecuencia de la indebida gestión en la defensa litigiosa por parte de las oficinas jurídicas de entidades y organismos públicos. En tercer lugar y como consecuencia del anterior factor, la acogida de las teorías sobre la nueva gestión pública (NGP), enfocadas sobre el ahorro en el gasto público, el cumplimiento de resultados y la gestión pública a través de esquemas gerenciales.

La litigiosidad contra el Estado alcanzó entonces un pico inusitado y las nuevas teorías de la NGP exigían atención. El incremento desbordado de juicios multiplicado “hasta por cientos o miles de veces” en casos masa (seguridad social por ejemplo) desviaba al Estado de sus funciones misionales y le obligaba enfocar sus esfuerzos en la defensa litigiosa, pero en la década de los noventa y la primera de este siglo tal fenómeno era crítico y “con frecuencia duplicaban esfuerzos humanos, técnicos y financieros en la defensa de sus intereses que podían ser protegidos a menor costo y de mejor forma si adoptaban una estrategia conjunta” (Carrillo y Varela, 2013, p. 124).

Así las cosas, solo hasta la década de los noventa, en nuestro país la defensa jurídica del Estado colombiano dejó de concebirse como una actividad marginal y empezó a considerarse como parte esencial de la gestión pública de lo cual dan cuenta normas de

toda índole. Por esta razón, la estructura administrativa del orden nacional empieza a modificarse a finales del siglo pasado para crear la institucionalidad necesaria para coordinar la defensa jurídica, proceso que iniciaría en 1999 con la creación de la Dirección de Defensa Judicial del Estado, dependencia del Ministerio de justicia y culminaría con la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) en el año 2011, entidad líder en la materia, cuyas políticas trascienden el plano exclusivamente judicial que si bien siendo parte fundamental de las preocupaciones debe articularse con un aspecto revitalizado en las últimas dos décadas: la prevención del daño antijurídico.

Con todo, debe anotarse que la prevención del daño antijurídico, pilar esencial de la ANDJE no es del todo novedosa, desde el año 2007, es decir, cuatro años antes de la creación de esa Agencia, Bogotá había implementado un verdadero modelo para la gestión jurídica pública de la ciudad, término que abarca más componentes que el de defensa jurídica, en la medida en que no se concentra exclusivamente en la defensa litigiosa de los intereses públicos sino que se extiende a otros componentes como la asesoría jurídica, la contratación pública, la inspección y vigilancia y por supuesto la prevención del daño. Como nueva categoría, la gestión jurídica pública se define como el “conjunto de acciones, políticas y medidas encaminadas a la eficaz y eficiente defensa de los intereses patrimoniales y oficiales de los entes estatales” (DAFP *apud* Caballero, s.f.). Por su parte, Zamora (2023) la define como “el conjunto de acciones estratégicas y operativas que una entidad pública realiza para abordar los asuntos jurídicos que enfrenta”.

El modelo capitalino, en constante evolución durante los últimos dieciséis años, se consolidó también desde el plano conceptual a partir de ese enfoque, es así como el Decreto Distrital 430 de 2018 lo define como un “sistema integral dirigido a la administración,

orientación, desarrollo y seguimiento de la gestión jurídica en el ámbito distrital en busca de alcanzar altos estándares de eficiencia y seguridad jurídica que faciliten la toma de decisiones, la protección de los intereses del Distrito Capital de Bogotá y la prevención del daño antijurídico”.

El modelo de Bogotá es, incuestionablemente, efectivo en la fase de defensa judicial y ejecución de sentencias. En ese sentido, Bogotá gana el 88% de los procesos judiciales en los cuales es vinculado como parte y se ahorra el 94,3% de las pretensiones que se formulan en su contra. Así mismo, tiene suficiencia presupuestal para hacer frente a los pagos ordenados en las sentencias judiciales desfavorables que representan ese 5,7% de las pretensiones. Desde esta perspectiva, es innegable que la ciudad ha implementado un modelo que cumple con creces en las dos últimas fases del ciclo, pero ¿qué puede decirse de las demás etapas de la gestión, es decir, aquellas que se preocupan por la prevención del daño antijurídico y la solución temprana de conflictos?

Sobre el particular debe responderse con contundencia. El modelo de gestión jurídica (MGJP) pública del Distrito Capital de Bogotá no tiene indicadores de medición en materia de prevención del daño antijurídico, por el contrario, tal y como sucede en el ámbito nacional, el número de demandas notificadas año tras año en el que una entidad u organismo distrital es demandada tiene una marcada tendencia al alza. En lo tocante al uso adecuado de los MASC, las cifras son desoladoras, tan solo el 5% de los casos, del universo de los que son conciliables, se concilian.

Este trabajo se preocupa entonces por esta cuestión y pretende proponer, a partir del caso de estudio, este es el MGJP de Bogotá, los elementos que definen e integran un MGJP efectivos en todas las etapas del ciclo a partir de la experiencia de la ciudad de Bogotá y

así mismo, identificar los factores endógenos y exógenos que afectan la gestión en el ámbito de la prevención del daño antijurídico y el uso adecuado de los MASC.

En ese contexto, el trabajo responde a una pregunta fundamental: ¿Cómo se pueden desarrollar, implementar y medir de manera efectiva, modelos de gestión jurídica pública proactivos que promuevan la prevención del daño antijurídico y la solución temprana de conflictos?

En ese sentido se adopta una clasificación general de modelos de gestión jurídica pública, los cuales pueden ser reactivos o proactivos. Los modelos reactivos son aquellos que se enfocan principalmente en el litigio, son cortoplacistas, dispersos, no cuentan con personal calificado, son curativos y preventivos y son más vulnerables a la corrupción. Por su parte, los modelos proactivos se destacan por sus metas a largo plazo, se centran en estudios e investigaciones y en componentes estructurales que van más allá del litigio, cuentan con personal calificado, tienen resistencia a la corrupción y fundamentalmente son preventivos (Carrillo y Varela, 2013).

El enfoque proactivo implica pensar la gestión jurídica como un ciclo. En palabras de Graffe (2014), la defensa jurídica del Estado se puede percibir a partir de cuatro etapas a saber: (i) la prevención del daño, encaminada fundamentalmente a evitar la causación de perjuicios a particulares a través de la revisión y mejora constante de las actuaciones y procedimientos administrativos, (ii) el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos – MASC-, fase destinada a la evitación de procesos judiciales mediante la adecuada utilización de la conciliación, mediación, entre otros, (iii) la representación judicial propiamente dicha, cuando no ha sido posible evitar el conflicto ni solucionarlo alternativamente, y (iv) la ejecución de sentencias, sea condenatoria lo cual implica hacer

la erogación evitando al máximo el pago de intereses, o sea a favor, si esta permite la recuperación de recursos públicos.

Como hipótesis de la investigación, se formuló la siguiente: El modelo de gestión jurídica pública implementado en la ciudad de Bogotá se caracteriza por ser un sistema proactivo, con una estructura, componentes y ejecución que, de manera efectiva y eficiente, contribuyen a la prevención del daño antijurídico y la resolución temprana de conflictos. Por consiguiente, se plantea que el modelo de Bogotá representa un paradigma ideal al que tanto la Nación como las Entidades territoriales deberían aspirar, con el fin de consolidar esquemas que exhiban indicadores de éxito procesal elevados y apliquen estrategias efectivas en la prevención del daño antijurídico y el empleo de métodos alternativos para resolver conflictos.

Con todo y así se establecerá en las conclusiones, se tiene que el sistema distrital, si bien está lejos de ser reactivo dado que sus resultados en el ámbito de la defensa judicial son innegables, no es menos cierto que se encuentra aun en camino de consolidación bajo el enfoque proactivo propuesto y precisamente esta tesis doctoral presenta bases metodológicas y enfoques para el logro de ese objetivo.

La investigación se desarrolló a través de una metodología cualitativa, es decir, aquella que se enfoca en “una concepción del mundo en las que sus complejidades se explican desde el interior del investigador y su vasta capacidad de comprensión de las realidades sociales estudiadas” (Páramo, 2020, p. 31).

La “función esencial” de la investigación cualitativa es “descubrir lo inexplicable de los comportamientos humanos enmarcados en determinado contexto, que no solo le da

sentido a lo que los miembros hacen, sino que le proporciona al investigador los elementos de información para dimensionarlos en su justa extensión” (Páramo, 2020, p. 31).

El proceso de recopilación de datos y la conformación de la información tuvo lugar a través de tres fases del intelecto: “mirar, preguntar y analizar”, para lo cual, se adelantó un análisis documental exhaustivo y practicaron entrevistas semiestructuradas con actores destacados en el ámbito de la defensa jurídica del Estado, como la doctora Martha Lucía Zamora, directora de la ANDJE; Carlos Medellín, ex secretario jurídico de la Presidencia y ex ministro de justicia, actualmente es asesor jurídico de múltiples entidades y organismos públicos; Iván Darío Gómez Lee, ex procurador delegado ante el Consejo de Estado y asesor de entidades y organismos públicos desde hace 30 años tiempo; Luis Guillermo Dávila Vinuesa, experto en contratación estatal y autor de más de la obra “régimen jurídico de la contratación estatal”, Martha Veleño, ex vicepresidente de la cámara de comercio de Bogotá y quien ha desempeñado cargos en EMGESA, CODENSA, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y en especial se desempeñó como Directora Jurídica del Distrito Capital y fue redactora de los Decretos que dieron vida al modelo de gestión jurídica de la ciudad.

La investigación se abordó desde una técnica denominada “método de caso” (the case method), a partir de un enfoque interpretativo (Maestre, 2020). El método de caso tiene como característica principal que “toma una sola unidad de análisis para ser estudiada” (Stake, citado por Maestre, 2020, p. 208). De esta manera, según Yin *apud* Maestre (2020) el “método permite analizar el comportamiento de la unidad de análisis involucrada en el fenómeno estudiado” (p. 208).

En este caso, la unidad de análisis es el Modelo de Gerencia Jurídica Pública de la ciudad de Bogotá, creado en el año 2007 y transformado con posterioridad en los años 2011 y 2018, por ser una experiencia pionera y única en el ámbito nacional en el contexto de la gestión jurídica pública. Por esta razón, la investigación también es de carácter sociojurídico, habida cuenta que permite generar conocimientos prácticos a partir de “la elección de una población como unidad de análisis” (Agudelo, 2018).

El documento se presenta bajo los estándares de la metodología francesa, es decir, en dos capítulos fundamentales, el primero, denominado “Genealogía de la gestión jurídica pública” se pregunta por la gestión jurídica como parte de la gestión pública y su conexión con los postulados de la NGP que se consolidó a nivel mundial en la década de los noventa. En este capítulo se presenta también una reconstrucción histórica de la gestión jurídica pública a partir de algunas experiencias extranjeras exitosas como el caso de Chile y España para luego descender al caso colombiano y abordar allí el desarrollo normativo, institucional y de desempeño en la materia, así como los retos que impuso la Constitución Política de 1991 para la defensa jurídica de las entidades y organismos públicos.

El segundo capítulo, denominado “Análisis del modelo Bogotano: historia, retos y propuesta de mejora” se dedica al estudio profundo y detallado de la unidad de análisis, es decir, el MGJP de la ciudad de Bogotá. Este capítulo presenta en primer lugar los hitos históricos que han llevado a la consolidación del sistema y luego, contiene la propuesta de mejora del modelo a partir de dos perspectivas: la prevención del daño antijurídico y el uso adecuado de los MASC, en especial de la conciliación, la mediación y los *dispute boards*.

Esta investigación contribuye de manera original al objeto de estudio, en la medida en que proporciona nuevas bases metodológicas para la construcción de herramientas de

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

administración, medición y gestión pública para el desarrollo eficaz y eficiente de modelos de gestión jurídica pública del Estado en el contexto de la prevención del daño antijurídico y uso de los MASC, etapas del ciclo de defensa jurídica en los cuales, tanto el modelo bogotano como el sistema nacional han fallado en su implementación.

Las bases metodológicas propuestas facilitarán la consolidación de modelos de gestión jurídica pública que propendan no solo por la adecuada defensa judicial sino por el logro de resultados tangibles en el ámbito de la prevención del daño antijurídico y aplicación de los MASC, aspectos esenciales de la labor de los abogados y abogadas del sector público en el contexto de los retos del Derecho Público, el Estado y la administración pública modernos.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, JUSTIFICACIÓN, OBJETIVOS, HIPÓTESIS

Problema de Investigación:

¿Cómo se pueden desarrollar, implementar y medir de manera efectiva, modelos de gestión jurídica pública proactivos que promuevan la prevención del daño antijurídico y la solución temprana de conflictos?

Justificación:

El incremento exponencial de la litigiosidad en Colombia representa un desafío crítico para el Estado y la eficiencia de sus funciones. Este fenómeno, especialmente evidente en casos masivos como los relacionados con la seguridad social, ha llevado a una sobrecarga de recursos y esfuerzos en la defensa litigiosa. Como resultado, las instituciones estatales se han visto obligadas a redoblar inversiones en la protección de sus intereses, lo que podría lograrse de manera más eficaz y rentable mediante estrategias de prevención y solución temprana de conflictos (Carrillo y Varela, 2013).

Históricamente, la defensa jurídica estatal en Colombia se consideraba una actividad secundaria, relegada a un segundo plano en la gestión pública. Sin embargo, en la última década del siglo pasado, comenzó a ganar reconocimiento como parte esencial de la administración pública. Esta transformación llevó a la creación de instituciones como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) en 2011, que aborda la defensa litigiosa y, de manera cada vez más crucial, la prevención del daño antijurídico.

La prevención del daño antijurídico, un componente central de la ANDJE, se ha convertido en una prioridad en la gestión estatal. Bogotá implementó un modelo integral

de gestión jurídica pública en 2007, que va más allá de la mera defensa jurídica para incluir la asesoría legal, la contratación pública, la inspección y vigilancia, y la prevención del daño. Esta gestión jurídica pública se centra en garantizar la protección de los intereses estatales y la resolución temprana de conflictos (DAFP apud Caballero, s.f.; Zamora, 2023).

A pesar del éxito evidente en la fase de defensa judicial, queda un desafío pendiente en la gestión pública: cómo desarrollar, implementar y medir modelos proactivos de gestión jurídica pública que promuevan la prevención del daño antijurídico y la solución temprana de conflictos. En este contexto, esta investigación se centra en la necesidad de identificar los elementos clave que definen un modelo efectivo en todas las etapas del ciclo y evaluar los factores internos y externos que influyen en la gestión en estas áreas.

La importancia de esta investigación radica en su contribución a una gestión jurídica más eficiente y proactiva en el ámbito público. La implementación de estrategias de prevención y solución temprana no solo reduce los costos y esfuerzos relacionados con la defensa litigiosa, sino que también fortalece la protección de los intereses estatales y mejora la eficacia de la administración pública. En última instancia, esta investigación aborda una cuestión fundamental para la optimización de la gestión estatal y la promoción de la eficiencia en el uso de recursos públicos.

Objetivo general:

El objetivo principal de esta investigación consiste en desarrollar las bases metodológicas y teóricas necesarias para llevar a cabo el desarrollo, implementación y medición efectiva de modelos de gestión jurídica pública, con un enfoque específico en la

prevención del daño antijurídico y la resolución temprana y alternativa de conflictos. El propósito fundamental es proporcionar un marco teórico sólido para optimizar la gestión jurídica en contextos públicos, promoviendo así la reducción del daño antijurídico y la promoción de soluciones eficientes en situaciones de conflicto.

Objetivos específicos:

Los objetivos específicos de la investigación son, a saber:

1. Reconstruir, a partir de un enfoque genealógico, los hitos históricos que condujeron a la consolidación de la gestión jurídica pública en Colombia, centrándose especialmente en el modelo aplicado en la ciudad de Bogotá.
2. Adaptar metodologías existentes para la formulación de indicadores, a fin de ajustarlas a las características y requisitos específicos que se presentan en el ámbito de la gestión jurídica pública. Esta adaptación tiene como finalidad sentar las bases teóricas que permitan fortalecer la medición de estrategias de prevención del daño antijurídico en el ámbito de la gestión jurídica pública.
3. Proponer ajustes y recomendaciones dirigidos a mejorar la aplicación efectiva de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con el propósito de fomentar, en la esfera pública, la promoción de soluciones tempranas y eficientes en situaciones de controversia.

Hipótesis:

El modelo de gestión jurídica pública implementado en la ciudad de Bogotá se caracteriza por ser un sistema proactivo, con una estructura, componentes y ejecución que, de manera efectiva y eficiente, contribuyen a la prevención del daño antijurídico y la resolución

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

temprana de conflictos. Por consiguiente, se plantea que el modelo de Bogotá representa un paradigma ideal al que tanto la Nación como las Entidades territoriales deberían aspirar, con el fin de consolidar esquemas que exhiban indicadores de éxito procesal elevados y apliquen estrategias efectivas en la prevención del daño antijurídico y el empleo de métodos alternativos para resolver conflictos.

GENEALOGÍA DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

El punto de partida es la aproximación histórica al fenómeno que se estudia. El enfoque de esta reconstrucción es genealógico, por lo cual, no se busca, solamente, hacer un recuento de hitos históricos en orden cronológico, por el contrario, se intenta determinar “condiciones de aceptabilidad y emergencia” de un sistema, en este caso de la gestión jurídica pública, categoría principal sobre la cual gira el presente trabajo investigativo (Foucault, citado en Sánchez, 2017).

Más que una reconstrucción cronologista de la historia, esta sección tiene como objetivo describir las condiciones que permitieron la consolidación de la gestión jurídica pública como actividad especial del Estado, para lo cual, se analizan los arquetipos de gestión pública, se estudian los modelos de defensa jurídica de mayor tradición en el mundo iberoamericano y se reconstruye históricamente el estado de la cuestión en el Estado colombiano.

De esta manera, se indaga en primer lugar por la gestión pública y los modelos construidos, desde la sociología y la economía, para luego adentrarse en actividades particulares del Estado, como la defensa jurídica del patrimonio público y la gestión jurídica pública, para lo cual, se examinan experiencias extranjeras y se profundiza en el estado de la cuestión en nuestro país.

PARADIGMAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA:

Valdez (2022, p. 1334) define el término gestión como “realizar diligencias conducentes al logro de un objetivo, negocio o deseo” o como el “conjunto de trámites que se llevan a cabo para concretar un asunto o concretar un proyecto”. Para el autor, el término

hace relación a una “función institucional global e integradora de todas las fuerzas que conforman una organización”. En lo que respecta al ámbito público, “se refiere a la acción de administrar los asuntos públicos y de gobierno, como práctica instrumental para conseguir un fin determinado” por lo cual, la categoría “gestión pública” “se define como la aplicación de todos los procesos e instrumentos propios de la administración pública para lograr los objetivos de desarrollo y bienestar de la población”.

Son dos los modelos bajo los que, principalmente, ha tenido desarrollo la gestión pública: el modelo burocrático y el posburocrático. En lo que respecta al primero, Valdez (2022) reconoce como características el crecimiento de la burocracia y la formación de empresas públicas para el cumplimiento de fines del Estado¹. Por su parte, el modelo posburocrático apela a los principios de administración del sector privado, buscando la “eficiencia”, la “productividad” y la “rentabilidad financiera” (p. 1335). Sobre el particular, el autor precisa:

Este nuevo arquetipo en la gestión de los asuntos públicos, basado en principios gerenciales, privilegió la evaluación de resultados sustentado en indicadores del desempeño y rankings; la calidad total a través de diferentes procesos de certificación y acreditación (Guajardo, 1996); la reducción del aparato burocrático y la instauración de lo que se conoció como el Estado mínimo; la privatización de las empresas públicas e impulsó diferentes procesos de reingeniería en las instituciones gubernamentales (Valdez, 2022, p. 1335).

Lo anterior representó, en el ámbito de la administración pública, la reducción del tamaño del Estado, la consolidación del gobierno electrónico, la “bursatilización de las

¹ El autor desarrolla esta idea a partir de la experiencia mexicana durante la época del porfiriato, en el marco de la revolución.

finanzas públicas”, la estandarización de procesos (normas ISO), “desconcentración de oficinas” y apostar por la austeridad.

La gestión jurídica pública en Colombia nace como consecuencia de la irrupción de la nueva gerencia pública, paradigma del modelo posburocrático, por lo cual resulta relevante el estudio del arquetipo burocrático y su sucesor.

MODELO BUROCRÁTICO

Para Weber (2000), la burocracia es un “(...) instrumento de precisión que está al servicio de intereses de dominación” (p. 90). Este instrumento se encarga del desarrollo de las actividades administrativas del Estado, es decir, permite su funcionamiento.

El subsistema burocrático, en términos de Parsons (1996), se ocupa de la “consecución de metas colectivas (p. 128). Estos objetivos, dice el autor en la misma línea de Weber y Bourdieu, son el mantenimiento del orden interno y la defensa del territorio², así como el recaudo de recursos (impuestos) para el sostenimiento de la administración.

Los orígenes de la burocracia se remontan a Egipto, en la vigencia del nuevo imperio y su desarrollo se debe a varias tecnologías del poder a saber, el principado romano (especialmente en la monarquía diocleciana y el imperio bizantino), la Iglesia católica particularmente en el Siglo XVIII, China desde el mandato de Shi Huangti y por excelencia, los Estados modernos europeos y las empresas privadas modernas (Weber, 2000 p. 23).

Para Weber, la burocracia se desarrolló vertiginosamente en el seno del Estado moderno de carácter continental, a que “todas las prerrogativas (...) se concentraron en los

² Aunque la defensa, indica Parsons, “pueda adquirir poco a poco matices de agresión”.

monarcas, que prosiguieron con más rigor la burocratización”, esto en comparación con los Estados de administraciones “por notables” como es el caso de Inglaterra (2000, p. 40).

La organización burocrática nace como consecuencia de la necesidad de crear ejércitos para cuidar las fronteras y se hizo posible por el desarrollo de la economía monetaria, el establecimiento de compensaciones salariales fijas para los funcionarios, lo cual, en gran parte ha dependido del desarrollo de los sistemas de hacienda pública y el fortalecimiento de los medios de comunicación y de transporte (Weber, 2000).

En términos bourdianos, el Estado burocrático, principalmente de carácter unitario, nace como consecuencia de una “acumulación” de capitales (1993). En primer lugar, se tiene el capital de la fuerza, ejercido por las fuerzas armadas con dos objetivos claros, la defensa de la soberanía frente a otros gobiernos y el control social interno, así, se consolidan los ejércitos y la policía respectivamente. El desarrollo de la milicia profesional especializada y de carácter nacional, hace desaparecer “poco a poco las tropas feudales” y a consolidar la idea de unidad nacional (Bourdieu, 1993).

La consecuencia natural del crecimiento de los ejércitos es la acumulación del capital económico, dada la necesidad de asegurar el recaudo para el mantenimiento de las estructuras militares encargadas de la protección del territorio. Como explica Bourdieu, “la concentración del capital de fuerza física pasa por la instauración de un fisco eficiente, que va a la par de la unificación del espacio económico (creación del mercado nacional)” (p. 53).

Así las cosas, explica el autor:

La recaudación llevada a cabo por el Estado dinástico se aplica directamente al conjunto de los súbditos – y no, como la recaudación feudal, a los dependientes

solamente que pueden a su vez imponer tasas a sus propios hombres-. El impuesto de Estado, que aparece en el último decenio del siglo XII, se desarrolla en relación con el incremento de los gastos de guerra (Bourdieu, 1993, p. 53).

Por su puesto, los capitales de la fuerza y económico, necesitan del capital simbólico para su legitimación. Así, se asocia el recaudo de impuestos a la consolidación de una “forma de nacionalismo”, “más exactamente, a la construcción, en la realidad y en la representación, del Estado como territorio unitario, como realidad unificada por la sumisión a las mismas obligaciones, impuestas ellas mismas por los imperativos de defensa”. La legitimidad dada por el reconocimiento del recaudador como agente público es fundamental para la consolidación de esta “realidad unificada”, puesto que, las distintas instancias sociales son más propensas al pago voluntario del tributo si ven en aquel un medio para el cumplimiento de fines públicos alejados de los intereses privados de los gobernantes (Bourdieu, 1993, p. 54).

Como capital simbólico especial se tiene el capital jurídico, que históricamente se acumula de una forma diferente, en la medida en que coexisten, durante varios siglos, un conjunto de jurisdicciones que poco a poco se van centralizando en los estamentos judiciales nacionales. En ese sentido, entre los siglos XII y XIII existen “jurisdicciones eclesiásticas, las cortes de la cristiandad, y jurisdicciones laicas, la justicia del rey, las justicias señoriales, las de los comunes (las ciudades), las de las corporaciones, las del comercio”. Luego, “la justicia real atrae poco a poco (...) la mayoría de las causas criminales” y se centraliza la función judicial con el desarrollo del recurso de apelación y la segunda instancia (Bourdieu, 1993, p. 56).

La acumulación de la realeza del capital simbólico tuvo como fuente principal el mediante el otorgamiento de reconocimientos de honor a la “nobleza”³. La estima social otorga legitimación a la autoridad real, en ese sentido, “se pasa de un capital simbólico difuso, fundado únicamente en el reconocimiento colectivo a un capital simbólico objetivado, codificado, delegado y garantizado por el Estado, dicho brevemente, burocratizado”. El Estado se asegura así reconocimiento otorgando títulos a los caballeros y barones, así como a los funcionarios públicos (Bourdieu, p. 57).

El capital informacional es también vital para la consolidación del Estado burocrático. Este se refiere a la concentración de la información, su tratamiento y redistribución, en una especie de “unificación teórica”, lo cual ocurre en el campo de la estadística y manejo de las cifras nacionales, la cartografía, los archivos, y en particular, la comunicación burocrática, “por ejemplo, los formularios, los impresos” (Bourdieu, 1993, p. 55). Sobre el lenguaje burocrático, Bourdieu destaca:

A través de los sistemas de enclasmiento (según la edad y el sexo, principalmente) que están inscriptos en el derecho, los procedimientos burocráticos, las estructuras escolares y los rituales sociales, particularmente notables en el caso de Inglaterra o de Japón, el Estado modela estructuras mentales e impone principios de visión y de división comunes, formas de pensamiento que son al pensamiento cultivado lo que las formas primitivas de clasificación descritas por Durkheim y Mauss son al “pensamiento salvaje”, contribuyendo con esto a construir lo que comúnmente se llama identidad nacional” (1993, p. 54).

³ Reconocimiento del “gentilhombre” refiere Bourdieu.

Igualmente, el capital simbólico del Estado alcanza una de sus máximas expresiones a través de los “certificados” y los actos de autoridad legítimos (sentencias, actos registrales, entre otros) que determinan lo que es y lo que no, nacimiento, muerte, matrimonio, trabajador, asociación, aspecto particular del Estado a quien Hegel *apud* Bourdieu le atribuyó la prerrogativa de definir el “último juicio” (Bourdieu, p. 58).

Contrario a las visiones contemporáneas de la burocracia, que le acusan de ineficiente, costosa, pesada, Weber la asocia con virtudes administrativas como “Precisión, velocidad, certidumbre, conocimiento de los archivos, continuidad, discreción, subordinación estricta, reducción de desacuerdos y de costos materiales y personales”. En esos términos, se refiere a la burocracia pura y planificada, superior a las administraciones colegiadas, honoríficas y no profesionales (2000, p. 47).

Es estos términos, es una organización racional, desprovista de móviles emocionales que administra con base en postulados objetivos, permanente en el tiempo⁴. Incluso, la organización burocrática es vista por el autor como un mecanismo de democratización pasiva, en la medida en que la asignación de cargos por méritos a personas preparadas elimina la repartición del servicio civil entre grupos privilegiados, políticos con agendas económicas particulares. Así las cosas, el modelo permite hacer efectivos principios democráticos básicos como el de igualdad ante la ley o las autoridades (Weber, 2000).

Así las cosas, en términos weberianos la burocracia ostenta una clara superioridad técnica, esta es la razón por la cual se superpone a cualquier otra forma de organización.

⁴ La burocracia “constituye una de las estructuras sociales más difíciles de destruir” y sirve a cualquier ideología sin distinción, por esta razón, los funcionarios de un gobierno continúan administrando las oficinas públicas ante un cambio de poder, incluso si es la oposición o el “enemigo” el que se hace con la autoridad (Weber, 2000).

En ese sentido, “es a las demás organizaciones como la máquina es a los modos de producción no mecanizados” (2000, p. 47). Adicionalmente, garantiza la separación de poderes, dado que actúa a través de ramas separadas, ejecutivas, legislativas y judiciales, separadas de las autoridades religiosas y garantes de la independencia, aspecto que distingue el subsistema político de otros subsistemas sociales⁵.

Con todo, la legitimación de la burocracia no reside en su existencia como fin, ni ni su desempeño se puede tener *per se* como eficaz y mucho menos su tamaño, robusto en términos clásicos, esta fuera de discusión. Desde las teorías mismas que dan cimiento a la burocracia, hasta las teorías contemporáneas posburocráticas plantean debates sobre estas cuestiones.

En primer lugar, la legitimación de la burocracia no deviene de sí misma. El mismo Weber *apud* Parsons (1996) ofrece una visión no burocrática de la burocracia. En ese sentido, “la estructura burocrática no puede ser en sí misma burocrática”, como explica Parsons, un subsistema no se puede legitimar así mismo (p. 128). La legitimidad reside en los valores que han sido institucionalizados y en las autoridades que ejercen una “mayor responsabilidad” frente a tales valores. En países con gobiernos centralistas, los intereses colectivos se imponen a las estructuras burocráticas, en otros, como Estados Unidos, se pondera con mayor valor la autonomía de las “unidades” en detrimento de la “eficacia colectiva”. Así, la legitimación, proviene del sistema constitucional, define los intereses de la organización y los roles de los agentes que pertenecen a ella. Si la estructura política se diferencia de las demás autoridades, por ejemplo, la religiosa, la autoridad es “racional-legal” en términos weberianos (Parsons, 1996, p.129).

⁵ Destaca Parsons (1996): “la defensa del magistrado Coke, del principio de que el derecho es independiente de la prerrogativa real, impuesto finalmente en Inglaterra, constituyó un mojón en esa dirección” (p. 130).

En segundo lugar, Weber alertaba sobre la captura de poder de grupos con intereses particulares, aspecto que en Latinoamérica y en Colombia en especial ha generado aversión a las estructuras estatales robustas, por su alto costo y escasos indicadores en términos de eficacia, eficiencia y efectividad. Sobre el particular se lee en su obra:

La organización burocrática de una formación social, y especialmente de una estructura política, puede tener profundas consecuencias económicas, y con frecuencia las tiene. (...) Y, muy a menudo, el resultado ha sido un reparto criptoplutocrático del poder (p. 88).

(...)

En Inglaterra, y sobre todo en los Estados Unidos, detrás de las estructuras burocráticas de los partidos habitualmente se encuentran los mecenas del partido (p. 89).

En tercer lugar y en cuanto a la “cantidad” o disposición cuantitativa de la burocracia necesaria para el cumplimiento de las actividades administrativa, la teoría clásica weberiana da por sentado que el Estado moderno “depende” de la organización burocrática y por ende: “Cuanto más grande sea el Estado, y cuanto más sea o devenga una gran potencia, más necesariamente estará en ese caso” (p. 40).

En ese sentido, el Estado moderno, en el marco de las exigencias sociales y “la complejidad de la civilización” tiende naturalmente, según Weber, a la burocratización (p. 43). En este contexto, el nivel de vida y el crecimiento económico crean una “exigencia subjetiva de satisfacción organizada” y por ende burocrática (p. 44).

Esta tal vez es una de las más grandes diferencias que existen entre el modelo burocrático de gestión pública burocrático y su sucesor. El primero, parte de la idea de

necesidad de un Estado robusto para atender las necesidades e intereses generales, pero con el tiempo se ha demostrado que el crecimiento de la estructura no es una consecuencia natural de la vida social sino que, según la Ley de Wagner, existe una relación “positiva” entre el tamaño del aparato gubernamental y el ingreso real: los gobiernos son bienes de lujo. Si aumenta el ingreso de la población esta demanda mayor gasto público, no por necesidad sino por suntuosidad, razón por la cual el mismo Wagner advertía sobre la obligación de equilibrar entre el gasto público y el ingreso, medida que naturalmente impide el crecimiento constante del tamaño relativo del gobierno y su desbordamiento (Meltzer y Scott, 2017, p. 173).

MODELO POSBUROCRÁTICO

Para la década de los ochenta, la administración pública funcionaba mediante un esquema “tradicional”, es decir, de carácter “racional – weberiano”, en el que las decisiones se tomaban con apego estricto a la ley, teniendo como banderas la transparencia y la estabilidad (Morales, 2014, p. 418).

El crecimiento de la burocracia fue acusado de desmesurado, se criticaba el incremento del déficit fiscal causado por el tamaño del estado y los costos para su mantenimiento, la ineficacia en la solución de problemas y la captación de prerrogativas propias de empresarios privados (Ruiz, 2006). En general, la excesiva burocracia se compara con “la pretendida superioridad racional de la administración privada” y se cuestiona la participación del Estado en la actividad económica.

Larbi (1999) en un estudio publicado con el Instituto de Investigación de Naciones Unidas para el Desarrollo Social, plantea cinco causas para la erupción de la NGP en los países desarrollados:

- a. Crisis económicas y déficit fiscal en los países: Una de las principales causas fue sin duda “la balanza de pagos, el tamaño del gasto público y el costo de la prestación de los servicios públicos” en el marco de una crisis fiscal generalizada. Los bajos indicadores económicos y el déficit fiscal cuestionaron si la participación del Estado en los mercados era necesaria y el modelo keynesiano se asoció a periodos de recesión e inflación, por lo cual, se gestó la idea de que el mercado funcionaría mejor sin protagonismo público. En ese contexto varios países diseñaron estrategias para reducir el gasto y en especial para controlarlo (p. 2).
- b. Influencia neoliberal y críticas a la administración pública: los representantes del neoliberalismo tildaron al Estado de monopolio ineficiente, las teorías de Hayek, Niskanen, Buchanan y Mueller dieron vida a las críticas, abriendo el camino a posturas reduccionistas de la actividad estatal (p. 3).

En esa línea, se plantea que “el sistema de recompensa del sector público no promueve desempeño efectivo y los políticos y burócratas no tienen incentivos para el control de costos”. Así, usualmente la práctica burocrática implica desperdicio de recursos públicos y un crecimiento del gasto. En ese sentido, la falta de controles permiten que los Estados “sobreofertan bienes colectivos” en razón al principio de maximización del presupuesto, lo cual permite además que se geste una búsqueda de beneficio personal en los burócratas y políticos (p. 3).

En esa búsqueda de lucro propio, se incentiva el crecimiento del aparato estatal y de funciones públicas lo cual significa la creación de nuevas entidades burocráticas, con estructuras complejas y reglas establecidas. El crecimiento desmesurado de la burocracia dificulta el control de las autoridades ubicadas en la parte alta de la estructura y para intentar mitigar la falla administrativa se crean nuevas Entidades burocráticas, creciendo así el tamaño del Estado de manera descontrolada (p. 4).

Igualmente, estas estructuras limitan la innovación, como indica Osborne and Gaebler *apud* Larbi (1999) “hay demasiadas reglas limitando la iniciativa, con el resultado de buena gente atrapada en malos sistemas” (p. 4).

- c. Cambios en el contexto político: Larbi destaca también la irrupción de sectores políticos conservadores que impulsaron las reformas de la NGP en Inglaterra, Nueva Zelanda, Australia y Estados Unidos en la década de los setenta.
- d. Desarrollo de las herramientas tecnológicas: para el autor, la descentralización de las funciones del Estado sólo es posible si existen mecanismos de gestión de la información confiable.
- e. Crecimiento de consultores internacionales: Larbi destaca también el mayor protagonismo de consultores internacionales en la “globalización”, es decir implantación mundial del nuevo modelo.

Con el advenimiento del nuevo modelo de gestión pública, nace la idea del funcionamiento del sector público como el privado y la necesidad de dotar de un mayor margen de discrecionalidad a los “gerentes públicos”⁶ para administrar recursos de forma

⁶ Cabrero citado por De la Garza Montemayor et al (2018), destaca que para conjurar la resistencia a la modernización de la administración pública se necesita del “Gerente Público”, dotado de capacidades analíticas para la toma de decisiones en las organizaciones en sus dimensiones social, económica y política.

eficiente (Morales, 2014, p. 418). Para la autora en cita, la nueva gestión pública se soporta sobre el “nuevo institucionalismo económico (NIE), la teoría de la elección pública, la teoría económica de la burocracia y el gerencialismo”, a partir de estos postulados plantea que la modernización de los Estados responde a tres factores fundamentales: desagregación, competencia e incentivos.

Por excelencia, las reformas de la nueva gestión pública han permitido la consagración de sistemas de evaluación del desempeño y procesos de rendición de cuentas. Estos, indica Morales (2014, p. 419):

permiten valorar hasta qué punto ciertos objetivos fueron alcanzados por una persona, departamento u organización, lo que facilita la aplicación de premios o castigos a los evaluados y el otorgamiento de remuneraciones y/o presupuestos justos; teniendo como objetivos: mejorar la gestión interna; fomentar la rendición de cuentas y el control; y mejorar/reducir el gasto público.

Igualmente, Morales destaca que el mayor margen de discrecionalidad para la administración produjo una suerte de “de-burocratización” que implicaban sistemas de servicio civil de mayor flexibilidad y basados en el mérito. Así, para la autora son tres los “ejes orientadores” de estos nuevos sistemas:

- “Descentralizar la gestión de recursos humanos”
- “Potenciar y profesionalizar la función directiva” (por ende la reducción de la politización de los cargos directivos)
- “Flexibilizar el sistema de personal” (p. 420).

Hood y Jackson, citados por Ruiz (2018) formulan algunas características de la NGP:

Un giro administrativo, enfocado en el costo de la prestación del servicio público, restando importancia a la implementación de políticas públicas.

Tendencia a la desagregación de la organización.

Planeación, reducción de costos y, en términos de los autores, disciplina laboral.

Fortalecimiento de los mecanismos de control y métodos de evaluación del desempeño.

Una fragmentación en la provisión y producción de políticas públicas.

El modelo postburocrático se asocia, por algunos autores, al surgimiento del Estado Neoliberal. En ese contexto, a partir de la década de los ochenta la gestión pública tomó la forma de “gerencia pública” (Rincón et al., 2023). Con pesimismo, Rincón et al (2023, p. 391), destaca que “este momento histórico adecuó las doctrinas neoliberales, logrando consistencia teórica, epistémica y utilitaria dentro de la gestión pública”. Esta postura ve en el adelgazamiento del Estado su debilitamiento, y en el reemplazo de la burocracia estatal el fortalecimiento de lo privado y la economía de mercado, en detrimento de lo público y las necesidades sociales.

No obstante, a partir de los postulados de Hood y Jackson se puede cuestionar la originalidad del modelo y encontrar sus raíces en el movimiento cameralista de los siglos XVI y XVII⁷, algunas características en común soportan esta posición (Ruiz, 2018):

El énfasis en la “tecnología administrativa” para garantizar eficacia.

⁷ El cameralismo, aclara Ruiz (2018) citando a Guerrero, fue fundado en 1555 por Von Osse en Alemania, después de cuestionar la corrupción existente en la administración alemana. Así, propuso un sistema de preparación de los funcionarios públicos, permitiendo la vinculación de jóvenes a los “consejos” con miras a adquirir experiencia. Igualmente, propugnó por evitar “el exceso de movilidad de los funcionarios” pues esta práctica “fomentaba el favoritismo y la parcialidad” (p. 245).

La separación entre la ejecución y las alta dirección de política pública.

La ponderación de la austeridad como “virtud administrativa”.

La tendencia a evitar la “administración directa”.

Rincón et al (2023, p. 391), citando a Gamboa y Arellano, destaca que el modelo de gestión pública del Estado neoliberal produce una “nueva división social del trabajo” que se concreta en el traslado de competencias del sector público al privado que ahora ejerce control sobre las políticas públicas que se dirigen deliberadamente a salvaguardar los intereses de los mercados. En ese contexto, “(...) Estado y mercado desdibujan sus límites y se presentan aunados bajo nuevos modelos de gestión, haciendo compatibles la burocracia, la intervención, la privatización y la lógica utilitarista – mercantilista, propia de los intereses de los grandes centros hegemónicos de poder” (p. 392).

El enfoque posburocrático ha permitido fijar la mirada del sector público al cumplimiento de resultados con índices de eficiencia, es decir, con la disposición inteligente de los recursos disponibles y entre otros aspectos ha dado vida al concepto de gestión jurídica pública por lo menos en lo que respecta a Colombia.

No obstante, existen contradictores de la NGP. Mientras las voces a favor destacan que las evaluaciones de desempeño han permitido reevaluar el proceso de asignación de presupuesto a partir de los resultados y productos, los disidentes critican que se “tiende a medir lo que se puede medir” y no se evalúa la calidad del servicio público, así mismo sostienen que se ha producido un exceso de reportes que no tienen incidencia en la toma de decisiones (Morales, 2014, p. 419).

Lorenz *apud* De la Garza Montemayor et al, 2018 acusa al modelo de favorecer en mayor medida el libre mercado a costa de una baja sustancial en la calidad de los servicios

públicos causada por los recortes presupuestales. Ante la crisis del Estado neoliberal, algunos autores, como Guerrero (citado por De la Garza Montemayor et al, 2018) anuncian la extinción de la NGP y abogan por el nacimiento de un nuevo esquema moderado o que incorpore principios keynesianos.

En términos generales se plantea que la aplicación sin restricciones de la nueva gestión pública implica una sustitución del Estado administrativo por el denominado “Estado gerencial” y aboga por una matización, “la empresa no siempre es superior a la administración pública” (Ruiz, 2018, p. 242).

En efecto, existe una generalizada creencia de que los mercados económicos son eficientes y los mercados políticos o de gestión pública son ineficientes *per se*⁸:

Los mercados eficientes tienden a poseer participantes informados racionales en una matriz de competencia con derechos de propiedad bien definidos y de fácil transparencia. Prácticamente, todos los modelos de falla del mercado político (ineficiencia) suponen, de forma implícita o explícita, que una o más de esas características no están presentes (Wittman, 2016, p. 226).

Con todo, si bien los agentes (funcionarios electos) pueden actuar de forma ineficiente en contra de los intereses de los principales (los votantes), existen mecanismos para mitigar y reducir dichas conductas tales como “la competencia, la reputación, el monitoreo y el diseño óptimo de los contratos”, por lo cual las tensiones entre agente-principal no son mayores que en el sector privado (Wittman, 2016, p. 227).

⁸ Wittman critica esta suposición de ineficiencia pública así: “Detrás de todo modelo de falla del gobierno existe una suposición de que los votantes padecen una estupidez extrema, que hay una falta grave de competencia o que los costos de transacción son excesivamente altos. Los economistas con muy desconfiados de suposiciones similares en relación con los mercados económicos. Este escepticismo debería trasladarse a los modelos de comportamiento gubernamental” (2016, p. 255).

Una prueba de que no siempre que el sector público siempre es más eficiente que el Estado es la baja en la calidad de los servicios públicos, “profesionales estándares son remplazados por minimalistas, economizadores estándares de gestión” (Le Grand y Barlett, *apud Larbi* 1999). Así,” con demasiado énfasis en la reducción de costos, NGP incentiva la búsqueda de eficiencia en defectuosas políticas con resultados a corto plazo, minando la capacidad del estado de tomar una perspectiva a largo plazo en cuestiones como educación, tecnología, salud y ambiente” (p. 33)⁹.

En el contexto descrito, desde algunos sectores se ha hecho un llamado a la reflexión sobre el rol del Estado en la sociedad contemporánea en el entendido de que la implementación irrestricta de medidas de NGP y por ende la reducción del ámbito de influencia de las estructuras públicas puede generar conflictos y desestabilizar el sistema. Propugnan entonces por no desmantelar el Estado, y por el contrario determinar su margen de actuación de acuerdo a sus capacidades, aunado a incrementarlas en sus distintas dimensiones, gestión, regulación o control (1999, p. 35)¹⁰.

Nacen entonces teorías modernas como la Gerencia Social que intenta desestigmatizar el gasto público social, el cual puede ser también eficiente y eficaz si se le aproxima desde la perspectiva del desarrollo humano.

⁹ Pollit *apud Larbi* (1999), describe la conducta de búsqueda de nichos de mercado de los proveedores privados de servicios públicos, por ejemplo, la tendencia del sector salud en evitar a grupos poblacionales con mayor probabilidad de enfermedad o del sector educativo en buscar la entrada de estudiantes con mayores ingresos. Así, la organización crea “condiciones de exclusión social” en contra de los “pobres y vulnerables” (Larbi, 34).

¹⁰ Según Jaramillo y Buchely “Para la nueva gerencia pública, por ejemplo, el burócrata es el medio para crear clientes felices; la burocracia es el resultado, eficiencia y liminalidad. La nueva gerencia pública ha adelgazado las estructuras de lo público para retirar la presencia del estado, para hacerlo efímero. Ha construido cadenas de tercerización, de ambigüedad y espacios desestatalizados. La burocracia es, pues, una ruina: un mero recuerdo de lo que fue, que se mantiene solo para efectos de la memoria” (2019, p. 15).

La “Gerencia social eficiente” advierte Kliksberg (2015), tiene relación “con optimizar el rendimiento de los esfuerzos de los actores sociales en el enfrentamiento de los grandes déficits sociales de la región y el mejoramiento del funcionamiento y resultados de la inversión en capital humano y capital social” (p. 18).

El postulado central consiste en que, a diferencia de lo predicado por las teorías neoliberales que en gran parte influyen las teorías clásicas de la nueva gestión pública, el gasto público social genera réditos a largo plazo. En ese sentido, Amartya Sen *apud* Kliksberg (2015) destaca que “ha habido un profundo error conceptual” en la medida en que “se ha marginado, postergado o sacrificado el gasto en lo social en nombre de fortalecer el ahorro interno” (p. 15).

El enfoque de esta tendencia es de carácter heurístico, es decir, superar las prescripciones y recetas preestablecidas para adentrarse en la experiencia, en la construcción a partir del “ensayo y error” consciente de las complejidades de las realidades sociales. Algunas características de la gerencia social son (Kliksberg, 2015, p. 19):

- Objetivos pensados a mediano y largo plazo. Se busca principalmente que los programas conduzcan al “auto sostenimiento” de las poblaciones beneficiarias del gasto público social. Para lograr este objetivo, se requiere “crear espacios favorables a la participación activa de la comunidad asistida” (p. 21)
- Existen “variables contextuales” que inciden en la ejecución de programas, por lo cual, no todo puede ser previsto; en este punto se tienen las dinámicas políticas y sociales que desfasan los cálculos económicos y financieros.
- En la ejecución de programas sociales interviene una multiplicidad de actores de todos los niveles.

- La coordinación entre los múltiples actores es compleja y fluctuante y “con frecuencia no es transparente” (p. 20).
- Los gerentes sociales deben desenvolven en contextos de presión, “gestionan en el marco de un campo de fuerzas”, en medio de demandas y expectativas.
- El monitoreo y seguimiento a los programas sociales deben trascender el esquema clásico de la rendición de cuentas, por lo cual, las metodologías de evaluación deben ponderar aspectos cuantitativos y cualitativos. Estas metodologías deben aplicarse de forma permanente puesto que la transparencia es un pilar esencial de la gerencia social.

Con todo, las teorías de la NGP aun predominan el debate sobre formas de gestionar lo público y es en este plexo teórico en donde se gesta el concepto de Gestión Jurídica Pública con el objetivo de controlar el pasivo contingente causado por sentencias dictadas en contra de las entidades y organismos públicos, fenómeno que no solamente limita el gasto social y otros inherentes a las funciones misionales del Estado, sino que además altera negativamente la calificación de riesgo para la captación de recursos de la banca multilateral.

ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL PLANO INTERNACIONAL EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

La gestión jurídica pública en términos tradicionales se ha asociado a la representación judicial y extrajudicial de las personas de derecho público, actividad conocida como la defensa jurídica del Estado, la cual toma distintos modos y estructuras de gestión si se analiza desde una perspectiva comparada.

Grafe (2014) reconoce tres modelos de defensa jurídica: centralizado, mixto y descentralizado.

El modelo centralizado <“se caracteriza por la concentración de la función de defensa jurídica sobre la base de un cuerpo propio de abogados. De esta forma, la agencia central se ocupa no solamente de la planificación sino también de la implementación de la defensa del Estado” (Grafe, 2014).

En esta estructura todas las funciones preventivas y de representación en una sola Entidad, Agencia o Cuerpo de abogados, lo cual presenta algunas ventajas destacables:

- Bajos costos de coordinación por tratarse de una sola Entidad ejecutora de las fases de defensa, lo cual, garantiza en gran medida coherencia en la gestión.
- Seguimiento y monitoreo de las fases del modelo a menor costo, dada la concentración de funciones en un solo cuerpo.
- “Recursos humanos calificados e integrados”. Sobre el particular, destaca Grafe (2014) que “la doble dependencia de los recursos humanos brinda a la organización una valiosa oportunidad de articular políticas de captación, formación, desarrollo y retención de funcionarios calificados”, lo cual, se dificulta en los modelos descentralizados dada la “heterogeneidad” de las políticas en la materia (p. 29).
- “Gestión de la información”: si bien la gestión de la información también puede adelantarse de forma eficiente en los modelos descentralizados, la coordinación requerida en esas estructuras lo hacen más complejo.

Claro está, existen desventajas en el modelo centralizado, en particular los altos costos económicos que conlleva la puesta en marcha de una agencia o entidad de tales

magnitudes y las limitaciones en el movimiento de personal dadas las garantías del sistema de carrera que por lo general determinan el ingreso y salida del cuerpo de abogados.

Por otra parte, el modelo mixto, presente en países como Chile, Argentina, Ecuador, Nicaragua y Perú, concentra una gran masa de funciones en una agencia central, pero descentraliza algunas otras en entidades y organismos distintos. En palabras de Grafe (2014) “puede decirse que se trata de un modelo asociado al sistema unitario, en el cual existe un centro poderoso rodeado de unidades periféricas con cierto nivel mínimo de atribuciones habilitadas desde el propio centro” (p. 30).

Dos ventajas se reconocen en el modelo mixto: en primer lugar, la “autonomía regulada” que otorga a las entidades que trabajan en ciertas partes del ciclo de defensa que “permite aprovechar la capacidad técnica de los servicios jurídicos sectoriales”. Así, el esquema se beneficia de la especialidad de las oficinas jurídicas de los sectores (Grafe, p. 30).

En segundo lugar, la “desconcentración” de funciones que en el arquetipo centralizado están concentradas en la agencia o cuerpo de abogados genera altos costos de coordinación, habida cuenta la participación de más actores, aunque debe anotarse, no son tan altos como podría pensarse ya que la función de representación judicial sigue altamente concentrada en la agencia central o cuerpo de abogados (Grafe, 2014).

Por último, en el modelo descentralizado existe una agencia central encargada fundamentalmente de labores de coordinación y expedición de políticas, mientras que las funciones de representación (trabajos preparativos y litigio) y pago o cobro de sentencias se dispersan en las demás entidades de los distintos sectores, quienes atienden tales fases a través de sus oficinas jurídicas (Grafe, 2014).

Esta forma de gestión padece de altos costos de coordinación dada la dispersión de las funciones sustantivas del ciclo de defensa en una pluralidad de entidades y oficinas jurídicas con capacidades técnicas distintas o demasiado heterogéneas, corriendo el riesgo de “insularidad” y dificultades para la construcción de estrategias. Igualmente, el modelo adolece de mayores dificultades para la gestión de la información en los sistemas destinados para ello por la misma dispersión o desconcentración de esta función (Grafe, 2014).

La ANDJE *apud* Carrillo y Varela (2013) destaca ventajas y desventajas del modelo centralizado y descentralizado, sin mencionar el híbrido, así:

TABLA 1 CUADRO COMPARATIVO MODELOS DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

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

Fuente: Tomado de ANDJE *apud* Carrillo y Varela (2013)

Carrillo y Varela, con la información proporcionada por la ANDJE, bosquejan el panorama del continente americano y algunos países del viejo continente en relación con la acogida y desarrollo de los modelos de defensa jurídica explicados.

La siguiente tabla es propuesta por los citados autores para explicar la cuestión:

TABLA 2 Modelos de gestión jurídica por países

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

Fuente: ANDJE (2012b).

Fuente: Tomado de ANDJE *apud* Carrillo y Varela (2013)

Colombia, según la clasificación en cita, desarrolló un modelo desconcentrado hasta el año 2011, en virtud del cual cada entidad y organismo público asumía su representación judicial y extrajudicial, sin que existiera una agencia central que ejerciera eventualmente tales funciones, situación que cambió con la creación de la ANDJE en el año 2011, entidad que junto a su rol de rector de la política pública de defensa y prevención del daño funge como apoderada del Estado en los juicios nacionales que considere elegibles por ser relevantes y en los juicios a nivel internacional.

Esta aseveración, *a priori* correcta, merece dos comentarios: (i) como se verá más adelante, la defensa jurídica del Estado no siempre se operó de manera desconcentrada, por el contrario, desde la refundación de la República como Estado Unitario en 1886, el Ministerio Público ejerció la representación judicial de la Nación y en algunos casos de las entidades territoriales (departamentos y municipios), aunque estas últimas se reservaron el derecho de designar apoderados en los procesos a los que eran vinculadas como parte pasiva. Estas funciones perdieron vigencia tan solo hasta 1984 cuando se expidió el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, (ii) si bien la ANDJE ejerce

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

funciones de representación judicial y extrajudicial del Estado, la gestión de los intereses públicos ante los estrados judiciales y en el marco de la aplicación de los MASC sigue siendo preponderantemente adelantada por las oficinas jurídicas de cada entidad y organismo público, lo cual dista de una de las características esenciales del modelo híbrido, consistente en que mayoritariamente la representación en juicio es asumida por una agencia central¹¹.

Por esta razón, el modelo colombiano puede asimilarse en mayor medida al descentralizado pero con un órgano rector de la política pública de defensa jurídica y de prevención del daño antijurídico que eventualmente representa directamente al Estado en sede judicial.

Con todo, conviene destacar con mayor detalle las experiencias de dos países icónicos en materia de defensa jurídica pública, tanto por su antigüedad (los dos modelos se gestaron en el siglo XIX) como por sus resultados; algunas características de tales estructuras son aplicables *mutatis mutandi* en nuestro país y permitirían fortalecer la importante gestión que en el ámbito nacional y local se ha venido adelantando desde hace dos décadas. Así las cosas, desde la perspectiva comparada se analizará a continuación el caso chileno, seguido de la experiencia española.

EL MODELO CHILENO, LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA MEDIDA POR INDICADORES

El punto de partida de la institucionalidad chilena en la materia se remonta a normas fundamentales como la Constitución de 1823, la Carta Fundamental de 1833 y la Ley Orgánica de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875. En este contexto se

¹¹ Véase Grafe (2014).

expidió el Decreto 2629 de 1895 que creó el Consejo de Defensa Fiscal como se denominaría inicialmente el actual Consejo de Defensa del Estado y luego se dictó la Ley Orgánica del Consejo de Defensa Fiscal de 1933 (Preuss, 2021).

La Constitución de 1823 delegó al Procurador Nacional la función de representación en todos los negocios públicos “y además ser parte en todos los negocios públicos y fiscales en la moralidad nacional; en la policía moral de la jerarquía eclesiástica; en la reclamación sobre los abusos respecto de los pueblos y personas; y en cuanto pertenezca al mejor orden público, teniendo el derecho de petición y consulta ante todos los poderes supremos y ante todos los tribunales del Estado (Preuss, 2021, p. 616).

El Estado chileno acogió una nueva constitución en 1833 pero ni esa carta fundamental ni las normas relativas al funcionamiento de poder judicial (Reglamento de Administración de Justicia de 1824) regulaban lo atinente a la representación y defensa de los intereses del fisco, razón por la cual, la Corte Suprema de Justicia, en medio de la confusión, dictó un auto del 16 de diciembre de 1845 en el que conoció un reclamo impetrado por el Fiscal de Hacienda sobre la mora en la defensa de causas relacionadas con sus materias. En esa oportunidad, la Corte indicó que en aquellos casos debía intervenir o un agente fiscal o los jefes de las oficinas de hacienda dependiendo del caso. Este mandato fue acogido mediante circular del Gobierno del 22 de noviembre de 1847 (Preuss, 2021).

En 1875 se dictó la Ley Orgánica de Organización y Atribuciones de los Tribunales la cual creó el Ministerio Público con funciones tanto administrativas como judiciales, estas últimas se relacionaban con la defensa de los intereses públicos a través de fiscales ante los tribunales superiores de justicia y promotores fiscales ante los juzgados de letras, aunque

su intervención no era obligatoria por lo cual quedaba a su consideración la conveniencia de proceder en ese sentido (Preuss, 2021).

Con todo, “el Ministerio Público no era propiamente un organismo defensor de los intereses del Fisco” dado que a su cargo se encontraban también las funciones de defensoría pública de quienes debían ser oídos en juicios ocurridos entre representantes legales y representados, en actos jurídicos de personas “incapaces” y en los demás asuntos que la ley determinara (Preuss, 2021, p. 618).

Una de las razones principales que precipitara la creación de un órgano especializado en la defensa de los intereses del fisco fue la crisis del salitre ocasionada por decisiones de concesionarios ingleses que explotaban dicha sustancia salina, quienes concertaron reducciones en la producción para mejorar el precio a nivel internacional, lo que generó un déficit fiscal importante por la reducción de las importaciones, a lo cual se sumó el abuso tarifario de empresarios también de origen inglés en las vías ferroviarias (Preuss, 2021).

Así las cosas, el gobierno chileno se vio en la obligación de “reconstruir la industria”, especialmente en lo tocante a la propiedad para favorecer los intereses públicos, lo cual generó conflictos complejos que serían ventilados en sede judicial (Preuss, 2021, p. 619).

Las dificultadas estaban a la orden del día, las relaciones entre el sector público y privado, determinadas por el poder de los capitalistas británicos especialmente en Tarapacá y de inversionistas estadounidenses en Antofagasta, crearon un conflicto entre los intereses económicos y la “soberanía nacional”. Fue entonces necesaria la regulación de la propiedad salitrera a favor del Estado, proceso que se empezó a concretar en 1882 y el que, advierte

Preuss (2021) “no estuvo exento de dificultades” por “la confusión y el desorden legislativo en torno a organizar la defensa judicial del Fisco en un organismo único o centralizado” en los conflictos generados por el nuevo régimen de propiedad (Preuss, 2021, p. 620).

En este contexto y ante el aumento de la litigiosidad, se intensificó el debate sobre la entidad que debía asumir la representación judicial por lo cual se expidieron distintas normas en las que se diluyó dicha competencia en el nivel directivo de varios organismos (ordenanza general de correos, reglamento general de telégrafos, ley de ferrocarriles del Estado, ley orgánica de la universidad de Chile, etc). Se destaca la ley del 24 de enero de 1883 que creó el servicio de tesorerías fiscales en cuyo artículo 31 se consagró que los tesoreros tenían la función de representación judicial en los departamentos en los cuales funcionaban; esta norma suscitó álgidos debates en la Corte Suprema¹².

A la dispersión normativa se sumó la influencia que sobre los despachos judiciales ejercían los abogados más famosos del Estado, quienes eran contratados por las empresas

¹² Sobre el particular, Preuss (2021, p. 621) relata: “Tan polémica y discutible resultó la aplicación de esta ley –la cual dejó sin efecto el citado auto cordado dictado por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 1845– que se siguió ante el Juzgado de Letras de Valparaíso un proceso civil iniciado por el Fisco, representado por el Tesorero Fiscal, quien solicitó declarar sin efecto la sentencia pronunciada en un juicio anterior, en el cual la sucesión de don Josué Waddington demandó al Fisco para reclamar la reivindicación de un inmueble. En el juicio posterior, la defensa estatal la asumió el promotor fiscal, fundado en que, siendo una materia relativa a bienes raíces, le correspondía la representación al tesorero, lo que traía como consecuencia que no tenía valor la sentencia dictada en el juicio precedente seguido contra el Fisco. La discusión de fondo en este proceso se centró en establecer –en definitiva- a quién le corresponde la representación fiscal en los juicios que se promuevan por o contra el Fisco, a partir de la vigencia del mencionado artículo 31 de la ley que creó las Tesorerías Fiscales. La tesis fiscal se basó en que los tesoreros representan en juicio al Fisco en todos los actos que se relacionan con los bienes raíces, como se advierte en su escrito de réplica, del siguiente tenor: “El Fisco no puede ser representado en los juicios por el funcionario que buenamente asuma su representación. En un juicio dado, no lo representa sino aquel á quien la ley le haya conferido esa facultad ó personería. En cuanto a la representación de los tesoreros, sabemos que según el artículo 31 de la ley de 20 de Enero de 1883 los tesoreros fiscales tienen en el departamento en que funcionan la representación judicial y extrajudicial del Fisco en todos los actos en que dicha ley les da intervención”³³. Tanto el fallo de primera instancia –que rechazó la demanda del Fisco– como el informe del fscal de la Corte Suprema, coinciden en que “el promotor fiscal es el representante del Fisco en todos aquellos asuntos en que el Fisco no tenga, según la ley, un representante especial, y que el Fisco no lo tiene en los juicios de reivindicación de propiedades”.

británicas y norteamericanas para la gestión de sus intereses. Incluso, algunos de esos abogados desempeñaban funciones como congresistas pero para la época se justificó su inhabilidad y se permitió el ejercicio profesional paralelo. Los juzgados eran controlados por estos profesionales del derecho, en algunos casos mediante actos de corrupción, lo cual contrastaba con la débil y desorganizada defensa de las entidades públicas (Preuss, 2021).

Por lo anterior y bajo el gobierno de Jorge Montt, se creó el Consejo Provisional de Defensa Fiscal, lo cual tuvo lugar mediante el Decreto supremo 262951. Con el paso del tiempo, el Consejo asumió mayores funciones y el gobierno fue madurando su estructura, hasta la supresión total de los antiguos promotores fiscales en 1927. Fue en 1933 el momento culmen de consolidación del Consejo cuando se dictó la Ley 2 del 2 de enero, norma que unificó por completo la competencia para la representación en juicio.

En la actualidad, el Consejo de Defensa Fiscal adquirió el nombre de Consejo de Defensa del Estado de Chile, organismo que, de manera centralizada, defiende y gestiona los intereses públicos en juicio y, debe decirse, se ha convertido en uno de los organismos de mayor referencia en el ámbito latinoamericano en materia de defensa jurídica.

El Consejo de Defensa del Estado, tiene como función principal “defender, representar y asesorar judicialmente al Estado” y tiene especiales competencias en la defensa del medio ambiente (Peláez, 2020, p. 89), igualmente, presta servicios de mediación entre usuarios y entidades públicas prestadoras del servicio de salud. Peláez destaca el ejercicio de esta entidad por sus objetivos estratégicos, su planificación y la existencia de un grupo interdisciplinario de profesionales, abogados, ingenieros, economistas, científicos, entre otros (2020).

En el marco de las funciones de defensa del medio ambiente, realiza una labor fundamental de recopilación y sistematización de información sobre daños ambientales y además, tiene funcionarios especializados encargados de estudiar la jurisprudencia, adelantar capacitaciones y eventos académicos sobre la materia (Peláez, 2013).

Igualmente, la experiencia chilena protege la institución de los cambios políticos, en la medida en que los consejeros son designados por la Presidencia de la República y solo son removidos hasta la edad de retiro forzoso (75 años), los funcionarios son de carrera y los abogados no son servidores públicos, ejercen la profesión pero deben tener prevalencia por los asuntos asignados como defensores del Estado (Peláez, 2013). Este último aspecto, el del cuerpo de abogados, es de vital importancia. Estos son escogidos por el Consejo de Defensa del Estado de Chile a través de un concurso que evalúa desde la declaración del patrimonio hasta la reputación como abogado (Carrillo y Varela, 2013).

El Consejo goza de gran reputación por el cumplimiento de metas, todos estos datos son comunicados al público a través de la página de internet a través de precisos informes de gestión, siendo el del año 2018 el de última publicación. Precisamente, en la asignación del presupuesto compite con las demás entidades y organismos públicos “por lo cual debe defender su presupuesto con indicadores de resultados y de gestión, siguiendo planes de mejoramiento y de gestión de la Entidad” (p. 17).

Algunos resultados de los últimos años y en particular, la organización de los insumos y actividades a partir de indicadores de gestión precisos se destacan, por lo cual, a continuación se explican en detalle.

En el año 2018, el Consejo de Defensa del Estado advertía que, como ha sido constante, los procesos judiciales contra el Estado chileno habían aumentado en un 6% en

comparación con el año 2017, siendo los juicios laborales los de mayor aumento, pasando de 1.273 a 2.374, lo cual muestra un incremento del 86% (Consejo Nacional de Defensa del Estado, 2019).

En materia de indemnización de perjuicios y reclamaciones por ese concepto, el Consejo logró evitar el 96% de los pagos pretendidos, es decir, del 100% de las pretensiones de las demandas tan solo el 4% fue objeto de condena y pago, lo cual representó un ahorro fiscal más que superlativo que “equivale a US\$ 812 millones considerando que la cuantía total demandada ascendía a US\$847 millones” (Consejo Nacional de Defensa del Estado, 2019, p. 7).

En las acciones penales adelantadas contra servidores públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, en todos los niveles, regional, municipal o entidades descentralizadas por funciones, se logró un resultado favorable de un 91% del universo de sentencias. Por otra parte, en la defensa frente al recurso de protección, que es una especie de recurso de amparo o tutela, el éxito procesal fue del 83,8%, mientras que la defensa frente a la acción de amparos económicos el éxito fue del 100%. Por último, las sentencias favorables en casos de nulidades de derecho público alcanzaron un 98.5%.

En materia de mediaciones, para el año 2018 indicó que se logró mantener la “tasa histórica” del 22% de mediaciones concluidas con acuerdo de las partes, es decir, de los usuarios del servicio de salud y las prestadoras. Las mediaciones aumentaron en el año 2018 en comparación con el 2017, para un total de 1.381 procedimientos, 226 más que el año anterior, de las cuales el 2% terminaron por falta de comparecencia, el 22% finalizaron con acuerdo y 887 sin acuerdo. De los casos que terminaron con acuerdo, el 51%

implicaron indemnizaciones, el 31% prestaciones de servicios asistenciales y el 18% se concretó en el ofrecimiento de disculpas o explicaciones de los hechos, aspecto particular del sistema que demuestra que los litigios no siempre tienen connotaciones económicas (Consejo de Defensa Fiscal, 2019).

Con todo, estas cifras son frías y nada dicen si no se advierte que el sistema de gestión jurídica chileno se desarrolla a partir de indicadores medibles y verificables que permiten valorar y cuantificar la gestión anual. Así, cada cifra, analizada a partir del indicador correspondiente, permite establecer si la Entidad cumplió o no la meta fijada, es decir, las cifras no reflejan ninguna realidad específica si no se estudian bajo el contexto específico de los objetivos propuestos para cada anualidad. Este aspecto es uno de los más importantes logros del sistema chileno y la gran deuda del esquema colombiano.

Los resultados están compuestos por cuatro productos estratégicos, los cuales, a su vez, están conformados por uno o más indicadores. Los cuatro productos y sus respectivos indicadores son los siguientes (Consejo de Defensa del Estado, 2019):

- A. Defensa del patrimonio público: En este apartado el Consejo aclara que “la defensa del patrimonio público constituye el principal producto institucional y su resultado da cuenta de los logros alcanzados en acciones de indemnización de perjuicios, recuperaciones de bienes nacionales de uso público y bienes estatales, reclamación por juicios de expropiación y juicios laborales, entre otros” (p. 13).



Este producto se mide a través de tres indicadores a saber:

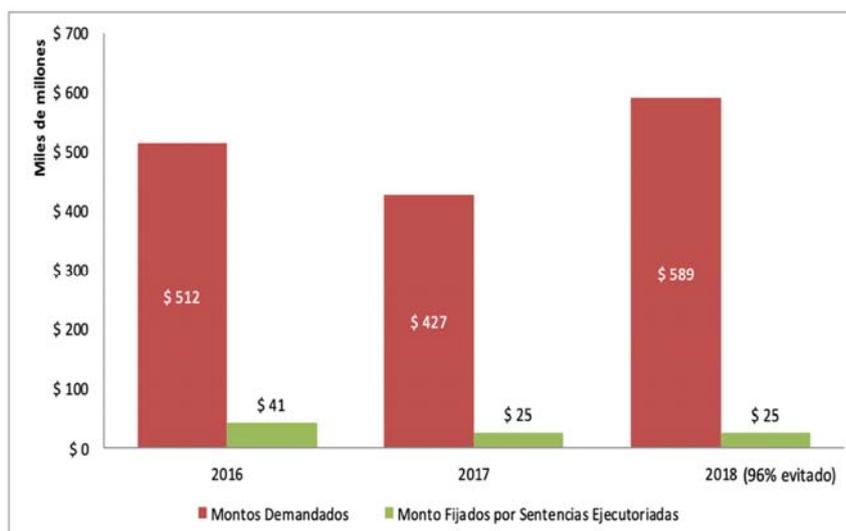
1. “Porcentaje de pagos evitados al Fisco demandado en juicios civiles en el año t, respecto de los montos demandados en el año t”.

Este indicador mide “la diferencia entre la suma total del monto demandado y el monto ejecutoriado para todas las causas terminadas durante el año”. De la muestra se excluyen los cobros de honorarios y procedimientos de policía local por su baja cuantía. Igualmente, no se tienen en cuenta los casos de servidumbres mineras, casos tributarios y acciones civiles y penales del “antiguo sistema de atención” por la especificidad de tales materias.

En este indicador el Consejo de Defensa del Estado chileno se fijó una meta del 93% para el año 2018 y como se indicó anteriormente, alcanzó un cumplimiento del 96%, lo que equivale a un cumplimiento del 103.2%.

La siguiente gráfica muestra el cumplimiento del indicador en los años 2016, 2017 y 2018:

TABLA 3 PORCENTAJE DE PAGOS EVITADOS AL FISCO DEMANDADO EN JUICIOS CIVILES EN EL AÑO T, RESPECTO DE LOS MONTOS DEMANDADOS EN EL AÑO T



Fuente: Consejo de Defensa del Estado de Chile, 2019

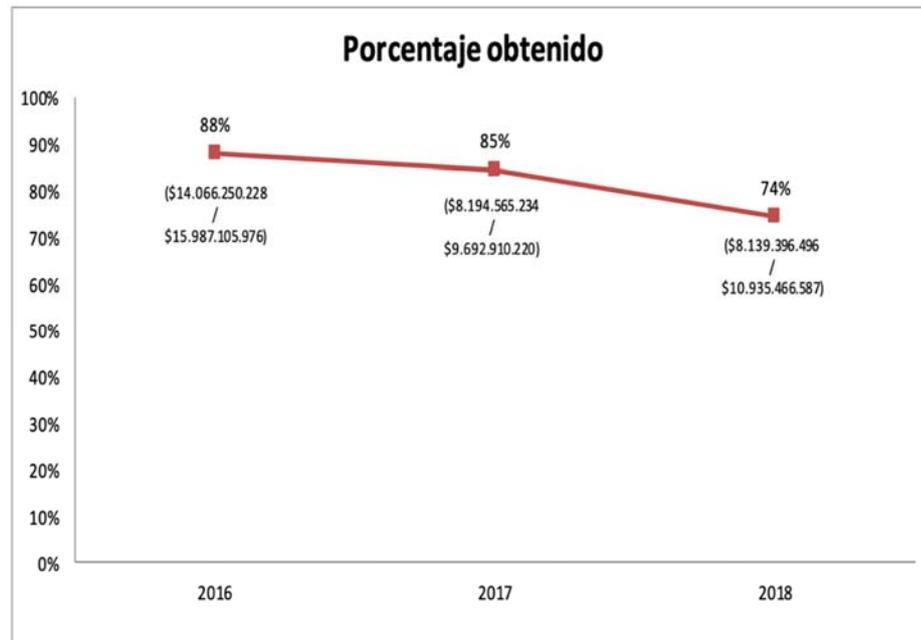
2. “Porcentaje de pagos obtenidos por el Fisco demandante, respecto del total de los montos demandados por el Fisco en el año t”.

En este indicador se mide el dinero obtenido por el fisco del total demandado por el Estado, es decir en el cual es demandante. El porcentaje de dinero obtenido teniendo como base las pretensiones del Estado, fue del 74% y la meta para ese año era del 84% demostrando así un cumplimiento del 88.% que el Consejo explica a partir de un fallo desfavorable que representaba un alto porcentaje de las pretensiones y sin el cual el porcentaje en esta materia sería del 99.28%¹³,

¹³ Sobre el particular el informe de Gestión Integral del año 2018 explica: “El bajo cumplimiento de este indicador, se explica principalmente por el resultado alcanzado por la Procuraduría Fiscal de Santiago en la causa rol interno 1483-2013 carátula FISCO DE CHILE con ARESTI LOPEZ, VICENTE Y OTROS, en la cual el Fisco demandó por un monto de \$1.152.331.493 obteniéndose como monto ejecutoriado \$0 dado que los Tribunales no acogieron la tesis presentada por el CDE, declarando prescrita la acción interpuesta. El resultado final del indicador fue muy difícil de revertir debido al elevado monto involucrado en dicha causa. De hecho, si ella fuera excluida, el porcentaje de cumplía aumentaría aun 99,28%” (Consejo de Defensa del Estado, 2019, p. 15).

La siguiente gráfica muestra la tendencia en este indicador entre los años 2016 y 2018:

TABLA 4 PORCENTAJE DE PAGOS OBTENIDOS POR EL FISCO DEMANDANTE, RESPECTO DEL TOTAL DE LOS MONTOS DEMANDADOS POR EL FISCO EN EL AÑO T



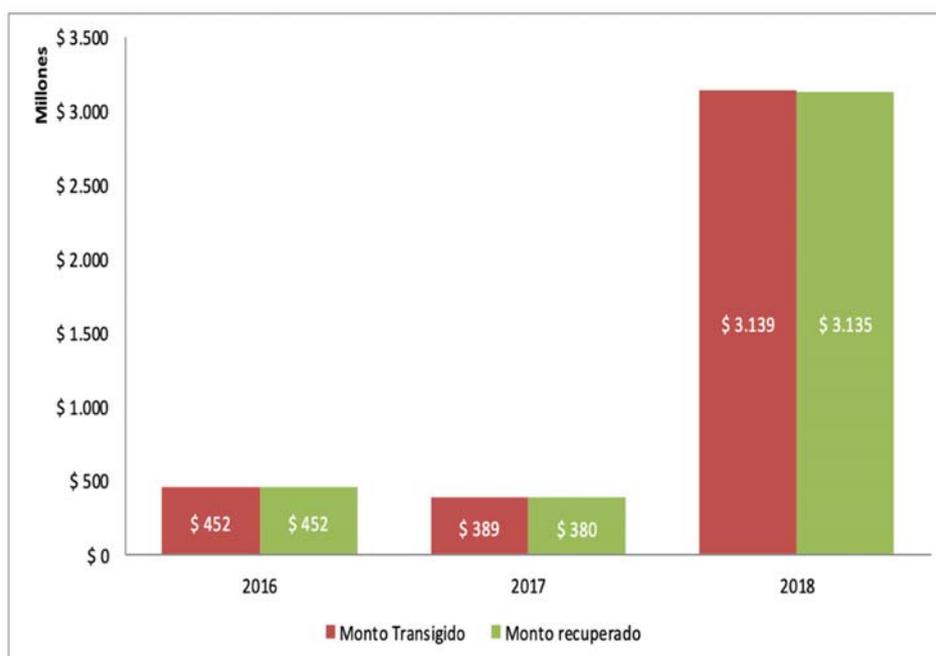
Fuente: Consejo de Defensa del Estado de Chile, 2019.

3. “Porcentaje de pagos recuperados por el Fisco demandante en Transacciones Judiciales en el año t”.

En este particular indicador se mide el porcentaje de dineros recuperados cuando existe ofrecimiento de la contraparte y este es aprobado mediante contrato de transacción, esto con independencia del monto total del juicio. Sobre el particular es importante aclarar que la relación entre las pretensiones del caso y el monto objeto de la transacción se mide en el indicador anterior.

Para la medición se utilizan dos categorías, monto transigido y monto recuperado, siendo la meta para el año 2018 del 96% y la efectivamente alcanzada de 99,9%. La siguiente gráfica explica la tendencia de montos recuperados vía transacción durante los años 2016, 2017 y 2018:

TABLA 5 PORCENTAJE DE PAGOS RECUPERADOS POR EL FISCO DEMANDANTE EN TRANSACCIONES JUDICIALES EN EL AÑO T



Fuente: Consejo de Defensa del Estado de Chile, 2019

B. El segundo producto se denomina “Defensa en asuntos no patrimoniales del Estado”, el cual “corresponde a la representación del Estado y supervigilancia de asuntos, que no tengan carácter patrimonial, sean estos de carácter civil, penal, contencioso administrativo y constitucionales, nulidades de derecho público”, entre otros (Consejo de Defensa del Estado, 2019, p. 16).

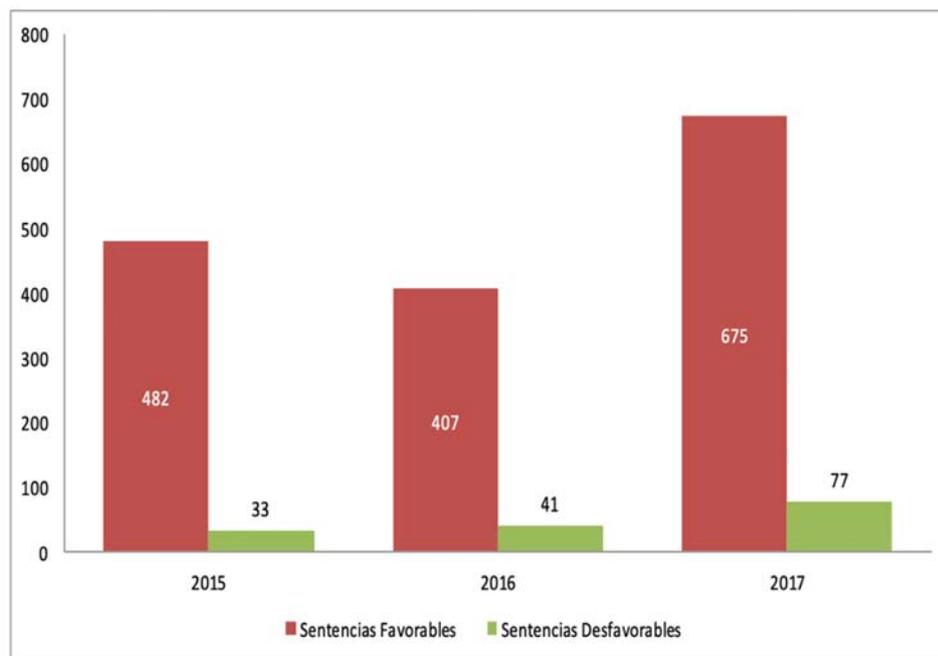
LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Este producto se mide solo por un indicador que se denomina “Porcentaje de sentencias favorables al Fisco en juicios no patrimoniales en el año t”.

Este indicador mide el porcentaje de fallos favorables en los casos que no tienen cuantía. Para el año 2018 se fijó una meta del 92% y se alcanzó un porcentaje del 85,7%, lo cual equivale un 93.4% de cumplimiento.

En esta materia, la tendencia de los años 2016, 2017 y 2018 se representa así:

TABLA 6 ÉXITO PROCESAL DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO EN ASUNTOS NO PATRIMONIALES



Fuente: Consejo de Defensa del Estado de Chile, 2019

- C. El tercer producto se denomina “Emisión de informes Jurídicos, difusión de estudios y doctrinas” y se mide por un solo indicador, el de “Días hábiles promedio de despacho de Informes de cumplimiento de sentencia en el año t”.

En este caso se miden los días utilizados para informar a las personas beneficiarias de una sentencia sobre la existencia de una erogación que debe disponerse a su favor. La legislación chilena establece un plazo máximo de 30 días para enviar el informe, para el año 2018 la meta era de 12 días hábiles y el promedio fue de 11,5, por lo cual, se evidenció un cumplimiento del 109.9%.

- D. El último producto se denomina “Mediación en materia de salud, por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud”.

Como se ha indicado, el Consejo Nacional de Defensa presta servicios de mediación entre los usuarios y establecimientos públicos de salud de carácter público, habida cuenta que los casos relacionados con prestadores privados los conoce la Superintendencia de Salud.

Este producto se mide a través de dos indicadores:

1. “Porcentaje de casos admisibles con acuerdo de reparación en mediaciones asociadas a los prestadores públicos de salud en el año t”.

Este indicador mide el porcentaje de casos que terminan por acuerdo o contrato de transacción entre las partes, en virtud de los cuales zanján amistosamente el conflicto. La meta fijada para el año 2018 fue del 22% y se cumplió en un 100%.

Tratando de explicar el éxito en esta materia, el Consejo afirma (2019):

un factor que pudiera explicar el cumplimiento del indicador Porcentaje de casos admisibles con acuerdo de reparación en mediaciones asociadas a los

prestadores públicos de salud en el año t., podría ser la motivación de los establecimientos de salud pública de intentar evitar juicios, mediante pagos indemnizatorios en mediación, que siempre son de un monto muy inferior a los que fijan los tribunales en juicios, además de la disposición de los reclamantes a llegar a acuerdos para solucionar rápidamente la controversia, evitando un juicio, de alto costo económico, que muchas veces no pueden pagar (p. 18).

2. El segundo indicador de este producto se conoce como “Porcentaje de revisión de actas de acuerdo por prestaciones asistenciales y/o indemnización, previo a la firma del acuerdo, presentadas en el año t”.

En este caso, se propone medir la actividad de revisión de las actas que contienen los acuerdos a los que han llegado los usuarios y prestadores del servicio de salud, con miras a establecer si aquellos se redactaron con suficiente claridad en aras de evitar un nuevo conflicto. En ese sentido, para el año 2018, se fijó una meta del 92% y el porcentaje de cumplimiento del 107.6% con un total de 184 actas revisadas de 200 suscritas.

El éxito en esta materia la explica el Consejo en su informe del año 2018 a partir de la conformación de equipos de trabajo suficientes para la revisión de actas y la implementación de una cultura en ese sentido.

Con todo, para el año 2022 las baterías de indicadores se simplificaron, aunque la data para el análisis de los últimos años persiste. La siguiente tabla muestra los resultados de la gestión desde el año 2018 al 2022.

EL MODELO ESPAÑOL, EL MÁS ANTIGUO DEL MUNDO

El país Ibérico también tiene una larga tradición en la defensa jurídica del Estado y al igual que Chile su modelo de gestión se encuentra centralizado¹⁴ en una sola entidad, esta es la Abogacía General del Estado, cuyos orígenes se remontan a las antigua Dirección General de lo Contencioso. Llama la atención que las funciones de representación del Estado se concentren en una sola entidad si se tiene en cuenta que el modelo de Estado español el cual se conoce por su carácter “autonómico”. En palabras de Balaguer, citado por Sánchez (2016), el Estado autonómico es un “modelo de transición entre el regional y el federal” en el cual, en las comunidades autónomas, a través de sus diputaciones, ejercen funciones legislativas (p. 89).

Pues bien, en el ámbito de la defensa jurídica del Estado, España ha optado por un esquema centralizado, el más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta al siglo XIX. El esquema está conformado por un Cuerpo de Abogados del Estado, adscrito al Ministerio de Justicia, y hace parte de la “Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado” organismo creado para centralizar las funciones de asesoría y representación antes dispersas en dependencias del Ministerio de Hacienda (Peláez, 2020, p. 94).

¹⁴ El objetivo principal del modelo español, por lo cual su naturaleza es concentrada, es asegurar el principio de “unidad de doctrina” (Carrillo y Varela, 2013, p. 125).

Este cuerpo de abogados presta labores de asesoría y representación judicial al Estado, organismos autónomos y órganos constitucionales y tiene como misión fundamental diseñar estrategias para la adecuada Gerencia Jurídica del Estado español (Peláez, 2020).

En la creación de la Dirección General de lo Contencioso, primera entidad encargada de liderar la defensa jurídica del Estado español, naciente para la mitad del siglo XIX, influyó de manera determinante el pensamiento del movimiento de los moderados y las ideas de Bravo Murillo, Ministro de Hacienda de la época, tal y como explica el profesor Retortillo Baquer (1983).

En ese sentido, Retortillo (1983) precisa:

Los moderadores fueron, obviamente, los que con mayor o menor acierto -no formulo juicio de valor alguno – cumplieron los primeros pasos para la construcción de nuestra moderna administración. Y, entre ellos, sabido es que destaca con singular relieve la figura de don Juan BRAVO MURILLO (p. 1876).

Los moderados fueron aquel grupo de liberales con mayor inclinación conservadora, en contraste a los liberales con tendencias más progresistas, conocidos como los exaltados. Su papel en la reforma de la administración pública española fue fundamental es ampliamente destacado y en particular, las medidas impulsadas por uno de sus más renombrados miembros, Juan Bravo Murillo, conocido por “su obra en materia financiera”, por su papel en la implementación de “obras públicas” en 1852 y por sus intentos de fomentar un marco político “Estable” en 1858 (Retortillo, 1983, p. 1877).

La Dirección General de lo Contencioso no es un hecho aislado, hace parte de un paquete de reformas tendientes a la modernización de la administración pública dentro de

las cuáles se destacan el reemplazo de los jefes políticos e intendentes por una única autoridad civil en cada provincia denominados gobernadores de provincia, la “refundición” de la autoridad política y fiscal eliminando así los conflictos de competencias que se presentaban entre autoridades a lo cual se sumaría la instauración de “visitadores generales”, una especie de inspectores de las rentas para estar al tanto permanente de su administración. Igualmente se crearon inspectores especiales para Aduanas y Resguardos (Retortillo, 1983, p. 1880).

El conjunto de medidas, incluida la creación de la Dirección General de lo Contencioso, fue objeto de duras críticas por parte de miembros del parlamento, se destaca la diatriba del diputado Morón, quien la señaló como una “idea buena” pero sin posibilidades de ejecución por falta de un cuerpo administrativo sólido que acompañara su gestión, puesto que se ponía en una persona la función de liderar la defensa jurídica del Estado. Otros diputados calificaron la medida y en general todas las reformas como inconstitucionales y costosas. El Ministro de Hacienda Bravo Murillo defendió la creación de la Dirección como una medida necesaria, permitida por la Constitución al ejecutivo, y sobre todo económica, habida cuenta que no generaba erogaciones adicionales para el presupuesto (Retortillo, 1983, p. 1882).

De la intervención del diputado Morón se destaca el reconocimiento que aquel hiciere de la situación litigiosa de Hacienda, al indicar que había cierto descuido e indolencia a la hora de defender judicialmente los intereses del fisco, por lo cual se habían perdido pleitos que “habían causado escándalo”. Esa es precisamente la motivación del Real Decreto del 28 de diciembre de 1849, en su exposición de motivos se colige la clara intención de “abordar con energía, la situación de indefensión procesal, en la que, en la

práctica, se encuentran los intereses del Estado”. Esta difícil situación era causada principalmente porque la representación judicial era ejercida por el Ministerio – Fiscal, figura que en nuestro ordenamiento conocemos como el Ministerio Público, función que llevaba “a cabo de forma totalmente autónoma, sin coordinación ninguna y sin vinculación tampoco con la Administración” (Retortillo, 1983, pp. 1883-1885).

El esquema consistió básicamente en mantener las tareas de representación y defensa en cabeza del Ministerio Fiscal pero bajo la supervisión e incluso subordinación de los fiscales a la naciente Dirección General de lo Contencioso, entidad líder y coordinadora de la defensa jurídica de lo público que rápidamente emitió sendos comunicados informando, no de manera muy técnica o precisa, cuáles serían los nuevos parámetros que el Ministerio Fiscal debería seguir en su ejercicio¹⁵ (Retortillo, 1983).

Lo que se achacaba principalmente era la descoordinación y la ausencia total de unidad de criterio¹⁶, eran estos aspectos los que la Dirección debía enfrentar con solvencia a través de dos funciones complementarias, la consultiva y litigiosa, la primera encaminada a la adecuada gestión de la segunda (Retortillo, 1983)¹⁷.

¹⁵ “Son, pues, muy numerosas las instrucciones y circulares que, en el plazo de muy breves días, nada más crearse la Dirección General, emana el Ministerio de Hacienda para conformar la función de aquella (19). En ellas se establece desde el comienzo un esquema de acción que, en muy buena parte y con los avatares que estudiaremos, se mantendrá de forma permanente. Reales órdenes, circulares de muy distinto tono y formulación según, naturalmente, la autoridad a la que van dirigidas” (Retortillo, 1983, p. 1892).

¹⁶ Sobre el particular es insistente Retortillo: Se trata, pues, de abordar la situación existente, dispar, caótica, carente de unidad y, consecuentemente, ineficaz (1983, p. 1886).

¹⁷ Las dos funciones se entrelazan en el esquema propuesto por Bravo Murillo, en ese sentido advierte Retortillo: “El texto transcrito enuncia asimismo la otra nota que también quería señalar, y que es igualmente manifiesta en el pensamiento de BRAVO MUBILLO. El asesoramiento en Derecho de la Administración debe proyectarse a la defensa en juicio de los intereses de aquella. Es así como, ya desde el comienzo, se engarzan las dos funciones, consultiva y contenciosa, de la Dirección General. Un esquema que va a mantenerse de forma constante y permanente. Más todavía.- la defensa de los intereses del Estado en los dos aspectos señalados requiere de una lógica unidad de criterio que, estableciendo la necesaria coordinación, permita plantear a tal fin una acción homogénea y consecuyente. Y es en aras de la efectividad misma del sistema, que se sanciona un esquema totalmente centralizado de todo lo relacionado con la defensa procesal del Estado Cíe). Un planteamiento que conduce a potenciar el centro directivo, que se establece precisamente para ordenar y dirigir la defensa en derecho de los intereses del Estado. Unidad de

Igual que sucedió con la Dirección General de lo Contencioso del Estado, la creación del Cuerpo de Abogados del Estado también es producto de una reforma de la administración pública de corte liberal, esta vez impulsada por Juan Francisco Camacho durante el Gobierno de don Práxedes Mateo Sagasta cuyo objetivo principal fue “liberalizar de forma progresiva y efectiva el esquema político de la Restauración” (Retortillo, 1986, p. 85)¹⁸.

Camacho ostentaba por segunda vez el cargo de Ministro de Hacienda y gozaba de reputación por su saber técnico y experiencia. Bajo su gestión se creó el Cuerpo de abogados del Estado en 1881 a través del Decreto del 10 de marzo de ese año, “como una pieza más de tecnificación y profesionalización” de la administración pública” (Retortillo, 1986, p. 89).

La Dirección General de lo Contencioso del Estado había sido suprimida por el real Decreto del 29 de diciembre de 1854, sin embargo, sus funciones no desaparecieron, por el contrario fueron ejercidas por la Asesoría General del Ministerio de Hacienda, oficina que fue suprimida por un Decreto de 1869, norma que estableció que tales servicios jurídicos corrían a cargo de oficiales letrados de la secretaría del Ministerio y en varias Direcciones, sin embargo, “no lograron llenar el vacío que dejó aquella supresión” (Retortillo, 1986, p. 90).

acción que obligará también a establecer con carácter obligatorio la formalización de, las correspondientes autorizaciones y consultas al Centro directivo por quienes en la práctica han de llevar a cabo tales cometidos, lo que supondrá un rechazo del sistema por parte de los fiscales en cuanto que ven con ello reducida su autonomía funcional” (1983, pp. 1887-1888).

¹⁸ Las reformas liberales de Sagasta permitieron la conmemoración de las fiestas en honor a la I República, la derogación de la circular que obligaba al respeto de la religión y la Monarquía en las escuelas, la restauración de profesores en sus cátedras, la orden de interpretar de manera amplia y liberal las leyes penales, entre otras.

Ante tal vacío, la Asesoría General, Dirección General de lo Contencioso del Estado, fue restaurada en 1876, con personal propio del cuerpo de letrados. Esta asumió “el despacho del negociado de derechos reales en las administraciones económicas” y con la ayuda del Ministerio Fiscal y ante los Tribunales ordinarios, asumió “la consulta de los negocios de la Administración de Hacienda en que se versan cuestiones de derecho civil o administrativo”, así como “la dirección de todos los negocios contenciosos del Estado, así como civiles como criminales, que se ventilan ante los Tribunales ordinarios” (Retortillo, 1986, p. 91).

La razón principal para justificar la creación del Cuerpo de Abogados del Estado era el “siempre complejo y espinoso” tema de “la doble participación del Ministerio Fiscal y de la Dirección General de lo Contencioso”. Se argumentó entonces, por un lado, que la carga de trabajo del ministerio Fiscal le desbordaba para asumir la representación judicial del Estado. Además, de forma sutil, se argumentó que la defensa ejercida por el Ministerio Fiscal no era la “más adecuada” dada la especialidad de los conflictos que afrontaba Hacienda y la diversidad de funciones de aquel Ministerio en defensa de la ley y de los incapaces (Retortillo, 1986, p. 91).

Como corolario de lo anterior, se ordenó la creación de “un Cuerpo facultativo y de Abogados del Estado que, precedidos de garantías de suficiencia y estímulos por las ventajas de la escala cerrada y el riguroso ascenso, y defendidos por una estabilidad reglamentada, logre bajo una dirección única, entendida y perseverante y enérgica todas las condiciones que reclama el importante servicio a que se destina” (Ministerio de Hacienda español *apud* Retortillo, 1986, p. 92).

De esta manera se crea el Cuerpo de Abogados del Estado, como órgano único de representación de los intereses del estado en sede judicial que subsiste hasta el día de hoy y cuyas funciones actuales se exponen a continuación.

La Abogacía General del Estado ejerce las funciones de representación de las entidades y organismos públicos en cuatro dimensiones a saber: (i) ante el Tribunal Superior, (ii) ante la Audiencia Nacional, (iii) ante los juzgados centrales de lo contencioso administrativo y (iv) ante el Tribunal de Cuentas (Abogacía General del Estado, 2021).

El Cuerpo de Abogados está dividido en varias subdirecciones a saber, “servicios consultivos, servicios contenciosos, asuntos de la Unión Europea e internacionales, coordinación de Auditoría y Gestión del Conocimiento, constitucional y derechos humanos” (Peláez, 2013, p. 18).

Dentro de sus funciones principales se encuentran (Peláez, 2013, p. 18):

- Asesorar a la administración y organismos autónomos,
- Presentar informes sobre los casos de lesividad (acciones de la administración contra sus propios actos administrativos).
- Representar judicialmente al Estado ante todas las jurisdicciones y en otros países.
- Prestar servicios de asistencia y representación al reino ante la unión Europea.
- Prestar asistencia jurídica y coordinar la representación judicial ant organismos internacionales.
- Formular intervención en conflictos de competencia y de jurisdicción.
- Informar sobre reclamaciones de carácter previo en asuntos civiles y laborales.

- Propender por “el principio de de unidad de doctrina, formulando criterios generales de asistencia jurídica para los Abogados del Estado”.
- Ejercer inspección de los servicios y potestades disciplinarias de los abogados del Estado.
- Difusión del conocimiento e investigación.
- Gestión del presupuesto.

La Subdirección de Servicios Contenciosos ejerce la representación del Estado ante todas las jurisdicciones (civiles, concursal, penal, contencioso administrativa, social, arbitrajes internacionales). A diferencia de Chile, el sistema español no organiza sus metas a partir del diseño de indicadores, por lo cual sus informes simplemente reflejan el número de sentencias favorables y desfavorables ante cada una de las dimensiones que se han explicado con anterioridad. Su éxito procesal es de aproximadamente 86% (Carrillo Varela, 2013).

Igualmente, la Abogacía presta otros servicios especiales:

A. Ante el Tribunal Supremo

En primer lugar, la Abogacía General del Estado representa y defiende a la administración ante las Salas Tercera y Quinta del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en la Ley 52 de 1997 y el Reglamento 997 del 2003 del Servicio Jurídico del Estado. En esta materia la abogacía cuenta con 14 abogados distribuidos conforme a sus áreas de especialidad determinadas con base en criterios “periódicamente revisables”¹⁹.

¹⁹ En relación con la especialización de los abogados, la Abogacía indica: “El objetivo es procurar una especialización de los Abogados, una vinculación con «el cliente» que conoce e identifica a su abogado, una gestión profesional y personalizada de los pleitos basada en la excelencia técnica y la independencia, así como una proximidad a las Salas y sus Secciones”

Estas áreas de trabajo son: (i) Políticos, (ii) Tributario, (iii) Economía, reguladores económicos, Energía y Transparencia y (iv) Transporte, Medio Ambiente, Sanidad y residual (Abogacía General del Estado, 2021).

B. Ante la Audiencia Nacional

En segundo lugar, la Abogacía actúa ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 551 de la Ley orgánica 6 de 1986 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1997, la primera sobre el poder judicial, la segunda relativa a la Asistencia Jurídica del Estado. En términos generales actúa como parte demandada aunque también funge como demandante en algunos procesos de lesividad y de unidad de mercado²⁰

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7 de 2015, por medio de la cual se adoptó un nuevo régimen de casación en lo contencioso administrativo, esta delegatura de la Abogacía para la Audiencia Nacional analiza los autos y sentencias susceptibles de casación, aunque el recurso como tal lo elabora la Abogacía delegada ante el Tribunal Supremo (Abogacía General del Estado, 2021).

Existe un alto grado de coordinación entre las abogacías del tribunal supremo y la audiencia nacional, así como con la delegatura para los juzgados centrales de lo contencioso administrativo y demás dependencias consultivas. Siguiendo el criterio de distribución de trabajo por áreas especializadas, se crearon desde el año 2009 cuatro para el reparto²¹ de los asuntos: (i) Ministerios y acción administrativa general, (ii) Economía, (iii) Industria y Energía y (iv) Tributario (Abogacía General del Estado, 2021).

C. Ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo

²⁰ 93 recursos de lesividad iniciados para el año 2020 y 9 de unidad de mercado para esa anualidad.

²¹ El reparto lo realiza un abogado coordinador (Abogacía General del Estado, 2021).

En este segmento, las funciones de representación y defensa ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo se ejercen en el marco del artículo 90 de la Ley orgánica de 1985 y el artículo 9 de la Ley 29 de 1998. Algunos asuntos de relevancia que se conocen tienen que ver con la interpretación de normas sobre transparencia, información pública y buen gobierno, reclamaciones de contratistas de infraestructura ferroviaria, propiedad intelectual, resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte y del Consejo Superior de Deportes, responsabilidad patrimonial así como litigios impetrados por empleados públicos (Abogacía General del Estado, 2021).

Es destacable que aunado a las funciones de representación y defensa judicial, los abogados del Estado español prestan funciones de asesoría a diferentes Entidades en temas laborales, de contratación, transparencia, aspectos pre litigiosos, entre otros (Abogacía General del Estado, 2021).

D. Ante el Tribunal de Cuentas

En el marco de lo dispuesto por el Real Decreto 997 de 2003 que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, la Abogacía General del Estado tiene, frente al Tribunal de Cuentas, funciones de asesoría y de representación contenciosa. Existe una carga importante de trabajo en esta ámbito, dadas “las funciones que en materia de fiscalización y enjuiciamiento le recomienda la Ley Orgánica y la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”

La Abogacía interviene en la jurisdicción contable, en procedimientos de exigibilidad de responsabilidad contable ante la Sala de Apelación “como una subespecie de la responsabilidad civil”, entre otros asuntos. De igual manera, la normatividad estableció, como requisito de admisibilidad de la acción pública ante el Tribunal de

Cuentas, que la Abogacía sea oída con el fin de determinar “la existencia o no de indicios suficientes para iniciar actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables o para incoar el oportuno procedimiento jurisdiccional o en relación con la procedencia de decretar el sobreseimiento de los autos” (Abogacía General del Estado, 2021, p. 237).

Por último en lo tocante a los recursos de casación contra sentencias de la Sala de Justicia de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas Finalmente, en relación a los recursos de casación o revisión que se promueven contra sentencias de la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, la delegatura trabaja mancomunadamente con la delegada para el Tribunal Superior para lograr mejores resultados (Abogacía General del Estado, 2021).

RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL MODELO COLOMBIANO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Colombia es pionera en la implementación de políticas públicas en distintos segmentos y sectores, sin embargo, la gestión jurídica pública solo se desarrolla en nuestro país desde la década de los noventa, por lo cual, nuestro sistema es joven si se compara con otros de “larga tradición” como el español y el chileno, cuyo origen, como se vio, data del siglo XIX (Caballero, s.f.).

La gestión jurídica pública, como área de investigación, empezó a tener protagonismo solo hasta entrado el siglo XXI. Carrillo y Varela (2013) destacan, como uno de los primeros pasos en esa materia, los estudios desarrollados por la banca multilateral con ocasión de las preocupaciones fiscales de la época. Esos diagnósticos formularon algunos hallazgos relevantes: (i) la necesidad imperiosa de forjar una cultura de prevención

del daño antijurídico y (ii) el comportamiento de “litigante ocasional” de las Entidades Públicas a pesar de ser un litigante recurrente. Sobre este último aspecto se describían conductas como, falta de gestión probatoria y ausencia de alegaciones de conclusión, insuficiente sustentación de los recursos de apelación²².

En el plano normativo, la gestión jurídica pública en Colombia no fue objeto de preocupación sino hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1991, precisamente, fue a partir del nuevo régimen constitucional y con ocasión de las teorías sobre NGP que nació como una actividad vital para la salvaguarda del patrimonio público. En relación con este último punto, Caballero es enfática: la gestión jurídica pública en Colombia nace como efecto de la implantación de teorías internacionales relativas a la nueva gestión pública (NGP) impulsadas desde el consenso de Washington, enfocadas en el desarrollo de modelos gerenciales públicos en los que “el gasto público debe ser limitado, selectivo y altamente productivo, (...)” (s.f., p. 8).

La consolidación²³ del MGJP nacional tardó varios años, el uso de la terminología da cuenta de esa evolución: entre los años 2002 y 2008 oscilaba entre “defensa jurídica del Estado”, “defensa legal del Estado”, “defensa judicial de la Nación” o “estrategia judicial de la Nación”. En esa línea, el Decreto 4530 de 2008 modificó el nombre de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación y acuñó el de Dirección de defensa Jurídica del Estado, lo cual reflejaba la intención de implementar un modelo proactivo dejando atrás el curativo

²² “los abogados solo las interponían como formalidad para evitar posibles investigaciones disciplinarias, pero no impulsaban el recurso con las herramientas adecuadas para asegurar un resultado exitoso” (Carrillo y Varela, 2013, p.

²³ De la insularidad de las oficinas jurídicas del siglo pasado, evolucionamos a una estructura burocrática fundamentalmente conformada por abogados. Caballero (s.f.) destaca que las 6.281 entidades públicas de nuestro país, 272 nacionales y 6.009 territoriales, tienen en su estructura un área o equipo jurídico y de los 1.268.423 servidores públicos el 31% son abogados. Los servicios jurídicos del Estado dejando, claramente, de ser marginales en comparación con los misionales.

y la idea de forjar un modelo no solo a nivel nacional sino también a nivel territorial (Carrillo y Varela, 2013, p. 130)²⁴.

Lo anterior no quiere decir que antes de la carta política el Estado fuese extraño a toda clase de gestión en esta materia, sin embargo, como actividad organizada y como sistema solamente nació en nuestro país a partir de los nuevos paradigmas constitucionales y las teorías sobre NGP que hicieron carrera en nuestro país a finales del siglo pasado.

A continuación se presenta una reconstrucción histórica de la gestión jurídica en Colombia bajo el mandato constitucional de 1886 y bajo el amparo de la carta política de 1991.

LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO BAJO EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE 1886

Carrillo y Varela (2013) plantean que si bien el ministerio de Justicia fue creado mediante la Ley 68 de 1945 y reorganizado en 1974, la gestión jurídica pública no fue parte de sus preocupaciones “bajo el postulado de que cada entidad (nacional, departamental o municipal) a través de su propia oficina jurídica o de abogados externos sería responsable de dicha defensa en cada caso particular (no se anticipaban litigios masivos)” (p.129). Esta afirmación no es correcta, puesto que, en general, la defensa de las entidades del orden nacional fue ejercida por el Ministerio Público (con algunas excepciones), por casi cien años.

²⁴ Las funciones de la Dirección de Defensa Jurídica de la Nación eran “a) diseñar e implementar políticas de defensa litigiosa y de prevención del daño antijurídico estatal; b) contribuir a la reducción de la responsabilidad patrimonial del Estado y su consecuente afectación presupuestal; c) promover la desjudicialización de la conflictividad del Estado; d) asesorar eficazmente a las entidades del Estado y la ciudadanía en temas relacionados con la defensa jurídica del Estado; e) realizar estudios e investigaciones sobre causas de litigiosidad del Estado” (Carrillo y Varela, 2013, p.130).

Durante el siglo XX y hasta la expedición del Decreto 01 de 1984, el Ministerio Público fue el encargado de ejercer la defensa del Estado, por lo menos de la Nación, en los estrados judiciales.

La Ley 4 de 1913 norma que creó la figura del Procurador General de la Nación, en su artículo 1 estableció que uno de los deberes de la Procuraduría era "cuidar de los intereses de la Nación, como patrocinadora en toda clase de negocios, para lo cual tendrá en todas las dependencias del Poder Ejecutivo, delegados suyos, que serán abogados". De esta manera, se estableció la obligación de contar con abogados en todas las entidades públicas, como delegados de la Procuraduría General de la Nación, para el ejercicio de sus funciones legales (Congreso de la República, 1913).

Ahora bien, las funciones de representación del Estado se desprenden de la lectura de los artículos 43 a 47 de la Ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo de la historia del país, según los cuales, el Ministerio Público debía intervenir en todos procesos judiciales que se surtieran ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, por lo cual, todas las providencias debían serle notificadas (Congreso de la República, 1913b).

Según el artículo 44, estas funciones de representación judicial se ejercían por el Procurador General de la Nación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y por los Fiscales del Tribunal de Distrito Judicial ante los Tribunales Administrativos Seccionales, en todo caso, se le conocía como el Agente del Ministerio Público.

Con todo, la representación era obligatoria en tratándose de la Nación, por su parte, los Departamentos y Municipios podían constituir “voceros” o apoderados judiciales para

defender sus intereses en juicio, a las voces del artículo 45. Claro está, el Ministerio Público podía ejercer la defensa de las Entidades Territoriales, sin perjuicio de la facultad de estas designar apoderados.

Resulta interesante que, a la luz de los artículos 46 y 47 de la citada Ley, si en juicio comparecía la Nación y Entidades Territoriales y sus intereses se contraponían, el Ministerio Público podía, solamente representar a la Nación.

El segundo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, conservó en esencia las anteriores reglas aunque con importantes variaciones. En primer lugar, el artículo 19 precisó que los agentes del Ministerio Público tenían la facultad expresa de formular recursos, aspecto que no establecía la Ley 130. Igualmente, se indica en el artículo 20 que las funciones, ya no ante el Tribunal Supremo sino ante el Consejo de Estado, las ejercía el Fiscal de la corporación, mientras que ante los Tribunales lo hacía el Fiscal del Distrito Judicial (Congreso de la República, 1941).

Como aspecto novedoso, el artículo 20 estableció que la Personería Municipal ejercía la defensa en juicio de los municipios, sin perjuicio de la posibilidad de designar apoderado, prerrogativa que se reitera en el artículo 22, sin embargo, en caso de contraposición de intereses entre la Nación y Entidades Territoriales, el Ministerio Público debía representar solamente a la primera.

En el marco de esta investigación se revisaron todas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que una entidad pública era parte, entre 1886 y 1964, momento en el cual el Consejo de Estado asumió en pleno sus funciones como máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, para establecer si los municipios o departamentos ejercían la prerrogativa de designar apoderados. De la lectura de los fallos se seleccionaron 28

sentencias por contener una enunciación expresa de quien ejercía la representación judicial, de esos casos solamente en tres, el Departamento del Tolima, designó apoderado especial y desplazó al Ministerio Público de esa función (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 1939, 1942, 1951). Llama la atención que en un caso en el que el demandado era el municipio de Pereira, el Ministerio Público, en cabeza del Personero municipal, designó apoderado especial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 1958).

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en la ventana de tiempo analizada era contundente en que el Ministerio Público representaba a la Nación a tal punto que sus contestaciones de demanda, si bien no se catalogaban como confesiones por la restricción que de ese medio de prueba se ha hecho en el ámbito público, si comprometían los intereses del Estado. En ese sentido, la Corte en 1941, estableció que los Agentes del Ministerio Público se equiparaban a verdaderos apoderados judiciales, por lo cual, la Nación se subordina a sus actuaciones en juicio, “de lo contrario sería muy difícil demandar a las entidades públicas, ya que el derecho por más justo y documentado en sus elementos esenciales que se presentase, estaría siempre expuesto a fracasar, por la falta de comprobación de cualquier detalle por mínimo que fuera” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 1941).

No obstante, las atribuciones de representación judicial del Ministerio Público se mezclaban con sus atribuciones con sus funciones clásicas de defensa del ordenamiento jurídico y representación de la sociedad en procesos penales y representación de menores en procesos de familia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 1941) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 1944). Esta ausencia de especialidad

de las funciones de representación en juicio fue una de las razones que llevaron al Gobierno español a sustraerlas del Ministerio Público para radicarlas en el Cuerpo de Abogados del Estado y seguramente motivaron el mismo fenómeno en Colombia, dado que en 1984 se pasó a un modelo completamente descentralizado.

En efecto, estas funciones de representación judicial se mantuvieron en cabeza del Ministerio Público hasta la expedición del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, en la cual, se aclara que dicha entidad no representa judicialmente a la Nación ni a los Municipios ni Departamentos, lo que es indicativo de que a partir de allí, tanto las entidades nacionales como territoriales, empezaron a designar apoderados propios en los procesos donde eran convocadas, constituyéndose así a partir de esa fecha, un sistema desconcentrado de defensa jurídica, lo cual llevaría años después a que la Ley 909 de 2004 se previera, dentro de la estructura de todas las entidades públicas, una oficina asesora jurídica.

UNA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA ADOPCIÓN DE LA NGP EN COLOMBIA: NACIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Sin duda, el nuevo régimen constitucional es un hito en el campo de la defensa jurídica del Estado, puesto que, como refleja Peláez:

La construcción antropocéntrica plasmada en ese texto garantista que es nuestra Constitución Política de 1991 es, sin lugar a duda, el soporte fundamental de la Defensa Jurídica Pública en Colombia. El artículo 90 constitucional y sus normas concordantes, por un lado, y las disposiciones normativas relacionadas con el Patrimonio Público como objeto de gestión y de protección, por otro lado, plasman el respaldo que nuestra Constitución le otorga a este tema (2020, p. 98).

Bajo la égida de una nueva constitución, el Decreto 2152 de 1992 se erigió como el primer paso en la materia, dado que creó la Oficina de Apoyo para la Defensa Judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho con el fin de “investigar y evaluar los procesos que cursaban en contra de la nación y proponer políticas”. En la década de los noventa, el país padecía ausencia de plataformas y bases de datos confiables del ejercicio de la defensa judicial del Estado así como de una coordinación inexistente entre entidades (Peláez, 2020, p. 99).

En 1997 empezó a funcionar la Oficina de apoyo para la Defensa litigiosa adscrita al despacho del viceministro de Justicia y del Derecho a la cual se le asignaron algunas labores relacionadas con la defensa jurídica. Con todo, fue a partir del Decreto 1890 de 1999, cuando se creó la Dirección de Defensa Judicial de la Nación “como dependencia del Ministerio del Interior y de Justicia, la cual operaba con una planta de personal reducida que cumplía las funciones previstas en ese Decreto” y “fue reestructurada y fortalecida a partir de la vigencia del Decreto 200 de 2003” (DNP, CONPES 3250, p. 3).

La Dirección de Defensa Judicial del Ministerio de Justicia “estaría encargada de la generación de lineamientos para la prevención del daño antijurídico, la profesionalización de los servidores encargados de la defensa de los intereses litigiosos del Estado y la recuperación de los dineros” vía acción de repetición (Carrillo y Varela, 2013, p.130).

La Dirección de Defensa Judicial de la Nación asumió la “la dirección y ejecución del componente relacionado con la política de Defensa Legal del Estado, que contempla la prevención del daño antijurídico estatal y la recuperación de dineros a través de la acción de repetición”. Adicionalmente, se hizo cargo de la coordinación de la defensa jurídica de

la Nación en procesos cuya cuantía superara los 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además, le fue encargado el seguimiento de la gestión de los apoderados de las entidades y organismos públicos, la administración del sistema de información litigiosa y la adecuada implementación de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en los niveles central y descentralizado (DNP, CONPES 3250, p. 3).

Precisamente, bajo el liderazgo de esta nueva Dirección, se expidió el Decreto 1214 de 2000, mediante el cual se reglamentó el “Formato único de Información Litigiosa y Conciliaciones”, con miras a organizar y estandarizar la información relacionada con la defensa judicial. Igualmente, el Gobierno se obligó a relacionar los contingentes judiciales en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) en aras de determinar con precisión el riesgo patrimonial del Estado (Peláez, 2020, p. 99).

Pese a este esfuerzo, la defensa legal del Estado, como se denomina en el documento CONPES 3250 de 2003, era particularmente problemática para esa época por una “serie de factores” a saber:

1. Aumento de los daños antijurídicos
2. Conflictos entre entidades y organismos públicos²⁵
3. “Mayor responsabilidad del Estado” en el marco de la Constitución Política de 1991.
4. Ineficiente gestión jurídica que puede entenderse a partir de dos aspectos:
 - a. Insuficiencia de recursos financieros y logísticos que obstaculizan la prevención del daño antijurídico y

²⁵ Véase la Directiva Presidencial 02 de 2003.

- b. “Ineficaz y precaria defensa” judicial generada por fallas de las oficinas jurídicas, desuso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, inexistencia de criterios jurídicos uniformes, falta de coordinación interadministrativa cuando dos o más entidades son demandadas y complejidad para hacer seguimiento a la gestión jurídica de cada Entidad.

Las dificultades eran de tan magnitud que el Departamento Nacional de Planeación intentó formular un diagnóstico de la situación litigiosa de la Nación en el CONPES 3250, sin embargo, antes de iniciar su descripción esa Entidad advirtió “de la imposibilidad de describir la situación real de la actividad litigiosa del Estado en razón de la inconsistencia y la diversidad de cifras que sobre la materia existen”, divergencia causada por “la pluralidad de Entidades encargadas del cargue de la información y las distintas metodologías utilizadas, así como la ausencia de precisión” (DNP, 2003, p. 5)²⁶.

Datos imprecisos, información descentralizada y sin uniformidad, ausencia de estimación real del contingente judicial agravada por una marcada descoordinación entre las oficinas jurídicas y financieras de las Entidades, es el panorama encontrado por Planeación Nacional al inicio de este siglo. Aunado a lo anterior, se evidenció, a partir del

²⁶ Sobre el particular, el CONPES 3250 concluye: “Los datos no se consolidan bajo los mismos parámetros, ni se encuentran todas las entidades que han efectuado pagos. La información se presenta en forma dispersa y no se cuenta con consolidados que respondan a las necesidades de control y seguimiento para la toma oportuna de decisiones en beneficio de las finanzas públicas. No se poseen registros centralizados y confiables que permitan efectuar un seguimiento puntual sobre los procesos que en un momento determinado cursan contra la Nación, ni determinar su número, naturaleza, cuantía, causas que le dieron origen, partes, ni estado actual.

No existe centralización y uniformidad en las cifras de la actividad litigiosa del estado; las entidades no tienen una estimación real de las apropiaciones presupuestales necesarias y suficientes para cubrir el pago de las sentencias y conciliaciones en cada vigencia y, en la mayoría de ellas, no hay coordinación entre la oficina jurídica y las áreas financiera y contable, ya que la primera no informa a las segundas sobre la cuantía de los procesos en curso, ni sobre los fallos en primera instancia o definitivos”.

formato único de actividad litigiosa, que “las oficinas jurídicas de la mayoría de las entidades estatales, cuya ausencia impide tener datos actualizados sobre la actividad judicial y así remitir la información correcta a la DDJN”, incluso, se constató que “las propias entidades no tienen conocimiento exacto de cuantos procesos, conciliaciones y sentencias existen en su contra” (DNP, 2003, p. 6).

Con todo, algunos autores como Carrillo y Varela (2013) destacan los logros de esta etapa de la gestión jurídica pública nacional, regentada por la Dirección de defensa Judicial de la Nación y luego la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, así:

- Implementación del sistema LITIGOB, primer sistema de información litigiosa del país.
- Desarrollo de mesas interinstitucionales permanentes para coordinar la gestión jurídica en casos de alto impacto.
- Desarrollo de la investigación jurídica.

A pesar de los logros que innegablemente se deben reconocer, la información contenida en del formato único de actividad litigiosa arrojaba para el año 2003, sin mucha precisión, algunas cifras importantes que causaban preocupación. Entre el año 2000 y 2002 el Estado colombiano fue demandado en 51.484 casos, en los cuales prevalecían las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y las reparaciones directas. Igualmente, en el mismo periodo, se produjeron 8494 sentencias condenatorias, siendo las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos laborales las más comunes, seguidas de las controversias contractuales y acciones ordinarias laborales (DNP, CONPES 3250, 2003, p. 7).

En este nuevo contexto, se expidió el documento Conpes 3248 de 2003 en el cuál se describió la compleja situación del patrimonio público de cara al pago de cuantiosas sentencias y conciliaciones. Dentro de las principales causas, se encontró: ausencia de coordinación y liderazgo en la implementación de la estrategia jurídica, inexistencia de análisis sobre las causas de la litigiosidad, falta de sistemas de información, débiles instrumentos anticorrupción, desventaja de los representantes judiciales del Estado en comparación con quienes defienden contratistas, incumplimientos en el pago de sentencias judiciales por causas inherentes al presupuesto (DNP, 2003). En esta misma línea se expidió el Documento Conpes 3250 y en el año 2005 se creó el Sistema de Pleitos de la Nación, plataforma al cuál migró la información alimentada en el Formato único de Información Litigiosa y Conciliaciones” (Peláez, 2020).

El Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, aprobado mediante la Ley 812 de 2003, denominado “hacia un estado comunitario”, estableció, en el capítulo II, artículo 8, literal a, que en el marco del “Programa de Renovación de la Administración Pública se debía desarrollar una “política de defensa judicial de la Nación”. En ese sentido, la norma previó dos aspectos centrales: (i) evaluar mediante estudios el origen de los procesos iniciados en contra de la Nación y las “fallas comunes en los diferentes procesos” y (ii) centrar la atención en la acción de repetición para la recuperación de recursos (DNP, CONPES 3250, 2003, p. 2).

El programa de renovación de la administración en cita tenía como objetivo fortalecer la defensa del Estado y valorar de forma correcta el pasivo contingente con miras a forjar un “Estado gerencial, aquel que administre lo público con eficiencia, honestidad, austeridad y por resultados” (DNP, CONPES 3250, 2003, p. 2).

En el mismo año, la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, estableció en su artículo 1, la obligación del Gobierno Nacional de presentar a las Comisiones Económicas del Senado y Cámara de Representantes el “Marco Fiscal de Mediano Plazo” para estudio y discusión de la Ley Anual de Presupuesto, entendiendo por pasivos contingentes los que resulten de operaciones de crédito y sentencias y conciliaciones “perfeccionadas”. La misma obligación estableció el artículo 5 en el ámbito territorial, ordenando a los departamentos, municipios y distritos presentar un Marco Fiscal a mediano Plazo ante las asambleas departamentales y concejos municipales (CONPES 2003, Documento 3250, p. 2)²⁷.

Lo anterior era más que necesario puesto que “la Dirección General de Crédito Público” contaba “con las herramientas para la debida valoración de las contingencias” que resultaban de operaciones de crédito, pero no sucedía “lo mismo con las contingencias procedentes de sentencias y conciliaciones” (CONPES, 2003, Documento 3250, p. 4).

A pesar de los esfuerzos de la Nación, para el año 2011 la situación litigiosa del país seguía siendo crítica debido a distintos factores (Carrillo y Varela, 2013, p. 132):

- Falta de cultura de buen gobierno para resolver reclamaciones: el “foro natural” para el reconocimiento de derechos es la instancia administrativa, no obstante las

²⁷ El artículo 3 de la Ley 819 de 2003 establece: “Las valoraciones de los pasivos contingentes nuevos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y sentencias y conciliaciones cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, serán aprobadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se manejarán de acuerdo con lo establecido en dicha ley. La valoración de los pasivos contingentes perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 448 de 1998, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en procedimientos establecidos por esta entidad”.

entidades negaban²⁸ sistemáticamente las reclamaciones de los ciudadanos y difieren esta función al escenario judicial.

- Falta de coordinación para la defensa: las distintas entidades formulaban estrategias de defensa muy diferentes incluso para casos similares.
- Falta de una cultura de uso de los MASC por temores a los órganos de control y un inadecuado análisis de los casos en los Comités de Conciliación.
- Deficiencias en la gestión de la información que reposaba en LITIGOB.
- Deficiencias del cuerpo de abogados.
- Sectores “especialmente vulnerables a demandas masivas o a responsabilidades elevadas”, especialmente en materia de seguridad social, justicia, seguridad (ISS, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía nacional, CASUR, CREMIL).
- Cambios en “las tendencias de la litigiosidad como resultado de fenómenos estacionales o sistémicos”, como puede ser el envejecimiento de la población y la imposibilidad de las entidades de seguridad social para el pago de las pensiones.
- Inexistencia de un Fondo de Contingencias para el pago de sentencias y conciliaciones.
- Cultura de litigiosidad promovida por los resultados desfavorables del sector público en los estrados judiciales.
- Inflación legislativa y jurisprudencial que genera inseguridad jurídica.

Ante la difícil situación se expidió el Plan Nacional de desarrollo 2010-2014, hoja de ruta sin duda marcó un hito en la historia de la gestión jurídica pública colombiana. El

²⁸ Esta cultura sigue vigente en nuestro sector público nacional y territorial.

plan, aunque ponderó positivamente los avances que el país alcanzó en los años previos, reconoció la magnitud de los retos en la materia, empezando por el incremento de la litigiosidad que para el año 2006 en un 59%. Los datos y cifras sobre los cuales se emitía este diagnóstico se extraían de un sistema adoptado en el año 2007, que vino a asumir las funciones del Sistema de Pleitos de la Nación y que se denominó Litigob. Sobre los datos contenidos en esta plataforma, Peláez advierte:

Las cifras reportadas en Litigob fueron alarmantes. En el año 2010, las demandas en contra del Estado colombiano llegaron a 210.000, es decir, un 156% más que en el año 2006. El valor de las pretensiones superaba los 1.100 billones de pesos. El pago de sentencias y conciliaciones había tenido un crecimiento exponencial llegando a un total de 4 billones de pesos en los últimos 10 años. El pasivo contingente 2010-2020 por sentencias y conciliaciones se estimaba en 431 billones de pesos. La tasa de éxito procesal en las entidades públicas era de un 27%.

No más entre el año 2000 y 2011, el costo por concepto de sentencias y conciliaciones creció de 200 mil millones de pesos a 810 millones, no más en el año 2012 el valor a pagar era de 964 mil millones, lo cual representaba un aumento del 19% en comparación con el año 2011, cifra que equivalía al 6% del total de la inversión pública presupuestada por el Gobierno Nacional para el año 2012. Para el año 2011 el contingente de la Nación estaba compuesto en un 95% por sentencias y conciliaciones y se estimaba en un total de 430 billones de pesos, estimado bajo el 44% de las pretensiones de las demandas calculadas en 982 billones de pesos (Carrillo y Varela, 2013).

Por esta razón, el Gobierno Nacional decidió crear una agencia líder en el ámbito de la defensa jurídica de la Nación, con especial énfasis en la prevención del daño antijurídico y adecuado manejo de la información, lo cual, se cristalizó con ocasión de la Ley 1444 de 2011, mediante la cual se creó la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, Unidad Administrativa Especial a la cual se le asignaron algunas funciones mediante la Ley 1551 de 2012, y se determinó su estructura y objetivos a través del Decreto 4085 de 2011, modificado por el Decreto 915 de 2017 y por el Decreto 2269 de 2019 (Peláez, 2020).

Entre marzo y octubre de 2012, la reciente creada ANDJE *apud* Carrillo y Varela (2013) formuló las propuestas a implementar en el área de la gestión jurídica pública. El objetivo era la consolidación de un sistema integrado de defensa²⁹ cuyo órgano rector es la ANDJE, al cual están vinculadas todas las entidades nacionales y las territoriales que así lo determinen previa celebración de un contrato interadministrativo.

La ley 1444 de 2011 en su artículo 5, parágrafo, creó la ANDJE como Unidad Administrativa Especial, descentralizada con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho. El objetivo de la Agencia está determinado por la norma de la siguiente manera:

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

²⁹ El modelo adoptado no es concentrado dada la imposibilidad de su implementación (Carrillo y Varela, 2013).

públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa (Congreso de la República, Ley 1444, 2011).

Para el cumplimiento de sus objetivos debe “planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación”, buscando así la prevención del daño antijurídico y la garantía de los derechos fundamentales (Congreso de la República, Ley 1444, 2011).

Los deberes misionales de la Agencia se desarrollan en torno a los denominados “intereses litigiosos de la nación”, descartando así su gestión a nivel territorial, por lo menos a priori.

Estos intereses se definen en el Decreto 4085 de 2011 de la siguiente manera:

- a. En los casos que comprometan a una Entidad del orden nacional como parte de un proceso judicial.
- b. Cuando se demanda un acto jurídico expedido por una entidad del orden nacional, sean leyes o actos administrativos.
- c. Casos en los que se controvierta la conducta de los servidores públicos del orden nacional.
- d. Procesos judiciales que involucren entidades del orden local o internacional en los que también haga parte la Nación.

Inicialmente, las funciones de la Agencia se enfocaron a partir de cuatro grandes dimensiones: la expedición de políticas, la coordinación de la defensa, la representación del Estado en juicio y la gestión del conocimiento.

De esta manera, la agencia se encarga en primer lugar de la expedición de políticas en materia de prevención del daño antijurídico, defensa jurídica, aplicación de los MASC,

diseño de estrategias para el pago de sentencias, reducción del contingente, entre otros aspectos, así como brindar asesoría legal a Entidades Nacionales y Territoriales³⁰.

Por otra parte, la Agencia tiene a su cargo la coordinación de la defensa jurídica a nivel nacional, para lo cual elabora protocolos, instructivos, lineamientos y difunde información sobre cambios normativos o jurisprudenciales relevantes para la adecuada gestión jurídica pública. Es de anotar que los protocolos y lineamientos de la Entidad son vinculantes para los abogados que ejercen la representación³¹.

³⁰ El Decreto 4085 de 2011 establece las funciones así: (i) Formular, aplicar, evaluar y difundir las políticas públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, la defensa jurídica pública y la protección efectiva de los intereses litigiosos del Estado, así como diseñar y proponer estrategias, planes y acciones en esta materia para la prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, el daño antijurídico y la extensión de sus efectos.

(ii) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

(iii) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para la participación en procesos judiciales en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir.

(iv) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones y la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición.

(v) Diseñar e implementar, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, estrategias, planes y acciones dirigidos a mitigar los efectos negativos asociados a las controversias que por su relevancia fiscal se definan como prioritarias.

(vi) Diseñar y proponer políticas de aseguramiento de las entidades estatales y de los servidores públicos.

(vii) Coordinar la implementación de las políticas y estrategias para la prevención del daño antijurídico, la defensa jurídica efectiva del Estado, la reducción de la responsabilidad patrimonial y la recuperación de recursos públicos con las entidades y organismos del orden nacional.

(viii) Brindar asesoría legal a las entidades públicas del orden nacional y territorial en los términos, condiciones y alcance que, para el efecto, establezca el Consejo Directivo.

³¹ La norma en su tenor literal reza: "(i) elaborar protocolos y lineamientos para la adecuada gestión de la defensa jurídica del Estado, cuando haya lugar a ello; (ii) elaborar los instructivos para la aplicación integral de las políticas de prevención y de conciliación, así como los relativos al Sistema Único de Gestión e Información; (iii) difundir los cambios normativos, jurisprudenciales y de políticas de prevención y defensa jurídica que resulten relevantes entre los servidores públicos y contratistas que intervienen en la defensa jurídica del Estado. Los protocolos y lineamientos para la gestión de la defensa de jurídica del Estado, cuando existan, serán vinculantes para los abogados que ejercen la representación judicial de las entidades del orden nacional, salvo razones justificadas para apartarse de los mismos, de las cuales se deberá dejar constancia. Los instructivos para la aplicación integral de las políticas de prevención del daño y de conciliación, así como los relativos al Sistema Único de Gestión e Información, serán vinculantes para las entidades del orden nacional" (Decreto 4085 de 2011).

Con todo, la Agencia también ejerce la representación directa de los intereses estatales ante los estrados judiciales en los casos que revistan relevancia ya sea por la cuantía, el impacto patrimonial; la cantidad de procesos similares; reiteración de causas que originan los conflictos; el asunto por la posibilidad de crear o modificarse un precedente judicial³².

Igualmente, en esta dimensión se destacan las funciones de representación y coordinación de la defensa jurídica del Estado en controversias internacionales de inversión, para lo cual debe coordinarse con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a quien apoya también en la negociación y actualización de normas en esa materia³³.

En materia internacional coordina la defensa jurídica del Estado ante el sistema interamericano de derechos humanos y la Corte Penal Internacional; en relación con el primero hace seguimiento a los acuerdos de solución amistosa que suscrita Colombia. Adicionalmente la Agencia coordina otros frentes a través de la asesoría para la presentación de acciones de tutela contra providencias judiciales, la participación con voz

³² Sobre el particular el Decreto 4085 varias veces citado establece: “(i) Asumir, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios: la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos tácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente de jurisprudencia”.

³³ Decreto 4085 de 2011: “(iv) Asumir y coordinar las funciones relativas a la defensa del Estado colombiano en controversias internacionales de inversión, con el apoyo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, así como desarrollar las reglas para la atención de dichas controversias. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado participará, de conformidad con los lineamientos impartidos por su Consejo Directivo y junto con la entidad u organismo público involucrado, como facilitadora de los acuerdos amistosos tendientes a solucionar directamente controversias internacionales de inversión, actuando como único portavoz respecto al inversionista parte en la controversia.

(v) Apoyar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la negociación y actualización de las normas internacionales de inversión”.

y voto en los Comités de Conciliación de las Entidades del orden nacional y hacer seguimiento a las acciones de repetición, medios de control que puede incluso interponer si la Entidad a la cuál pertenece o pertenecía el servidor público no lo hace.

Por último, en el marco del citado Decreto 4085 de 2011, la Agencia gestiona el conocimiento y la evaluación de la defensa a través de las herramientas tecnológicas previstas para tal efecto, las cuales administra y gestiona para el efectivo seguimiento de procesos, conciliaciones, pagos y contingentes³⁴.

Las funciones de la Agencia fueron precisadas en el Decreto 915 del año 2017, aunque en términos sustanciales se conservaron las mismas. Así se reorganizaron las funciones frente a jueces internacionales, haciendo más simple su redacción y se eliminó la función de hacer seguimiento a los acuerdos de solución amistosa celebrados en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, aunque debe anotarse que la agencia realiza dicha función en la actualidad. De igual manera, el Decreto 2269 de 2019 precisó las funciones de la Agencia en lo atinente a la expedición de políticas y lineamientos³⁵.

³⁴ Decreto 4085 de 2011: “En relación con la gestión del conocimiento y evaluación de la defensa: (i) Desarrollar, implementar y administrar, con el acompañamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa de la Nación, contemplado en el artículo 15 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1795 de 2007, el cual deberá ser utilizado y alimentado por todas las entidades y organismos estatales del orden nacional, cualquiera sea su naturaleza jurídica y por aquellas entidades privadas que administren recursos públicos; (ii) incorporar dentro del Sistema Único de Gestión e Información las variables estadísticas que se requieran para la estimación permanente y actualizada del pasivo contingente por sentencias y conciliaciones de las entidades públicas, de acuerdo con los requisitos definidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 819 de 2003; (iii) desarrollar, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reportes de alertas para las entidades públicas, cuando se detecte riesgo fiscal en los procesos; (iv) desarrollar y administrar mecanismos de verificación de información judicial que permitan comprobar la información suministrada por las entidades para el Sistema Único de Gestión e Información de la actividad litigiosa de la Nación; (vi) asegurar el acceso a la información y reportes contenidos en el Sistema Único de Gestión e Información, a las entidades públicas que tienen obligación o competencia para recaudar y producir información sobre la materia; (v) evaluar el resultado e impacto de las políticas relacionadas la defensa jurídica del Estado, mediante la formulación de indicadores y demás instrumentos que para el efecto se requieran”.

³⁵ Las funciones previstas en el Decreto son:

Dentro de las funciones asignadas por el Decreto 4085 de 2011 a la Agencia, se destaca especialmente la de servir como mediadora en conflictos entre Entidades Nacionales. En ese sentido, la norma en cita funda los cimientos de la figura de la mediación, método alternativo de solución de conflictos para gestionar controversias en el sector público³⁶.

En desarrollo de esa particular e importante función, se expidió el Decreto Reglamentario 2137 de 2015, norma que reglamenta la figura de la mediación y determina su procedimiento. El resultado del procedimiento, idealmente, es la celebración de un

“(i) Formular, aplicar, evaluar y difundir las políticas públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, la defensa jurídica pública y la protección efectiva de los intereses litigiosos del Estado, así como diseñar y proponer estrategias, planes y acciones en esta materia para la prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, el daño antijurídico y la extensión de sus efectos.

(ii) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

(iii) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para la participación en procesos judiciales en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir.

(iv) Diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones y la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición.

(v) Diseñar e implementar, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, estrategias, planes y acciones dirigidos a mitigar los efectos negativos asociados a las controversias que por su relevancia fiscal se definan como prioritarias.

(vi) Diseñar y proponer políticas de aseguramiento de las entidades estatales y de los servidores públicos.

(vii) Coordinar la implementación de las políticas y estrategias para la prevención del daño antijurídico, la defensa jurídica efectiva del Estado, la reducción de la responsabilidad patrimonial y la recuperación de recursos públicos con las entidades y organismos del orden nacional.

(viii) Brindar asesoría legal a las entidades públicas del orden nacional y territorial en los términos, condiciones y alcance que, para el efecto, establezca el Consejo Directivo”.

³⁶ Junto con la negociación directa y la solicitud de concepto ante la Sala de Consulta y Servicio Civil se erigen como mecanismos propios del derecho público.

acuerdo transaccional entre las Entidades del orden nacional en conflicto, previa autorización del comité de conciliación del acuerdo.

Como se verá más adelante, con el paso de los años, la mediación ha venido adquiriendo mayor valor, habida cuenta que la Agencia ha logrado solucionar controversias entre entidades públicas del orden nacional con éxito sin necesidad de acudir a la jurisdicción o incluso gestionar conflictos que escalaron la fase judicial y que representan una carga importante para el presupuesto público y las oficinas encargadas de la defensa³⁷.

Doce años después, los avances en materia de defensa jurídica son palpables.

El primer elemento para analizar es el éxito procesal³⁸, es decir, el número de procesos en los que se obtiene sentencia favorable ha crecido. En ese sentido, con corte al 31 de marzo de 2023, la ANDJE publicó el informe de litigiosidad que muestra que la tasa de éxito procesal se mantiene constante, con pequeñas variaciones entre el año 2019 y el año 2023, oscilando hacia el alza y hacia la baja, pero en puntos porcentuales reducidos. Así, el éxito procesal para el 2019 era de un 46.2% y en el 2023 (hasta marzo) del 45.8%, lo cual quiere decir que históricamente más de la mitad de los fallos son desfavorables para la Nación.

No obstante, es llamativo que, si se prescinde de COLPENSIONES en el análisis, las cifras cambian sustancialmente de manera positiva. Sin contar las sentencias dictadas

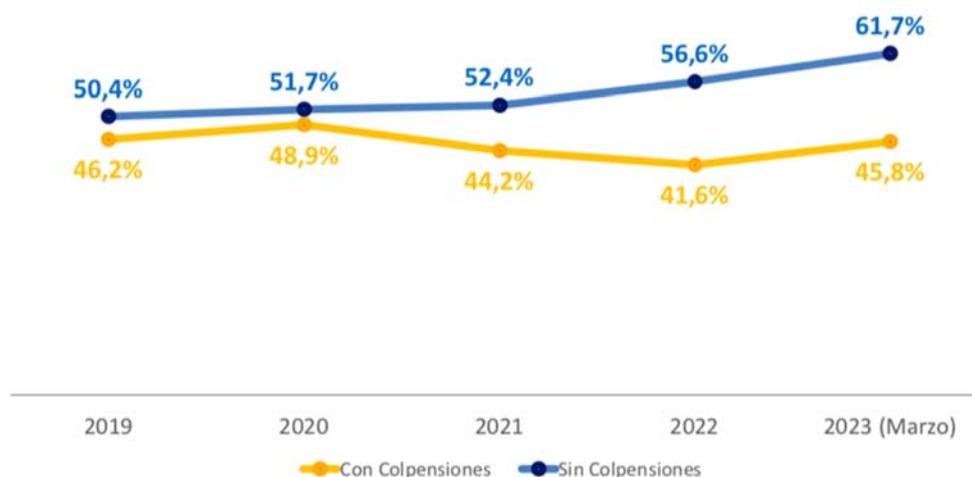
³⁷ Es importante anotar para los efectos de este estudio, que si bien la mediación, tal y como se reglamenta en los Decretos 4085 de 2011 y 2137 de 2015, es un mecanismo creado para la solución de controversias a nivel nacional, la Ley 2220 de 2022 extendió su ámbito de aplicación a las Entidades del nivel territorial.

³⁸ Entre el año 2010 y 2018 la tasa de éxito procesal “aumentó en 24 puntos porcentuales” entre el año 2010 y el 2018, “se pasó de una tasa de éxito nacional del 27% (...) a una tasa de éxito del 51% (...)”. Igualmente, durante ese periodo se generaron “ahorros al Estado de 77 billones de pesos” y se impulsó la mediación entre Entidades públicas con éxito, “logrando acuerdos con ahorros por un monto de 703 mil millones de pesos”.

contra esa Entidad, el éxito procesal en el año 2023 se sitúa en el 61.7% lo cual demuestra la complejidad de la realidad pensional en nuestro país y la necesidad de intervenir ese sector desde varias perspectivas.

La siguiente gráfica ilustra con claridad la cuestión:

TABLA 7 ÉXITO PROCESAL NACIONAL 2023



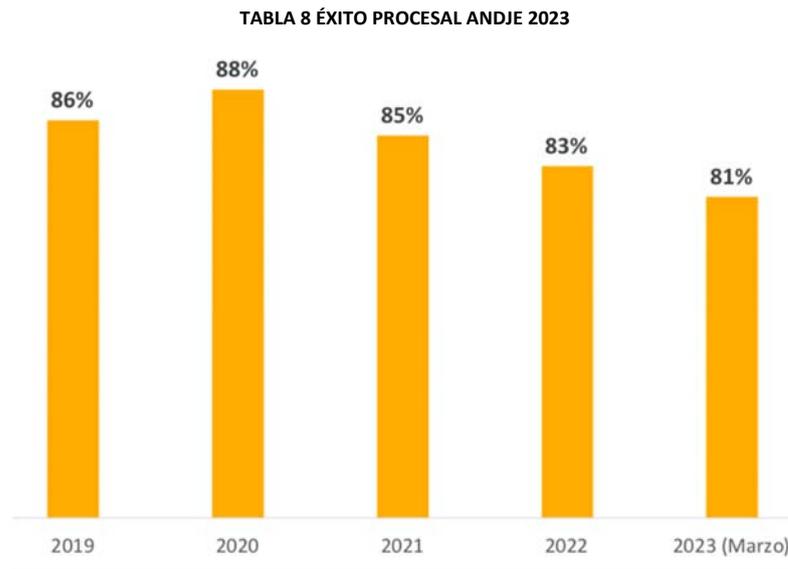
Fuente: ANDJE, 2023

Las cifras sin las sentencias de COLPENSIONES son prometedoras porque son muestra de una mejora general del sistema, sin embargo, si el modelo es un todo no es dable excluir una Entidad tan importante, por lo cual, la tasa de éxito procesal sigue siendo una oportunidad de mejora relevante en nuestro país.

Ahora bien, la tasa de éxito procesal es ostensiblemente mayor cuando la ANDJE interviene directamente. Así, la tasa durante los últimos cinco años se sitúa siempre por encima del 80%, aspecto que pone en evidencia la diferencia cualitativa de los servicios jurídicos de las entidades y organismos nacionales, encargados no solo de la defensa sino también de la producción normativa, la contratación, la respuesta a derechos de petición,

entre otros asuntos, y la Agencia, Entidad especializada en la prevención del daño y la gestión de los intereses en juicio cuando interviene directamente en el proceso.

Este dato lo proporciona la ANDJE y lo grafica a partir de la información de los últimos cinco años así:



Fuente: ANDJE, 2023

La diferencia del éxito procesal cuando interviene la ANDJE y cuando no lo hace, justificaría poner sobre la mesa de discusión si el modelo que debería, paulatinamente, acoger Colombia, por lo menos a nivel nacional, es el centralizado, o si debe continuar con un esquema híbrido con mayor coordinación con el ente rector del sistema³⁹.

El análisis del éxito procesal por sectores de la administración refleja con claridad la disparidad que existe a nivel nacional y la necesidad de priorizar la gestión jurídica en los que más impactos negativos producen en el presupuesto. En ese sentido, los sectores de presidencia, función pública, ciencia y tecnología, deporte, TICS, vivienda y minas, tienen tasas históricas mayores al 80%, mientras que los sectores de trabajo (el caso más

³⁹ Véase el capítulo anterior en relación con las ventajas y desventajas de los modelos de defensa jurídica.

dramático con apenas un 22% de éxito procesal), defensa y educación (con tasas aproximadas del 40%), se sitúan en el nivel más bajo con más de la mitad de casos desfavorables en sede judicial.

El éxito procesal por sectores se representa así:



Fuente: ANDJE, 2023

Otra pregunta importante que debe formularse es si la prevención del daño antijurídico se traduce en una disminución de casos escalan el nivel judicial. Los datos presentados por la ANDJE demuestran que el número de procesos judiciales contra las entidades y organismos nacionales tienen una clara tendencia al alza, con incrementos dramáticos en algunos años, 2015 a 2023, por ejemplo.

El número de demandas admitidas por año, desde 1998, son patentes de la dramática situación litigiosa en la que continúa el país:

TABLA 10 NÚMERO DE DEMANDAS ADMITIDAS POR AÑO DESDE 1998

PROCESOS ACTIVOS SEGÚN AÑO DE ADMISIÓN

<i>Año de admisión</i>	<i>Procesos</i>	<i>%</i>	<i>Pretensiones Billones</i>	<i>%</i>
1980-1999	187	0,1%	\$0,4	0,1%
2000-2009	4.499	1,3%	\$50,5	8,9%
2010	1.753	0,5%	\$6,9	1,2%
2011	2.231	0,7%	\$8,1	1,4%
2012	2.127	0,6%	\$5,0	0,9%
2013	4.513	1,3%	\$14,3	2,5%
2014	7.488	2,2%	\$49,2	8,7%
2015	11.532	3,4%	\$77,2	13,7%
2016	16.545	4,9%	\$40,6	7,2%
2017	22.889	6,8%	\$76,5	13,5%
2018	31.426	9,3%	\$42,6	7,5%
2019	43.770	12,9%	\$59,0	10,4%
2020	27.417	8,1%	\$16,8	3,0%
2021	52.022	15,4%	\$67,6	11,9%
2022	95.227	28,1%	\$37,3	6,6%
2023	14.959	4,4%	\$13,8	2,4%

Fuente: ANDJE, 2023

Esta es la oportunidad de mejora más importante en el plano nacional, el éxito procesal ha mostrado significativas mejoras, pero la litigiosidad aumenta año tras años y con corte a marzo de 2023 la Nación enfrenta un total de 338.585 procesos judiciales en contra, por un total de 633 billones de pesos, cifra más que importante si se tiene en cuenta que el PIB de Colombia para el año 2022 fue de 1.462.522 miles de millones de pesos a precios corrientes (DANE, 2023).

Lo anterior sin contar con los procesos judiciales en los cuáles la Nación y sus descentralizadas fungen como parte actora, los cuales se dividen en dos grupos, procesos interadministrativos y procesos contra particulares.

Los procesos interadministrativos, es decir, aquellos que se traban entre dos entidades y organismos, ascienden a 1.816 procesos de los cuáles cerca del 80% tienen

pretensiones económicas por un valor de 5.51 billones de pesos. La ANDJE presenta la relación de procesos por cuantía así:

TABLA 11 NÚMERO DE PROCESOS INTERADMINISTRATIVOS CON PRETENSIONES

<i>Rango millones</i>	<i>Procesos</i>	<i>%</i>	<i>Pretensiones Billones</i>	<i>%</i>
Sin pretensiones económicas	370	20,4%	\$ 0,0	0,0%
\$0 < \$1000	1.155	63,6%	\$ 0,2	3,0%
Mayor a \$1000	291	16,0%	\$ 5,3	97,0%
Total	1.816	100,0%	\$ 5,5	100,0%

Fuente:

ANDJE, 2023

El segundo grupo de procesos en los que el Estado (Nación) funge como demandante ascienden a 43.958, de los cuáles sobresalen los ejecutivos que ascienden al 57.1%. En total las pretensiones de los procesos de esta clase ascienden a 21.8 billones, es decir, el 0,3% de las pretensiones que los particulares han formulado contra la Nación (ANDJE, 2023). Estos procesos se clasifican sí:

TABLA 12 NÚMERO DE PROCESOS INICIADOS POR LA NACIÓN

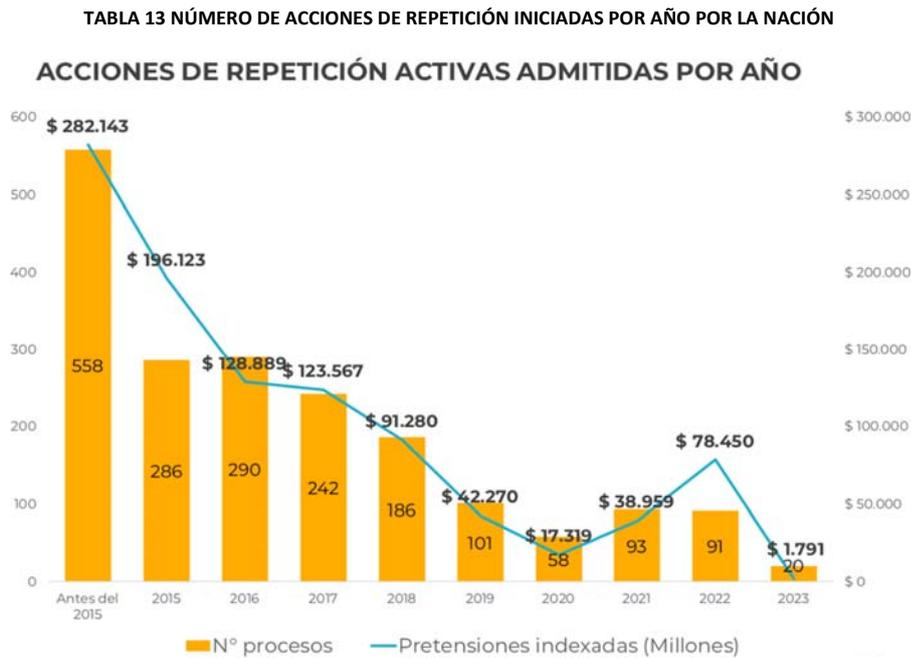
<i>Acción</i>	<i>Procesos</i>	<i>%</i>	<i>Pretensiones Billones</i>	<i>%</i>
Ejecutivo	25.093	57,1%	\$ 3,1	14,3%
Nulidad y restablecimiento del derecho	8.049	18,3%	\$ 7,0	32,3%
Otras acciones	5.237	11,9%	\$ 3,7	17,0%
Acción de repetición	1.925	4,4%	\$ 1,0	4,6%
Controversias contractuales	1.362	3,1%	\$ 6,6	30,1%
Ejecutivo conexo	1.186	2,7%	\$ 0,1	0,4%
Ordinario laboral	1.106	2,5%	\$ 0,3	1,4%
Total	43.958	100,0%	\$ 21,8	100,0%

Fuente: ANDJE, 2023

Llama poderosamente la atención, dentro de los procesos iniciados por la Nación y sus descentralizadas, que las acciones de repetición tienen una tendencia a la baja por año (ANDJE, 2023), es decir, las entidades y organismos nacionales inician cada vez menos acciones de repetición, lo cual es un verdadero contrasentido si se tiene en cuenta que el

ordenamiento es cada vez más exigente con la presentación de esta clase de demandas y los órganos de control tienen precisas competencias para investigar y sancionar las omisiones en este sentido.

La siguiente gráfica da cuenta de lo anterior:



Fuente: ANDJE, 2023

Por otra parte, es relevante mencionar la deuda real del Estado colombiano por concepto de sentencias y conciliaciones ejecutoriadas o aprobadas, este valor asciende a 9.72 billones de pesos, de los cuáles se han pagado tan solo 0.64 billones, es decir, menos del 10% (ANDJE, 2020).

Igualmente en el ámbito de la gestión de la información, es destacable la creación “Modelo Óptimo de Gestión de la Defensa Jurídica del Estado”, el cual ha permitido explica Peláez (2020), “resolver situaciones problemáticas de las oficinas jurídicas de las entidades del Estado tales como la organización ineficiente de los equipos, la ausencia de

procesos y procedimientos, así como la falta de trazabilidad de la información”, frente a este aspecto en particular, la agencia desarrolló el Sistema Único de Gestión de la Actividad litigiosa eKogui, dejando atrás el sistema Litigob y con el cual se ha logrado avanzar en el seguimiento y centralización de la información litigiosa del Estado, por lo menos del orden nacional.

A pesar de que son patentes los avances, algún sector de la doctrina alerta sobre algunos riesgos, fundamentalmente en el plano del reconocimiento de derechos, que han surgido con ocasión del ímpetu estatal por reducir la litigiosidad. Sobre el particular Peláez advierte sobre dos factores de riesgo principales (Peláez, 2020):

a. Estigmatización del ejercicio de derechos fundamentales y del ejercicio de la abogacía

En primer término, el autor plantea que en los escenarios de discusión pública se ha gestado la idea de que el litigio es una forma de “extraer recursos del Estado a través de estrategias jurídicas que aprovechan su baja capacidad técnica (...)” (Peláez, 2020, p. 106).

Es innegable que el ejercicio de la abogacía se aleja en algunas ocasiones de los parámetros exigidos por la normatividad colombiana, sin embargo, la generalización de esa percepción demoniza el ejercicio del derecho al acceso a la administración de justicia y la posibilidad de todo ciudadano de controlar vía judicial las actuaciones de la administración. En ese sentido, Peláez muestra que el expresidente Juan Manuel Santos y del entonces director de la ANDJE de la época (año 2012), alertaban sobre una presunta “mafia encargada de demandar al Estado” (2020, p. 105).

Así, para el autor:

Es supremamente irresponsable y peligroso para una democracia generalizar este tipo de aseveraciones. Peor aun, incurrir en el garrafal error de considerar que la solución a los graves problemas que generan los numerosos litigios y condenas en contra del Estado es la satanización del ejercicio de la profesión de abogado y del ejercicio de derechos constitucionales y convencionales fundamentales, como el acceso a la administración de justicia, y la reparación integral (Peláez, 2020, p. 107).

b. Posibles reformas regresivas

En segundo lugar, Peláez pone su atención en algunas reformas legales y constitucionales que pueden calificarse como regresivas, en la medida en que era probable que su intención fuese la limitación de derechos como medida para la reducción de la litigiosidad (2020).

En ese sentido, el autor plantea cinco ejemplos, en los cuales, en su opinión, las reformas han tenido la intención de limitar derechos para lograr mejores resultados en el ámbito de la defensa jurídica:

- El Acto Legislativo 3 de 2011 “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”, en su primer artículo 1 establece que por petición del Procurador o los Ministros del Gobierno puede iniciarse un incidente de sostenibilidad fiscal para revisar los efectos de la sentencia en las finanzas públicas⁴⁰.

⁴⁰ El inciso en particular establece: “El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto

Sobre el particular, el autor destaca que existen debates en torno a si la figura del incidente de sostenibilidad fiscal implica o no una limitación de derechos.

- El artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se cuestiona por tres razones fundamentales (Ley 1437, 2011):
 1. El artículo establece que las personas pueden demandar la reparación del daño antijurídico causado por la acción u omisión de agentes del Estado, lo cual, en su sentir, es una “regresión en materia de responsabilidad” en la medida en que la responsabilidad es de las autoridades públicas.
 2. Cuestiona el segundo inciso, según el cual el Estado responde por actuaciones de particulares que hayan obrado siguiendo instrucciones expresas. Ante las dudas generadas por el apartado normativo y la idea de que solo existía responsabilidad si mediaba instrucción expresa, la Corte Constitucional aclaró, en la sentencia C-644 de 2011 que la norma “no está dando a entender que estos particulares no sean responsables de sus propias actuaciones, tal como lo consagra el Código Civil colombiano en el artículo 2341” y además que “un orden justo implica considerar que el Estado repare los daños que hayan causado los agentes estatales cuando su conducta le sea imputable al Estado (...) y que también repare los daños que causan los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado”.

para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

3. Por último, el autor cuestiona el último inciso del artículo, el cual, en criterio de algunos limitó por completo la responsabilidad solidaria cuando interviene una entidad pública y un particular en la causación del daño⁴¹.

La norma en cita ha generado importantes debates, en especial porque el artículo 2344 del Código Civil consagra la regla contraria, es decir, la responsabilidad solidaria ante la pluralidad de causantes del daño, norma que fue aplicada de manera uniforme en la jurisprudencia del Consejo de Estado antes de la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011.

Es importante anotar que, sobre este álgido punto, la Corte Constitucional estableció la siguiente subregla:

- (i) en todos los casos en los que exista concausalidad entre el Estado y un particular que causan un daño que deba ser reparado al haberse demostrado la responsabilidad extracontractual, el juez debe adelantar un juicio de proporción de acuerdo al análisis fáctico, probatorio y jurídico que imponga cada situación según los diferentes criterios de imputación de responsabilidad; (ii) por la proporción determinada, deberá responder cada una de las partes –Estado y particular- convirtiéndose en divisible la condena entre los codeudores; y, (iii) al eliminar el legislador en último debate la cláusula que prohibía dar aplicación al artículo 2344 del Código

⁴¹ El inciso reza: En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Civil, se concluye que la norma demandada no implica la exclusión o eliminación de la responsabilidad solidaria del Estado en caso de concurrencia con un particular en la causación del daño. De allí que el juez en su sentencia pueda dar aplicación a la solidaridad en los casos que valore necesarios, siguiendo las reglas fijadas en la doctrina judicial del derecho viviente (Corte Constitucional, Sala Plena, C-0644, 2011).

- El autor destaca además algunos “intentos” de reformas, en su opinión limitantes de derechos, tales como el proyecto de reforma a la justicia del año 2012, que en su texto consagraba “La Ley podrá regular los montos de las indemnizaciones a cuyo pago podrá ser condenado el Estado por los daños antijurídicos que este cometa” y el proyecto de Acto Legislativo 181 de 2012 de la Cámara de Representantes que establecía: “La ley podrá establecer los eventos en que la responsabilidad del Estado esté limitada, excluida o condicionada”.
- Por último, Peláez (2020) hace referencia a la Ley 1563 de 2012, norma que impuso el arancel judicial como requisito para acceder a la administración de justicia y que a la postre fue declarada inexecutable por violar el principio de gratuidad de dicho servicio público y las limitaciones que consigo trajo para los usuarios del poder judicial.

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: LA LUCHA POR EL DERECHO

Durante la década de los noventa, a finales del siglo pasado, Colombia vivió un periodo de importante agitación jurisprudencial, los nuevos paradigmas constitucionales dieron origen a verdaderas batallas interpretativas al interior de las Cortes y en general en

el debate público jurídico. En esa línea López Medina describe las complicadas luchas surgidas en relación con el rol de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes, dentro de lo que el autor denomina “la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho”. En este contexto, la Corte Constitucional, luego de algunos años, abandonó el papel meramente indicativo de la jurisprudencia y adoptó un sistema fuerte de jurisprudencia basado en la cultura de los precedentes, dejando atrás una tradición centenaria que veía en las sentencias un criterio puramente auxiliar.

Así, la Corte Constitucional en 1992 iniciaba el camino hacia la ampliación de la vinculatoriedad de la jurisprudencia, que luego consolidaría, con la frase “hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela” (Corte Constitucional *apud* López Medina, 2006, p. 3)⁴².

Esta es tan solo una de las primeras batallas que habrían de librarse, una muy particular se empezaba a gestar en los primeros años del nuevo régimen constitucional por la determinación del significado de una nueva categoría que serviría de soporte a toda la estructura de la responsabilidad del Estado, el daño antijurídico.

De esta manera, de manera expresa y por primera vez en la historia de Colombia, se reconocía la responsabilidad patrimonial del Estado como eje de nuestro régimen constitucional, cuando en su artículo 90 establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

⁴² Para el autor, la máxima es una adaptación de la frase del juez Charles Evans Hughes de la Suprema Corte de los Estados Unidos que reza: “We live under a Constitution; but the Constitution is what de judges say it is”, es decir “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Esta “constitucionalización” de la responsabilidad constituyó una especie de garantía para la ciudadanía, en la medida en que antes de la actual carta política no existía en nuestro ordenamiento una norma constitucional que expresamente reconociera una obligación del Estado en ese sentido, por lo cual, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se vieron en la obligación de echar mano de normas superiores generales, como los artículos “2º, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título” para hacer nacer de allí la fuente de la responsabilidad (Corte Constitucional, Sala Plena, C-038, 2006).

En este nuevo marco, claramente más garantista y “generoso”, los ciudadanos y litigantes vieron una oportunidad para el reconocimiento de derechos y por supuesto, debe admitirse, para el lucro, lo cual produjo un incremento sustancial de la litigiosidad; esta transformación cultural contrasta con la lenta adaptación del sector público a los nuevos paradigmas constitucionales y la tardía implementación de metodologías para la prevención del daño antijurídico, aspecto vital que aun hoy se encuentra en construcción⁴³ (Carrillo y Varela, 2013)⁴⁴.

⁴³ “Cuando reaccionaron “se encontraron desbordados” (Carrillo y Varela, 2013, p. 123).

⁴⁴ Carrillo y Varela (2013) destacan la ausencia en nuestro país, “durante los años 90”, de “un concepto moderno de ‘gestión jurídica pública’” y de un “‘sistema judicial’ que se alineara estrechamente con los

En este contexto, al interior de las Cortes se libró una batalla hermenéutica para establecer el alcance del daño antijurídico la cual determina el marco jurídico en el cual se ejerce la gestión jurídica pública y condiciona en gran medida las posibilidades de defensa jurídica en juicio de las personas de derecho público.

Este capítulo describe y reconstruye la lucha por el significado del daño antijurídico en la jurisprudencia colombiana y las consecuencias que las tendencias de los primeros años de la nueva Constitución trajo para el ejercicio de la defensa judicial de las entidades y organismos públicos.

JURISPRUDENCIA ENTRE 1992 Y 1996: CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

La jurisprudencia de los primeros años de la década del noventa dan cuenta del primer reto del Estado frente al daño antijurídico: su conceptualización e interpretación a partir de los regímenes de responsabilidad construidos desde antaño por la Corte Suprema inicialmente y luego el Consejo de Estado sobre la base de la culpa y la falla del servicio. En una de las primeras sentencias expedida por el Consejo de Estado bajo la égida de la nueva Constitución, se empieza a delinear la idea según la cual el artículo 90 de la carta política contiene en sí mismo un régimen de responsabilidad objetivo que desplazó la falla del servicio. En ese sentido, el Consejo de Estado sostuvo durante los primeros años de la Constitución de 1991, que el artículo 90 era sinónimo de responsabilidad objetiva, por ende, el fundamento de la falla del servicio no sería constitucional sino jurisprudencial.

En ese sentido, al estudiar un caso de responsabilidad por el uso de armas de fuego, el alto tribunal afirmó que la Entidad era responsable “bien que el asunto se maneje a la

nuevos principios constitucionales, para enfrentar la proliferación de reclamaciones por hechos y actos de la administración pública que afectaran negativamente los derechos y garantías de los ciudadanos” (p. 123).

luz del régimen de falla presunta (como ha sido lo tradicional) o bien que se apoye en el precepto constitucional del artículo 90” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 5946, 1992).

Como consecuencia de esta nueva visión, el Consejo de Estado concluía que acreditados los dos elementos que exige la Constitución, estos son el daño y el nexo causal, era irrelevante el estudio de la conducta, aspecto que “adquirirá importancia para el arreglo final de las cuentas entre la administración y el funcionario comprometido cuando esa circunstancia se presenta, que no es del caso” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 5946, 1992). El ajuste de cuentas al que hace alusión es, evidentemente, la acción de repetición, foro natural, según la jurisprudencia de la época, para el estudio de la conducta, elemento extraño al juicio de responsabilidad que se analiza a la luz del artículo 90 de la carta política.

En similares términos, el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de noviembre de 1992 expresaba que “el constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en la víctima misma” puesto que la responsabilidad tiene como fin el resarcimiento del daño y no castigar una conducta culpable. De esta forma, advertía que la culpa dejó de ser el “fundamento único” de la responsabilidad del Estado y pasó a ser un criterio más de imputación, con lo cual reafirma que la falla del servicio es un título de imputación que sobrevive al cambio constitucional pero su fuente no es precisamente la carta magna (Consejo de Estado, Sección Tercera, 7130, 1992).

Esta sentencia fue más allá, aunado al artículo 90 sumó, como fundamento de la responsabilidad objetiva, el principio de la solidaridad recogido en el artículo 1 de la Carta Política, “cuando este se refiere a Colombia como un Estado Social de Derecho, fundado

en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 7130, 1992).

Con fundamento en tales planteamientos, el 17 de febrero de 1993, el Consejo de Estado, establecía que en aplicación del artículo 90 superior, la parte demandante en un juicio de responsabilidad, debía demostrar solamente la acción y omisión y como esta le causó un daño, ante lo cual y para eximirse de la responsabilidad, a la administración le asistía la carga de demostrar la ocurrencia de una fuerza mayor, un hecho exclusivo de la víctima o un hecho exclusivo de un tercero, siendo improcedente alegar el caso fortuito o la diligencia y cuidado dado que antes que la antijuridicidad del actuar del ente administrativo, “lo que importa es la antijuridicidad del daño”, entendiéndose por este aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar (Consejo de Estado, 7340, 1993). Mediante sentencia del 14 de diciembre del mismo año, el Consejo de Estado, aplicando el principio *iura novit curia*⁴⁵, hacía la misma precisión: “Pero el asunto amerita ser tratado con base en el art. 90 de la nueva constitución, porque mas que falla del servicio el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración”.

La regla jurisprudencial del Consejo de Estado, de los años 1992 y 1993 era clara: si el caso se rige por el artículo 90 de la Constitución, el régimen de responsabilidad era objetivo. Con este planteamiento, se incorporaba un nuevo paradigma: el artículo 90 consagraba un régimen específico de responsabilidad en el que la falla no era relevante.

La jurisprudencia de lo contencioso administrativo siguió avanzando en un manto de perplejidad pero para 1995 el Consejo de Estado, sección tercera, emitió un fallo que

⁴⁵ En efecto, dice la sentencia que si bien en la demanda no se hizo alusión al régimen objetivo consagrado en el artículo 90 superior, “la norma cae como anillo al dedo”.

daba algunas luces y recordaba los postulados de la jurisprudencia anterior a la nueva carta política⁴⁶. En esta oportunidad, el alto tribunal acogía la tesis de “coexistencia de títulos de imputación”, nuestro ordenamiento acoge títulos subjetivos (falla del servicio) y objetivos (teoría del riesgo, daño especial, entre otros), aunque le faltó aclarar que el artículo 90 era fuente de los dos.

En esos términos, el Consejo de Estado destacó la tradición jurisprudencial encabezada por la Corte Suprema de Justicia y el mismo Consejo de Estado, la cual, con “tesón e inteligencia y de una manera prudente y progresista” y antes de la entrada en vigor de la nueva carta política, creó varios regímenes de responsabilidad, condicionados por la existencia o no de la falla del servicio, con sus presupuestos de precedencia y causales de exoneración. Así las cosas, aclaraba el alto tribunal, fue esa jurisprudencia la que permitió diseñar la cláusula constitucional del artículo 90 (Consejo de Estado, Sección Tercera, 8118, 1995).

⁴⁶ En 1991, antes de la entrada en vigencia de la Constitución, el Consejo de Estado explicaba que en nuestro ordenamiento existen títulos de imputación diversos en el siguiente tenor: “La responsabilidad de la administración, no solamente surge por la omisión, tardanza o deficiencia en la prestación de los servicios públicos a su cargo, que es lo que tradicionalmente se conoce con el nombre de “falla o falta en el servicio”. Su verdadero fundamento se encuentra en algo más de contenido universal cuya finalidad es protección del derecho a los administrados, como bien lo enseña MIGUEL S. MARIENHOFF, al afirmar que “ tal fundamento no es otro que el ‘estado de derecho’ y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienden, todo, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados ... Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho. (‘No dañar á a otro dar, cada uno lo suyo’) que, por cierto también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado”. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Cuarta Edt. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Edición 1987, pág. 706).

b) Moderadamente la responsabilidad administrativa puede tener diversos orígenes, así: a) en la llamada falta del servicio, b) en la teoría del riesgo; c) en los daños ocasionados por trabajos públicos; d) en el llamado daño especial; e) en la exportación y ocupación de inmuebles en caso de guerra; f) en el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas; g) en el enriquecimiento injusto” (Consejo de estado, 1991, exp. 6014).

Así las cosas, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo fue claro: “son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas”. El daño es una condición de toda clase de responsabilidad estatal, sea esta contractual o extracontractual, o del régimen de responsabilidad, sea subjetivo u objetivo. La diferencia entonces entre regímenes reside en “los títulos de imputación”⁴⁷ los cuales pueden tener o no un fundamento culpabilista (Consejo de Estado, Sección Tercera, 8118, 1995).

De esta manera, se empezaba a conjurar la crisis interpretativa que generaron las sentencias de los primeros años, fallos que propiciaron una crisis litigiosa y fiscal generada a partir de corrientes que propugnaban por la objetivación absoluta de la responsabilidad y la condena al ostracismo de la falla del servicio. El punto nodal de la discusión es la forma en la que la administración se exime de responsabilidad. En un régimen objetivo, la defensa del Estado se limita a la demostración de una causa extraña (fuerza mayor, hecho de la víctima, hecho de un tercero), a contrapelo, en un régimen subjetivo, la administración puede eximirse alegando diligencia y cuidado en su actuación al margen del resultado dañoso.

⁴⁷ Sobre el particular precisa la sentencia: “Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa (Consejo de Estado, 1995, exp. 8118)”.

En los regímenes objetivos las posibilidades de defensa de las Entidades son entonces más limitadas, por esta razón, la asimilación del artículo 90 superior a un régimen objetivo, generó una expectativa de lucro en el litigio contra el estado que por supuesto incremento los números, más procesos en materia de responsabilidad y más sentencias condenatorias producto de interpretaciones indebidas de la cláusula constitucional en cita.

Un año después, la Corte Constitucional, tenía la oportunidad de pronunciarse sobre la incidencia del artículo 90 superior, sin embargo, pocas luces brindó y por el contrario, sus postulados sirvieron a aquellos que propenden por la objetivación absoluta de la responsabilidad. Es así como, mediante sentencia C-336 de 1996, la corporación explicó en el cambio de paradigma acaecido con el artículo 90 de la Constitución en virtud del cuál, el núcleo de la responsabilidad se sitúa en el daño antijurídico “no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, lo cual de ninguna manera admite discusión (Corte Constitucional, Sala Plena, C-336, 1996).

No obstante, la confusión viene dada porque la Corte citó apartados de las discusiones surtidas en la Asamblea Nacional Constituyente, en las que se afirmaba que “la responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares”. A partir de estos postulados se siguió extendiendo la responsabilidad objetiva en sectores que antes de la nueva carta política eran casi intocables desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial.

LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 90 Y LA TEORÍA DE LA FALLA DEL SERVICIO

El daño antijurídico y los pronunciamientos de las altas cortes en los primeros años del nuevo régimen constitucional avivó el debate entre los partidarios de la responsabilidad subjetiva y quienes aseguraban que la nueva constitución objetivó la responsabilidad del Estado.

El profesor Tamayo Jaramillo (2000) advertía que, amparados en los postulados de García de Enterría, desde la asamblea nacional constituyente, pasando por la doctrina y la jurisprudencia, se “creyó” encontrar la “más asombrosa revolución normativa, propicia para dejar atrás casi un siglo de difícil y juiciosa creación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia”. La creación que se quisieron dejar atrás y a la que se refiere el autor a la culpa, esa institución desarrollada por los franceses y en virtud de la cual se dio forma a la falla del servicio como título por excelencia de imputación de la responsabilidad del Estado (p. 15)

En ese sentido, el autor critica:

El salto estaba dado: la reconquista española se instaura; atrás el derecho francés; viva el novísimo derecho español; viva la responsabilidad siempre objetiva y fuera la culpa o la falla como elementos de la responsabilidad administrativa. El juego de palabras es sugestivo: para que el Estado sea responsable no se requiere la falla del servicio; basta que el daño sea antijurídico. A partir de entonces, se afirma que con la nueva Constitución, la responsabilidad ya no se detiene en el causante del daño sino en la víctima, como si esto último no se aplicara con anterioridad en las instituciones de responsabilidad objetiva que existían antes de 1991. Pareciera

como si los que creen que la culpa sigue siendo necesaria en algunos casos, no en todos, son enemigos de las víctimas y patrocinadores de los causantes de los daños.

Tamayo criticaba la teoría de la responsabilidad objetiva como único título de imputación por el cual abogaban quienes vieron en el artículo 90 de la Carta Política una revolución total y a quienes en particular la culpa les parecía un instrumento para asegurar la irresponsabilidad del Estado al imponer una carga probatoria muy pesada sobre las víctimas.

A contrapelo, importantes voces, apegadas al texto literal del artículo 90 de la Constitución, abogaron por la idea un régimen objetivo absoluto de responsabilidad en el cuál el daño y la imputación a una conducta omisiva o activa fuera suficiente para declarar la obligación de resarcir los perjuicios causados.

En esa línea, Sarmiento (2001, p. 45), al inicio de este siglo anunciaba:

Esta tipificación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, en mi opinión, excluye totalmente la doctrina tradicional del Consejo de Estado colombiano sobre la “falla del servicio” como fundamento de este tipo de responsabilidad, al colocar la obligación de indemnizar los perjuicios que causan las autoridades en todos los órdenes de la actividad pública sobre bases objetivas, vinculadas única y exclusivamente con la relación de causalidad material entre la acción o la omisión de dichas autoridades y el daño antijurídico causado, sin consideración alguna a si su comportamiento o conducta constituye o no una “falla del servicio”, ya sea porque este no se prestó, o se prestó deficientemente, o se prestó tardíamente (...)

De esta forma, para Sarmiento los elementos de la responsabilidad serían: (i) un hecho generador, (ii) el daño antijurídico y (iii) una relación causal entre el daño y el hecho. En este esquema no tiene cabida la falla o la conducta del agente⁴⁸. Precisamente, argumenta su posición desde una lectura exegética de la sentencia C-336 de 1996, que como se dijo, pocas luces aportó a la cuestión.

Si bien es cierto, la jurisprudencia nunca acogió esta tesis radical sobre la objetivación total de la responsabilidad, no puede negarse que han existido tendencias peligrosas en ese sentido que en eventos específicos hicieron carrera a tal punto que la Corte Constitucional como órgano de cierre debió intervenir para poner remedio y fijar la interpretación constitucionalmente válida del artículo 90 superior.

Como se indicó, el dilema entre la responsabilidad subjetiva y objetiva tiene relevancia en el plano fiscal, se ha demostrado que el régimen objetivo de responsabilidad generan un mayor número de condenas en contra de las entidades y organismos públicos al limitar seriamente sus posibilidades de defensa, esto por cuanto el actuar diligente de su agente no les exime de responsabilidad, por lo cual, para lograr tal exoneración les es dado

⁴⁸ Este esquema es defendido por Sarmiento así: "Cualquiera que sea la noción de daño antijurídico, lo importante de resaltar es su condición de fundamento único de la responsabilidad estatal, con lo cual la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado en general es una responsabilidad de carácter objetivo, que se integra con los siguientes elementos: 1.º Un hecho generador del daño, que proviene de una acción o de una omisión de la entidad estatal; 2.º Un daño antijurídico que resulta de esa acción u omisión, y 3.º Un vínculo o relación de causalidad material entre el hecho generador y el daño antijurídico causado; desaparece por completo en esta estructura el elemento subjetivo relacionado con la conducta o comportamiento de la administración; la acción o la omisión se juzgan desde un punto de vista material y objetivo, no como una falta o una culpa; la imputación es puramente material (*imputatio facti*), no es de carácter jurídico (*imputatio juris*); mantenida esta última por los partidarios de la teoría subjetiva, que construyeron y elaboraron toda la teoría de la responsabilidad civil para defender los intereses de los agentes causantes del daño, trátese del Estado o de los particulares; la nueva tendencia del derecho de la responsabilidad, especialmente del régimen objetivo y de la teoría del riesgo, está estructurada no para seguir defendiendo a los causantes de los daños, sino para proteger los intereses de las víctimas³², en este caso de los particulares, frente a la actividad del Estado" (2001, p. 47).

acreditar la ocurrencia de una causa extraña, fuerza mayor, hecho de un tercero o hecho de la víctima.

El riesgo fiscal ha sido expuesto por la ANDJE ante la Corte Constitucional como argumento en casos nodales de la responsabilidad pública para alertar sobre las interpretaciones radicales que amparan la supuesta objetividad del artículo 90 superior traen sobre las finanzas públicas. En palabras de la Agencia, la naturalización de los regímenes objetivos como aparente consecuencia del cambio constitucional “genera una circunstancia riesgosa desde el punto de vista financiero (...) y menoscaba el derecho colectivo al patrimonio público en conexidad con el derecho al debido proceso”⁴⁹

Las encrucijadas del daño antijurídico y los títulos de imputación se erigen como punto sensible de la gestión jurídica pública y algunos debates jurisprudenciales pueden ilustrar las complejidades y variaciones en la materia.

Algunos de los casos más llamativos, sin duda, tienen que ver con aquellas funciones del Estado que antes de la Constitución de 1991 eran intangibles para el derecho de daños, tal y como ocurre por ejemplo con el servicio de administrar justicia, que, bajo las premisas de la cosa juzgada, la autonomía judicial y la idea de que los jueces dictan el derecho y no se equivocan, quedó fuera del alcance del principio fundamental de la responsabilidad estatal.

En el universo de casos que generan responsabilidad por el hecho de la administración de justicia, sin duda, destaca por la magnitud de sentencias condenatorias contra el Estado, los procesos judiciales originados en detenciones preventivas acusadas de constituir privaciones injustas de la libertad, en torno a los cuales se han librado

⁴⁹ Así se pronunció la ANDJE en el trámite de la sentencia SU-072 de 2018 que se analizará más adelante.

verdaderas batallas interpretativas relacionadas con la aplicación de los regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad.

Antes de 1991 no existía en nuestro ordenamiento jurídico una regla clara para establecer si el Estado debía responder por perjuicios ocasionados al privar de la libertad a sus ciudadanos si a la postre en el proceso penal resultaban absueltos. Ante tal vacío, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 2700 de 1991, norma que en su artículo 414 estableció los casos en los que se podía solicitar el pago de perjuicios al proferirse sentencia absolutoria: el hecho no existió, el hecho no lo cometió el sindicado o el hecho no es constitutivo de delito.

Esta norma histórica fue objeto de distintas interpretaciones por parte del Consejo de Estado, las cuales pueden agruparse en cinco momentos tal y como pasa a explicarse (Consejo de Estado, 23354, 2013).

En un primer momento, al inicio de la década de los noventa, la jurisprudencia acogió la idea de que los casos de privación de la libertad podían ser enjuiciados solo si se demostraba el error judicial a la hora de dictar la medida, es decir, de la falla del servicio, dado que la limitación a ese derecho fundamental era una consecuencia casi natural de los procesos penales y las investigaciones de este orden cargas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar.

En un segundo momento, el Consejo de Estado estableció que la carga de demostrar el error de la judicatura, es decir, la falla del servicio se limitaba a los casos no contemplados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, así, cuando se comprueba que el hecho no existió, no lo cometió el procesado o el hecho no constituye delito, el régimen de responsabilidad es objetivo.

En una tercera etapa, el alto tribunal precisó que la responsabilidad nacida de los eventos consagrados en el artículo 414 del Decreto 2700 se origina por la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima y no por el actuar doloso o culposo del agente, aspecto que complementó el principio de la responsabilidad objetiva en estos casos.

En cuarto lugar, la jurisprudencia amplió la aplicación de la responsabilidad objetiva a aquellos casos en los que la absolución se determina por la existencia de duda razonable, esto es, por el principio de *in dubio pro reo*. Esta posición fue plasmada en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, providencia que se mantuvo estable en su aplicación hasta la sentencia del 06 de agosto de 2020 dictada dentro del radicado 46947, mediante la cual, el Consejo de Estado adoptó la doctrina vertida en la sentencia SU072 de 2018 de la Corte Constitucional.

Precisamente, el último estadio de la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo está dado por la acogida de la subregla de la sentencia SU072 de 2018, lo cual tuvo lugar mediante providencia del 06 de agosto de 2020. En ese sentido, el Consejo de Estado adoptó la tesis de la Corte según la cual no existe un régimen jurídico de imputación predeterminado puesto que el artículo 90 no acoge un régimen en particular, para los casos de privación injusta de la libertad, por lo cual, es deber del juez establecer si procede la aplicación de la falla del servicio en primer lugar y en caso negativo abordar la posibilidad de aplicar títulos de imputación objetivos.

En ese sentido, para la Corte Constitucional, la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 17 de octubre de 2013, desconoce la “neutralidad” del artículo 90 y la ratio decidendi de la sentencia C-037 de 1996, providencia que al analizar la constitucionalidad de la Ley estatutaria de justicia estableció que los casos de privación injusta de la libertad

debían analizarse desde la perspectiva de la falla del servicio, por lo cual, “la falla en el servicio es el título de imputación preferente y (...) los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU072, 2018).

La Corte Constitucional decidió entonces rescatar el título de imputación clásico del derecho colombiano, la falla del servicio, de las teorías objetivistas que no solo desconocían la naturaleza neutral del artículo 90 superior sino que han puesto en riesgo el patrimonio público al limitar seria y gravemente las posibilidades de defensa jurídica de las entidades y organismos públicos.

Los intentos por acabar con la falla del servicio tomó otras formas más sofisticadas, como ocurrió en el ámbito de los servicios de salud mediante la creación de presunciones de falla.

Entrada la década de los noventa, la falla del servicio probada, es decir, aquella que debe ser demostrada por la víctima, se empezó a percibir como excesivamente onerosa para el paciente “común y corriente, lego e ignorante”, aspecto que contrasta con la educación científica y técnica del personal de la salud demandado, lo cual producía, a juicio del Consejo de Estado, una desventaja procesal significativa (Consejo de Estado, 7274, 1992)⁵⁰.

⁵⁰ En esa oportunidad el Consejo de Estado explicó: “En este mismo orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija. Todos son de carácter profesional, técnico, especializado, a los que común de las personas no tienen acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o

Por esta razón, durante la década de los noventa (1993, 1994, 1995, 1997)⁵¹, se invirtió la carga de la prueba bajo la figura de la falla presunta del servicio, así la falla de entrada se presumía de hecho y era la entidad la encargada de desvirtuarla demostrando que actuó con apego a los protocolos médicos. Esta posición, afortunadamente corregida con posterioridad por el mismo Consejo de Estado⁵², no solo afectó gravemente las posibilidades de defensa jurídica del Estado durante los 90 y mitad de la primera década del siglo XX, sino que, además, profundizó la herida que las tendencias objetivistas urdieron sobre la falla del servicio y de contera sobre la responsabilidad subjetiva.

Como se vio, con el tiempo la jurisprudencia colombiana resistió ante teorías objetivistas radicales que veían en el artículo 90 de la Constitución una cláusula de responsabilidad sin falla o peor aún, de una responsabilidad basada en una falla presunta.

quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado”.

⁵¹ Véanse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 1993, exp. 8025; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 05 de agosto de 1994, exp. 9880; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 03 de febrero de 1995, exp. 9142; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 04 de septiembre de 1997, exp. 10251.

⁵² En el año 2000 el Consejo de Estado se vio en la obligación de mitigar su posición y acoger un régimen de “carga dinámica de la prueba” en el que el juez debe determinar si el hecho a probar es de aquellos que revisten complejidad médica y conocimientos técnicos especializados. En caso de requerirlos, la carga de la prueba debía dinamizarse, es decir, trasladarse al ente hospitalario para que este aportara los elementos de convicción que llevaran al juez a un convencimiento sobre lo ocurrido. Por el contrario, en caso de tratarse de hechos no caracterizados por esa especificidad debían ser acreditados por las víctimas bajo el esquema tradicional de la carga probatoria (Consejo de Estado, 2000, exp. 12548). Se abandonaba así la presunción de la falla del servicio médico y se abría la puerta a una figura que a la postre el legislador consagró en el artículo 197 del Código General del Proceso, conocido como la carga dinámica de la prueba. Con todo, esta postura entrañaba una dificultad operativa importante, y es que la determinación de cuáles hechos son susceptibles de dinamización de carga recae sobre el juez quien para el momento del decreto de las pruebas no cuenta necesariamente con relatos ciertos de los hechos sino versiones distintas de las partes no siempre constatables puesto que precisamente los medios de prueba no han sido practicados. Ante su difícil aplicación, en el año 2006 el Consejo de Estado decidió volver al régimen de falla probada del servicio médico, pero con algunos matices o atenuantes de la carga para los pacientes, consistente en la reivindicación de la prueba indiciaria como medio de convicción trascendental para los juicios de responsabilidad médica, dadas las dificultades para probar los hechos de manera directa, así como las teorías de la probabilidad preponderante para acreditar el nexo causal y los postulados de la pérdida de oportunidad para mitigar la carga de probar la extensión del daño.

Esta rectificación de la jurisprudencia es consecuencia, por un lado, del estado de madurez de las altas Cortes, alcanzado una década después de la entrada en vigor de la Carta Política (López Medina, 2006), y por otra parte, del fortalecimiento progresivo de los servicios jurídicos del Estado y su lucha constante por el derecho, que nos recuerda, como sostuvo Von Ihering, el fin del derecho es la paz, la lucha es la forma de alcanzarla (2018).

No obstante los logros en la materia, quienes asumen la defensa jurídica de los Estados deben estar preparados para los retos venideros, porque, como recuerda el jurista alemán: “Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea” (Von Ihering, p. 49, 2018).

ANÁLISIS DEL MODELO BOGOTANO: RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y PROPUESTA PARA SU FORTALECIMIENTO

Bogotá es una ciudad pionera en materia de Defensa Jurídica. En la administración 1998-2000 “se trabajó en un Manual de Defensa, que tuvo el objetivo de perfeccionar y actualizar las destrezas de los abogados como litigantes del distrito, así como promocionar el uso de métodos Alternativos de Solución de Conflictos” (Caballero, s.f., p. 9).

Entre los años 1998 y 2003 en Bogotá, los esfuerzos se concentraron en el “fortalecimiento de la defensa judicial” en dos etapas: en una primera fase el énfasis fue la capacitación de los abogados del Distrito y la promoción de los Métodos alternativos de solución de Conflictos. En la segunda etapa, se diseñó e implementó el MGJP con un “enfoque preventivo” (Carrillo y Varela, 2013, p. 127).

En la Alcaldía de 2001-2003, la secretaría general lideró un “proceso de fortalecimiento y desarrollo de la ‘defensa judicial’”, lo cual trajo como efecto acuñar el término “Gestión Jurídica Pública” por primera vez, con claras intenciones de construir un modelo proactivo, en el cual “hay una mayor preocupación por reconfigurar transversalmente la organización de la actividad jurídica de las entidades públicas, y no

sólo en torno a la defensa jurídica” dejando atrás el modelo reactivo imperante para la época⁵³ (Caballero, s.f., pp. 10-11)⁵⁴.

En el año 2007, se crea, por primera vez, el MGJP de la ciudad, el primero en el país, con la expedición del Decreto 581 de ese año. Este hito histórico vino acompañado, años después, de dos Decretos que permitieron la consolidación del modelo, estos son, el Decreto 654 de 2011 y el 430 de 2018, norma que rige actualmente la materia, a los cuales se suma el Decreto 323 de 2016, en virtud del cual se creó el órgano rector del sistema, esta es, la Secretaría Jurídica Distrital.

En este contexto, este capítulo presenta por un lado una reconstrucción de los hitos históricos que llevaron a la consolidación del MGJP en la ciudad de Bogotá, como una de las experiencias más exitosas en la fase de defensa judicial, para luego adentrarnos en la propuesta para impulsar las fases de prevención del daño antijurídico y solución temprana de conflictos mediante la utilización de MASC.

⁵³ Sobre el modelo reactivo Caballero explica: “Los principales lineamientos del modelo reactivo se centraron en el proceso de formalización, especialización, formalización, planeación y coordinación de la defensa jurídica estatal. La acción se centró en la etapa judicial y sus respectivas estrategias, generalmente de corto plazo, dado que solo se enfocaban en el caso particular. Por ello, la defensa era dispersa y no existía una estrategia unificada. Esta situación tampoco permitió que las entidades identificaran las causas reiterativas del litigio. De hecho, la atención se centró en un campo limitado de problemas, en los cuales se creía tener cierta capacidad de maniobra, pero que desconocía el gran problema de descoordinación de las entidades. El Estado tampoco identificaba que el aparato administrativo de las entidades era indispensable para gestionar las demandas, y que el talento humano era fundamental para la resolución de conflictos y evitar que se reiteraran las mismas causas del daño”. (s.f., p. 10),

⁵⁴ Durante esta etapa, según Caballero (s.f., p. 10) se desarrollaron algunas estrategias a saber:

1. Desarrollo de un archivo litigioso.
2. Implementación de un software.
3. Consolidación de la Secretaría General en su rol de coordinación e investigación jurídica.
4. Adelantamiento de estudios sobre prevención del daño antijurídico.
5. Conformación de equipos de estudio transversales.
6. Creación de la “oficina de estudios” para coordinar la gestión jurídica de la ciudad.

EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA DISTRITAL: HITOS HISTÓRICOS.

Como se anunció, en esta primera parte se reconstruye la historia del MGJP capitalino desde sus antecedentes, pasando por su concepción y finalizando con su consolidación.

DIAGNÓSTICO TRAS LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 854 DE 2001

El MGJP con el que cuenta hoy la administración distrital de Bogotá no es una política que haya sido impuesta de la noche a la mañana por parte de un mandatario, ni tampoco es un modelo copiado o imitado como suele ocurrir con muchas de las políticas de la administración pública, ni tampoco una política que haya tenido interrupciones por el contrario es el resultado de una constante construcción de las últimas 6 administraciones de la capital, es un verdadero ejemplo de construir sobre lo construido, de aprender sobre la experiencia y de buscar las mejoras y optimizaciones al sistema.

Tras cuatro años de expedido el Decreto 854 de 2001, con el cual el entonces alcalde mayor de Bogotá realizó una serie de delegaciones en secretarios de despacho y en directivos de entidades, se evidenciaron situaciones, según se aprecia en la exposición de motivos, que sustentaría la expedición del Decreto 203 de 2005, entre las cuales se destaca la multiplicidad de actores ejerciendo funciones de representación del Distrito Capital, una débil e inconsistente defensa judicial, ausencia y por ende necesidad de crear instrumentos de dirección y gestión, falta de aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, descoordinación el nivel nacional, la necesidad de concentrar los asuntos relevantes de la defensa jurídica, la existencia de demasiadas normas sobre representación

judicial, ausencia de normas y lineamientos para el pago de sentencias, el deber de optimizar los recursos distritales y las intenciones de fortalecer el sistema de información SIPROJ-WEB⁵⁵.

⁵⁵ De manera textual la exposición de motivos reza:

“1. Multiplicidad de actores representando al Distrito Capital en un mismo proceso.

En los diferentes procesos judiciales, los jueces comenzaron a vincular simultáneamente a diferentes organismos distritales, sean Secretarías o Departamentos Administrativos integrantes del sector central de la administración, sin considerar que los mismos forman parte de una única persona jurídica de derecho público, Distrito Capital.

En efecto, si en un mismo proceso comparecen *vr. gr.* la Secretaría de Hacienda, la de Tránsito y Transporte y la de Salud Distritales, en realidad no comparecen 3 diferentes personas jurídicas de derecho público, sino una única persona de derecho público: el Distrito Capital.

Lo anterior resulta contradictorio con el principio procesal de que una parte pueda ser representada por varios apoderados y/o representantes simultáneamente.

De otra parte, el hecho de que un mismo proceso sea atendido por múltiples apoderados de los organismos distritales genera esfuerzos y costos innecesarios para la Administración Distrital, toda vez que el proceso podría ser atendido por un sólo organismo, quien deberá coordinar sus acciones con los organismos interesados.

Se pretende que cuando en un mismo proceso se demanden a más de un organismo distrital, el Subdirector determine uno sólo que llevará la voz del Distrito en el proceso, debiéndose articular la gestión con los demás organismos interesados.

2. Debilitamiento y ausencia de consistencia de la defensa judicial del Distrito Capital.

Este efecto podría considerarse como una consecuencia lógica de lo anterior, por cuanto la vinculación de múltiples actores distritales del sector central de la administración conllevó a que éstos perdieran la visión macro de defender los intereses del Distrito Capital, y procedieran a defender los intereses de cada uno de ellos en forma aislada.

En tal escenario, se ha detectado que los organismos distritales se reprochan la conducta mutuamente, solicitan la vinculación al proceso de otras autoridades públicas distritales y no coordinan sus actuaciones. Tal conducta procesal causa un debilitamiento de la actuación procesal de la única entidad pública compareciente en el proceso, el Distrito Capital, y deja entrever una ausencia de consistencia en los argumentos de la defensa judicial de los intereses de la ciudad.

3. Necesidad de instrumentos de dirección y manejo de la gestión pública del Distrito Capital.

Conforme a las disposiciones de la Ley 489 de 1998, les corresponde a los organismos principales de la administración central, la adopción e implementación de políticas, al igual que su puesta en marcha al interior del nivel central y descentralizado.

Bajo tal perspectiva, las Secretarías de Despacho y Departamentos Administrativos encabezan lo que se ha denominado como un sector administrativo, confluendo en él los demás organismos y entidades distritales, según la materia que en cada caso se trate.

De este modo, le compete a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., encabezar un sector que podría denominarse de gestión pública, siendo uno de los matices del mismo la gestión jurídica pública, y una concreción de esta la prevención del daño antijurídico y la defensa judicial de los intereses del Distrito Capital.

Lo anterior, conforme a las funciones misionales de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., previstas en el Decreto Distrital 331 de 2003.

Por lo tanto, una de las estrategias para articular la defensa judicial del Distrito Capital y la prevención del daño antijurídico es establecer diferentes instrumentos para articular el desarrollo de las competencias distritales de la Secretaría General en la materia.

4. Ausencia de coordinación y determinación de competencias respecto de acciones judiciales o administrativas frente a normas y autoridades del nivel nacional.

Otro aspecto que quedó sin resolverse en los decretos distritales antes señalados es el hecho de que las entidades y organismos distritales, de manera inconsulta y desarticulada, presentaban acciones judiciales y/o administrativas en contra de normas y autoridades del nivel nacional.

Ello generó que en ocasiones los delegatarios operaran en forma aislada e inconsulta con la posición de la Administración Distrital, presentando judicialmente una argumentación alejada de los intereses generales del Distrito Capital frente a las citadas normas y/o autoridades.

Adicionalmente, resulta necesario unificar la representación legal, en lo judicial y extrajudicial para este tipo de acciones, teniendo en cuenta que la visión macro de sus efectos desde la Secretaría General permite dirigir integralmente la protección de los intereses distritales mediante las acciones que pudieran entablarse en los supuestos antes señalados.

De otra parte, el proyecto sometido a consideración, va más allá y prevé que las acciones de lesividad que entablen los organismos distritales únicamente se podrán incoar contra sus propios actos, radicando en la Secretaría General la atribución de demandar los Acuerdos Distritales, los Decretos y Resoluciones del Alcalde, y los actos de otras entidades y organismos distritales.

5. Ausencia de mecanismos administrativos de solución para controversias entre entidades y organismos distritales.

Se detectó igualmente la existencia de acciones judiciales entabladas por organismos y/o entidades distritales en contra de otros organismos y entidades del nivel distrital, surgiendo entonces la necesidad de crear una instancia de coordinación para la solución de controversias interinstitucionales en la Secretaría General, previo al inicio de acciones judiciales entre entidades y organismos del mismo distrito.

En términos prácticos, una demanda, por ejemplo, de la Secretaría de Hacienda contra el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, DAMA, es una demanda del Distrito Capital contra el Distrito Capital.

6. Concentración para la atención de asuntos judiciales considerados como de impacto e interés distrital.

Con el proyecto de decreto se pretende concentrar en la Secretaría General el manejo de las acciones populares y de grupo; las futuras modificaciones de planta; las acciones de fuero sindical, independientemente de su naturaleza; las acciones de lesividad en contra de normas y autoridades del nivel nacional y distrital; y las acciones de repetición contra funcionarios de diferentes organismos, cuando de una misma acción resulten condenados varios organismos distritales.

Estos asuntos se consideran de impacto e interés distrital por cuanto su crecimiento, como en el caso de las acciones populares y de grupo, ha generado múltiples y cuantiosas condenas desfavorables al Distrito Capital, que ameritan concentrar la representación judicial en un sólo organismo, que en este caso sería la Secretaría General, como coordinador de las políticas en materia de gestión jurídica y administrativa para el Distrito Capital.

De otra parte, la necesidad de llevar y mantener el control de la información sobre las demandas y procesos en los cuales es parte el Distrito, evaluar las temáticas objeto de las mismas y formular acciones de coordinación para la debida representación judicial y extrajudicial, justifica ampliamente la concentración de la notificación de los procesos contra Bogotá, Distrito Capital, y/o en contra de cualesquiera de sus organismos en la Subdirección de Gestión Judicial, efectuándose por intermedio de ésta la distribución de los procesos a los organismos distritales, cuando quiera que en un mismo proceso se pretenda la vinculación de varios de ellos.

Adicionalmente, con la concentración del trámite de las notificaciones se pretende mantener actualizado el sistema de información judicial, SIPROJ, y la generación de instrucciones particulares a los diferentes organismos distritales respecto de cuáles serían las políticas y argumentos más importantes para tener en cuenta en sus actuaciones judiciales.

7. Multiplicidad de normas en materia de representación judicial.

Otra razón que justifica la expedición del decreto radica en el hecho de que en la actualidad el tema de la representación judicial se encuentra disperso en varios actos administrativos, lo cual dificulta el seguimiento, control y aplicación de las normas en la materia.

Frente a la responsabilidad de asumir las funciones de definición, adopción, coordinación, y ejecución de políticas en materia de defensa judicial y prevención del daño antijurídico el decreto retoma lo que se había señalado dos años atrás en el decreto 331 asignando dicha responsabilidad a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Resulta trascendental esta decisión, ya que es esta Secretaría en el cumplimiento de esta función la que iniciaría la implementación del MGJP para Bogotá que hoy conocemos.

EL PRIMER PASO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO GERENCIAL DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN BOGOTÁ

Entendiendo el MGJP como ese conjunto de políticas, acciones y medidas encaminadas a la adecuada defensa de los intereses patrimoniales y judiciales de los entes

8. Ausencia de normas técnicas para el cumplimiento de algunas sentencias judiciales”.

Se ha detectado que en múltiples ocasiones los jueces, especialmente en el trámite de acciones populares y de grupo, profieren condenas y órdenes en contra de Bogotá, Distrito Capital, el Alcalde Mayor de Bogotá, la Alcaldía Mayor de Bogotá, o la Administración Distrital.

Lo anterior tiene una primera solución, en la medida que el Decreto Ley 1421 de 1993 contempla que el Alcalde Mayor de Bogotá ejerce sus atribuciones a través de los organismos y entidades creadas por el Concejo.

No obstante, la dificultad surge en la determinación de cuál sería el organismo o entidad distrital a quien correspondería el cumplimiento de la providencia judicial, lo cual ha generado la necesidad de que el Alcalde Mayor profiera actos administrativos, mediante los cuales ordene a las entidades y organismos competentes dar cumplimiento a las providencias judiciales.

En consecuencia, la necesidad de adoptar ágilmente estas decisiones justificaría el hecho de desconcentrar del Despacho del Alcalde Mayor el trámite de estos requerimientos judiciales, radicando los mismos en el Secretario General.

9. Optimización de los recursos distritales.

Conforme a las normas procesales y sustantivas, es deber de cada organismo distrital el acreditar en cada proceso su capacidad procesal y de comparecer válidamente en los distintos trámites y procesos judiciales y administrativos.

No obstante, el citado acto administrativo, además de regular lo relativo a la delegación de la función de representación legal, en lo judicial y extrajudicial, también se ocupa de otras delegaciones en otras materias.

Por lo tanto, la adopción de una reglamentación menos extensa y concreta en materia de representación legal, en lo judicial y extrajudicial, permite reducir costos en esta actividad generando economía para los recursos de la Administración Distrital.

10. Concreción y respaldo al Sistema de Información de Procesos Judiciales - SIPROJ.

El proyecto de decreto traía consigo igualmente importantes consideraciones en torno al SIPROJ, y al deber de las entidades y organismos distritales de implementarlo a su interior (Decreto Distrital 203, 2005).

del estado, este vino a concebirse en Bogotá a partir del año 2006 cuando en el Acuerdo 257 de ese año expedido por el Concejo de Bogotá por primera vez en el ordenamiento jurídico del Distrito se consigna el término de Gerencia Jurídica al establecerlo como una de las funciones de la Secretaría General, al respecto se señalaba que la Secretaría General es el organismo del Sector Central encargado de orientar y liderar las políticas para el fortalecimiento de la función administrativa y de “orientar y coordinar la gerencia jurídica del Distrito Capital y la definición” así como adoptar y ejecutar “políticas en materia de gestión judicial y de prevención del daño antijurídico” (Acuerdo Distrital 257, 2006).

Si bien el mencionado acuerdo no estableció una definición de la expresión, gerencia pública, si pretendía que la dirección de la defensa judicial de los intereses del distrito estuviera en cabeza de la secretaria general, entidad que en su momento se erigía como la secretaria de gabinete enfocada en orientar y liderar la formulación y seguimiento de las políticas para el fortalecimiento de la función administrativa de los organismos y entidades de Bogotá.

Un año después del mandato del Concejo de Bogotá de establecer en cabeza de la Secretaría General la orientación de la gerencia jurídica del distrito, se crea mediante el Decreto Distrital 267 de 2007 la Dirección Jurídica Distrital como una de sus dependencias a la cual se le asignan las funciones de:

- a. Apoyar al Alcalde Mayor de Bogotá, a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y a las demás entidades distritales en los asuntos jurídicos que éstos sometan a su consideración;
- b. Orientar el ejercicio de las funciones asignadas a la Subdirección de Conceptos, de Gestión Judicial, de Estudios y de Personas Jurídicas;

- c. Definir y orientar las políticas de defensa judicial de la Secretaría General y de la Administración Distrital;
- d. Orientar la realización de los estudios en el campo jurídico, requeridos por la Secretaría General para fortalecer tanto la **gestión jurídica** como la defensa judicial en el sector central de la Administración Distrital;
- e. Orientar y supervisar la función de registro, vigilancia y control de las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las instituciones de utilidad común cuyo control sea competencia del Distrito Capital y resolver los recursos de ley contra los actos administrativos proferidos por la Subdirección de Personas Jurídicas (Decreto 267, 2007).

EL DECRETO 581 DE 2007, PRIMER HITO EN EL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Ese mismo año y bajo la coordinación de la entonces secretaria general de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Martha Veleño, el 18 de diciembre de 2007, a través del decreto distrital 581 se adopta por primera vez un instrumento de gerencia pública con el objetivo de defender los intereses jurídicos de las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital y adicionalmente se efectúan delegaciones y asignaciones en materia de representación judicial.

El decreto distrital 581 de 2007 se convierte de esta manera en un hito en materia de defensa jurídica en el Distrito Capital, al ser el primer documento que incorpora herramientas de la administración pública en procura de atender de manera oportuna las situaciones litigiosas de las entidades del distrito y aplicar una metodología de prevención

del daño antijurídico, dentro de los objetivos que este primer modelo establecía encontramos en su artículo 3:

- Defender los intereses de Bogotá Distrito Capital, mediante la atención de situaciones litigiosas y/o el accionar judicial oportuno, técnico, integral e idóneo.
- Propiciar nuevos esquemas normativos que viabilicen el Estado Social de Derecho y la efectividad de los derechos particulares y colectivos.
- Privilegiar las acciones afirmativas para proteger poblaciones vulnerables.
- Promover el mejoramiento de los Sistemas de Información Jurídicos del Distrito Capital.
- Realizar los estudios jurídicos necesarios sobre temas de impacto y recurrencia en lo judicial.
- Minimizar los riesgos en la gestión administrativa con incidencia en lo jurídico, mediante la aplicación de la metodología de prevención de daño antijurídico, de acuerdo con la Circular 26 del 07 de abril de 2005 de la Secretaría General o disposiciones que la modifiquen (Decreto Distrital 581, 2007).

La adopción del modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital en el año 2007 en palabras de la Doctora Martha Veleño (2023), buscó corregir las falencias que presentaban las oficinas jurídicas de las más de 50 entidades del distrito para esa época entre las que se encontraban, la falta de información sobre demandas en contra del distrito, la ausencia de instrumentos de dirección y manejo de la información, una inexistente coordinación entre las entidades para asumir defensas conjuntas del distrito capital, entidades que sin coordinación demandaban normas nacionales en muchos casos en contravía de ellos intereses del distrito,

ausencia de estrategia para asumir la defensa cuando eran más de dos entidades las demandadas dentro de un mismo proceso, entre otros.

Cumpliendo con el mandato que el Concejo de la ciudad le había dado en el Acuerdo 256 de 2007 se señaló de manera expresa en su artículo 2º que correspondía a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., lo siguiente:

liderar la formulación, adopción, seguimiento y ejecución de las políticas para el fortalecimiento de la Gerencia Jurídica del Distrito en materia de gestión judicial y de prevención del daño antijurídico, así como mantener actualizada y compilada la normatividad del Distrito Capital, y que las entidades y organismos distritales, de todos los niveles y sectores, incluidas las empresas de servicios públicos domiciliarios, oficiales o mixtas, los órganos de control y entes autónomos, deben implementar y dar cumplimiento a las políticas y directrices, que en materia de representación y defensa judicial adopte la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. (Acuerdo Distrital 256, 2007).

PLAN DISTRITAL DE DESARROLLO Y LA INCLUSIÓN DE LA GERENCIA JURÍDICA PÚBLICA

Un año después y ya bajo la administración del alcalde Samuel Moreno Rojas el Acuerdo 308 de 2008, por el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá, D. C., 2008 - 2012 "Bogotá Positiva: Para Vivir Mejor" se estableció dentro del capítulo VI dedicado a la Gestión Pública Efectiva y Transparente como una de sus estrategias la de, consolidar la gerencia jurídica pública, y como uno de los programas previstos en el artículo 27 la de "consolidar el sistema de gerencia jurídica pública para la ciudadanía y la administración, a través de estrategias normativas, esquemas de prevención de conductas sancionables, la prevención del daño

antijurídico, la defensa judicial del Distrito, y la vigilancia a entidades sin ánimo de lucro” (Concejo de Bogotá, Acuerdo 308, 2008).

De esta manera se establecieron por primera vez proyectos, metas y línea base enfocados en la gerencia jurídica pública.

De este primer ejercicio orientado a establecer una métrica que pudiese evaluar el recién concebido modelo de gerencia jurídica pública debe resaltarse la meta de éxito procesal, es decir el porcentaje de procesos donde la administración ha sido demanda y cuyo resultado final es favorable para la entidad que para el año 2007 era del 77% y se fijaba una meta para ese cuatrienio del 78%.

De igual manera y ante la evidencia de la falta de coordinación entre las oficinas jurídicas se estableció como meta la de consolidar en un 100% el cuerpo de abogados del distrito buscando el fortalecimiento de las instancias de coordinación.

Ambas metas tenían un componente de reporte de información centralizado y a cargo de la Secretaría General:

TABLA 14 INDICADORES ACUERDO DISTRITAL 308 DE 2008

Gerencia jurídica pública integral		
Sectores relacionados: Gobierno, Cultura, Recreación y Deporte, Planeación, Movilidad, Salud, Educación, Gestión Pública, Hacienda, Integración Social, Ambiente, Hábitat, Desarrollo Económico		
Proyectos	Metas	Línea Base
Sistema de gerencia jurídica pública para la ciudad	Consolidar en un 100% el cuerpo de abogados institucional, que fortalezca las instancias de coordinación y los sistemas de información jurídicos	0
	Integrar 6 entidades distritales al Sistema de Información de Personas Jurídicas	1 Entidad. Secretaría General
	Orientar a 2.000.000 de ciudadanos respecto a los derechos y obligaciones de las entidades sin ánimo de lucro	8.000 Registro de Talleres y Orientaciones
	Fortalecer el 100% de los procesos de apoyo a la gestión integral de riesgo público	
	Alcanzar el 78% de providencias judiciales que terminan en procesos a favor del Distrito Capital	77% - SGRAL

Fuente: Concejo de Bogotá, 2008

Para el año 2009 se hace necesario realizar modificaciones en las funciones de la Secretaría General así como en su organigrama buscando contar con un equipo especializado que llevará a cabo las metas propuestas en el plan desarrollo e iniciará la consolidación del modelo de gerencia jurídica pública que había sentado sus bases unos años atrás. De este modo mediante la expedición del Decreto 502 y con para lograr el logro del objetivo propuesto, señalaba su exposición de motivos, se hacía necesario la redistribución de funciones para asegurar la efectiva y eficiente prestación de los servicios (Decreto Distrital 502, 2009).

En razón a lo anterior se modificaron las funciones de la Dirección Jurídica Distrital, y se dejaron de manera explícita en cabeza de esta Dirección, y se establecen los tres pilares que hasta la fecha de hoy, han soportado el modelo de gerencia jurídica pública: la defensa judicial, la prevención del daño antijurídico en el Distrito Capital y la orientación de la gerencia jurídica⁵⁶.

⁵⁶ El artículo 26 del Decreto 502 de 2009 que subrogó el artículo 26 del Decreto 267 de 2007 establece: **"Son funciones de la Dirección Jurídica Distrital, las siguientes:**

- 1. Orientar la gerencia jurídica, la defensa judicial y la prevención del daño antijurídico del Distrito Capital, conforme a las normas vigentes en la materia.**
 - 2. Asistir y apoyar jurídicamente al (la) Alcalde (sa) Mayor de Bogotá, D.C., a su Despacho y al (a la) Secretario (a) General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.**
 - 3. Orientar y gerenciar el desarrollo de las actividades, la proyección y fortalecimiento de las competencias jurídicas del Cuerpo de Abogados del Distrito Capital.**
 - 4. Orientar y gerenciar el desarrollo de las actividades del Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública.**
 - 5. Orientar y gerenciar el desarrollo de las actividades del Comité Jurídico Distrital y del Comisión Intersectorial de Apoyo a la Contratación.**
 - 6. Unificar, con carácter prevalente, la doctrina jurídica distrital cuando exista disparidad de criterios jurídicos entre sectores administrativos** o al interior de un mismo sector administrativo, a solicitud del (la) Alcalde (sa) Mayor o del respectivo Secretario (a) de Despacho. En los demás casos, le corresponderá a las respectivas direcciones y oficinas jurídicas de cada sector unificar la posición sectorial.
- La Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C, señalará los requisitos y documentos que se deberán cumplimentar con la solicitud de unificación prevalente de la doctrina distrital.
- 7. Procurar el desarrollo, mantenimiento e implementación de los sistemas de información jurídica.**

Tras cuatro años de expedición del Decreto 581 de 2007 que adoptó por primera vez un modelo de gerencia jurídica, en el año 2011 y al cierre de la administración de la alcaldesa Clara López Obregón, se expide el Decreto 654 que de manera extensa desarrolla los tres pilares que señalamos anteriormente y si bien recoge aspectos consignados en el modelo anterior se avanza en el establecimiento de políticas, lineamientos, funciones y directrices enfocadas a consolidar el modelo de gerencia pública, reafirmando como ejes fundamentales del modelo de gerencia jurídica pública la prevención del daño antijurídico y la defensa judicial⁵⁷.

-
8. Aprobar la elaboración y publicación de estudios jurídicos de interés distrital, función que ejercerá bajo la coordinación del (la) Secretario (a) General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.
 9. Certificar las vigencias normativas sobre los Decretos, Resoluciones, Directivas y Circulares proferidos por el (la) Alcalde (sa) Mayor, siempre que esta competencia no corresponda a otra autoridad, y se cumplan las previsiones contenidas en las disposiciones que regulen la materia.
Para el trámite respectivo se adelantará el procedimiento establecido en el artículo 2º del Decreto 205 de 2008 o de la norma que lo sustituya o modifique.
 10. Intervenir y proponer fórmulas de arreglo directo cuando surjan conflictos administrativos entre los organismos y entidades distritales.
 11. Orientar, articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de las funciones a cargo de las Subdirecciones que integran la Dirección Jurídica Distrital.
 12. Resolver sobre la procedencia de los recursos de apelación, queja y revocatoria directa que se interpongan ante el Despacho del (la) Alcalde (sa) Mayor, en contra de los actos administrativos proferidos por aquél u otras autoridades distritales.
 13. Resolver los recursos de apelación y/o queja contra los actos administrativos proferidos por la Subdirección Distrital Inspección, Vigilancia y Control de Personas Jurídicas sin Ánimo de Lucro y de las demás Subdirecciones que integran la Dirección Jurídica Distrital de Bogotá, D.C, cuando aquéllos sean precedentes.
 14. Desarrollar las demás funciones que le sean asignadas.

⁵⁷ En su artículo 2 se lee: “Ejes fundamentales del Modelo de Gerencia Jurídica Pública. El modelo se desarrolla sobre dos ejes fundamentales a través de claras líneas de acción que interactúan entre sí:

2.1. *Prevención del Daño Antijurídico*. Definición de políticas desde una doble perspectiva: Una interna, que abarca la eficacia y eficiencia en el desarrollo de las actividades misionales y otra externa, que busca orientar la actividad particular garantizando el cumplimiento de la legislación vigente que les es aplicable.

2.2. *Defensa judicial*. Estructuración de estrategias unificadas y calculadas, coordinación interinstitucional para la materialización de dichas directrices, seguimiento de procesos judiciales y elaboración de estadísticas confiables, asesoría e investigación de la gestión jurídica, y tecnificación de labores de archivo y seguimiento.

Estas líneas de acción a su vez, se materializan en planes de gestión concretos que se sirven de importantes herramientas tales como: Sistemas de información jurídica en red, realización de diagnósticos y estudios que fortalezcan la gestión jurídica, emisión de doctrina distrital a través de conceptos, expedición de normas

Este nuevo modelo señalaba con claridad los objetivos trazados los cuales estaban orientados a consolidar el nuevo modelo, al revisar el artículo 3º del Decreto se encuentran entre otros los siguientes objetivos:

1. Defender los intereses de Bogotá Distrito Capital, mediante la atención de situaciones litigiosas y/o el accionar judicial oportuno, técnico, integral e idóneo.
2. Promover el mejoramiento y posicionamiento de los Sistemas de Información Jurídicos del Distrito Capital.
3. Realizar los estudios jurídicos necesarios sobre temas de impacto y recurrencia en lo jurídico y judicial.
4. Definir estrategias de mediano y largo plazo en las que se incremente la capacidad de prever tanto las fallas administrativas, como los riesgos en la gestión administrativa con incidencia en lo jurídico y prevenir potenciales litigios.
5. Reducir el daño antijurídico causado.
6. Contrarrestar conflictos estructurales, o daños sistemáticos, y lograr dar una solución no solo al caso concreto con intervención judicial, sino a la falla estructural que genera el reclamo en un nivel más abstracto y general.
7. Aprovechar los recursos e infraestructura del Distrito como gestor de políticas en el escenario administrativo, y como litigante frecuente.

específicas que den solución a vacíos del sistema jurídico y a problemas materiales concretos, y capacitación a funcionarios y ciudadanos.

8. Previsión y cálculo a efecto de disminuir la sobredemanda de servicios jurídicos frente a una capacidad de respuesta insuficiente (Decreto Distrital 654, 2011).

Sin el rigor que hoy en día existe para definir una política pública, el nuevo modelo desarrolló de manera extensa la defensa judicial como una política pública, señalando en los artículos 78 que:

la defensa judicial es un componente de naturaleza reactiva, que obra ex post, esto es, su desarrollo se produce a partir del presunto daño en que se basa la reclamación que exige defensa; desde lo institucional es una cuestión de orden propiamente jurídico y por tanto de responsabilidad de las instancias de gestión jurídica en la entidad (Decreto Distrital 654, 2011).

Para lograr una defensa judicial efectiva, impartió órdenes y lineamientos a todas las entidades del distrito con el fin de buscar articular y coordinar a través de la Subdirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., posiciones conjuntas frente a procesos judiciales que se afrontaran, siendo los comité jurídico distrital y el comité de conciliación las instancias en donde se reflejaría la unificación de posiciones y líneas de defensa.

A juicio de Veleño (2023) una de los mayores riesgos que a nivel jurídico afrontaba la ciudad en ese momento era la desvinculación de personas de las entidades sin tener en cuenta la normatividad laboral que protegía a personas en situación especial como es el caso de mujeres embarazadas o personas próximas a pensionarse, no en vano el decreto recoge en un capítulo lineamientos y directrices a las entidades frente al proceso al que

debían atenerse al momento de desvincular funcionarios, impartiendo ordenes frente a modificaciones de planta, retiro forzoso, supresión de cargos, derecho preferencial entre otros.

Del mismo modo y de manera extensa, se estableció un capítulo dedicado a la contratación pública de las entidades distritales que las entidades en cabeza de las oficinas jurídicas deberían acatar en materia de contratación, buscando la organización de manera unificada de los lineamientos contenidos en las directivas y circulares expedidas por la Administración Distrital durante los últimos años. Sin embargo estas disposiciones tuvieron vigencia menos de un año toda vez que con la entrada en vigencia del Decreto Ley 019 de 2012, "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", el cual reguló entre otras materias aspectos referidos a la contratación estatal y del Decreto 734 de 2012, reglamentario del Estatuto General de la Administración Pública que derogaron numerosas disposiciones normativas en materia contractual de aplicación por parte de las entidades públicas las disposiciones sobre contratación estatal que se habían incluido en el Decreto 654 de 2011 carecían de aplicabilidad. Sin embargo es de resaltar los esfuerzos de la administración distrital por regular de manera anticipada aspectos en el tema de contratación distrital que no habían sido reglamentados por el gobierno nacional.

2012: AÑO DE LA GERENCIA JURÍDICA INTEGRAL

En el año 2012 y con la expedición del Acuerdo Distrital 489 por el cual se adoptó el plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas de la administración del alcalde Gustavo Petro para el cuatrienio 2012-2016, se incluye como programa del plan

el del fortalecimiento de la función administrativa y desarrollo institucional el componente de gerencia jurídica integral al señalar:

Fortalecer la función administrativa distrital a través de estrategias de mejoramiento continuo de la gestión y compromiso con la ética pública; la institucionalización del empleo digno y decente, basado en el mérito y el respeto por los derechos laborales para el ingreso a la carrera administrativa; la disposición de equipamientos, infraestructura física, tecnológica e informática y de comunicaciones de las entidades distritales y locales; la consolidación de una gerencia jurídica integral, transparente, oportuna y eficiente, para defender los intereses del distrito; la administración de la gestión documental y la promoción de una cultura de respeto y servicio a la ciudadanía, garante de derechos. Se hará énfasis en el fortalecimiento de la gestión gerencial de la Hacienda Pública, con el fin de fomentar la confianza de las y los contribuyentes (Acuerdo Distrital 489, 2012).

Para su desarrollo se estableció como proyecto prioritario el de la gerencia jurídica distrital en el que se definió como:

la gerencia jurídica transversal en el distrito para la formulación, implementación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico; de la defensa judicial; de las responsabilidades disciplinarias; de la inspección vigilancia y control de las personas jurídicas sin ánimo de lucro; y el ejercicio de la actividad normativa y conceptual en garantía de los derechos de la ciudadanía de forma digna y humana (Acuerdo Distrital 489, 2012).

Dentro de las metas del plan de desarrollo que se establecieron para el programa de gerencia jurídica integral, encontramos nuevamente y conforme a los dos planes de desarrollo que antecedieron: mantener un nivel de éxito procesal en término de valor de las pretensiones indexadas respecto de los procesos judiciales favorables al distrito, esta vez en un porcentaje del 82%.

Al consultar el informe componente de gestión de la Secretaría de Planeación a corte 31 de diciembre de 2015 sobre los resultados de esta meta al final del cuatrienio se señala que “aunque la meta propuesta se alcanzó, la Dirección Jurídica Distrital continuará con la auditoría del sistema de información de procesos judiciales SIPROJWEB en todas las entidades y organismos distritales” (Secretaría Distrital de Planeación, Informe componente de gestión, 2015).

En el informe se lee que “el impacto del éxito procesal acumulado por la Gerencia Jurídica del Estado en términos de pretensiones indexadas ha permitido ahorrar a la ciudad \$3 billones de pesos y el D.C. ha sido condenado en 659 mil millones de pesos, lo cual representa un éxito del 82%.” (Secretaría Distrital de Planeación, Informe componente de gestión, 2015).

Igualmente, en el informe se advierte que: “A 31 de diciembre de 2015 en el D.C. se tenían 6.691 procesos terminados, de los cuales 4.759 habían sido favorables y 1.932 desfavorables, alcanzando un éxito procesal cualitativo del 82% y un éxito procesal cuantitativo del 71,13%” (Secretaría Distrital de Planeación, Informe componente de gestión, 2015).

Bajo la administración del alcalde Gustavo Petro y con el fin de adecuar lo señalado en el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas en los procesos contencioso administrativos por el respectivo alcalde distrital, pero con la opción de distribuir tales negocios entre las entidades y organismos distritales del sector central y dado conforme numeral 6° del artículo 38 del Estatuto Orgánico de Bogotá en concordancia con el artículo 53 ídem, se expidió el decreto 445 de 2015 por medio del cual se asignaron funciones en materia de representación legal, judicial y extrajudicial en cabeza de directores y secretarios, lo anterior con el fin de optimizar la defensa judicial y lograr una mejor coordinación entre entidades del mismo sector.

2016-2019 EL CUATRIENIO DE LA CONSOLIDACIÓN Y FORTALECIMIENTO DEL MODELO DE GESTIÓN JURÍDICA EN EL DISTRITO

El año siguiente y ya bajo la administración del alcalde Enrique Peñalosa fue sancionado el Acuerdo Distrital 645 de 2016 por el cual se expidió el plan de desarrollo Bogotá Mejor Para Todos 2016 – 2020, en el cual, se reconocía la labor de la administración distrital en materia de defensa judicial al señalar en su parte motiva:

La ciudad es referente nacional e internacional en el manejo de los temas legales y la prevención del daño antijurídico. Esto se ha logrado a través de la asesoría integral en asuntos de impacto jurídico distrital y manejo de relaciones jurídicas con otros entes territoriales. Bogotá ha optimizado los procesos de defensa judicial y prevención del daño antijurídico, medidos en términos de éxito procesal. La ciudad cuenta con unos sistemas de información jurídica fortalecidos para el

cumplimiento de las metas y la creación y actualización de nuevos sistemas (Acuerdo Distrital 645, 2016)..

Como proyecto de inversión dentro del plan distrital de Desarrollo de la administración del alcalde Enrique Peñalosa se estableció el de “Implementación y fortalecimiento de la gerencia Jurídica Transversal para una Bogotá eficiente y mejor para todos” en el que se incluyeron 10 metas producto, siendo para efectos del presente trabajo la de mayor relevancia la de “Mantener el 82% de eficiencia fiscal para la defensa judicial en el Distrito Capital” así como la de “Implementar un (1) modelo de Gerencia Jurídica”.

Ese mismo año y con el impulso de la administración distrital se tramita en el concejo de la ciudad el Acuerdo Distrital 638 de 2016 mediante el cual se crea el sector Administrativo de Gestión Jurídica integrado por una nueva secretaría: la Secretaría Jurídica Distrital.

Sin lugar a dudas la creación de la SJD se convierte, después de la adopción del primer modelo de gerencia jurídica pública en el año 2007 en el hito más importante dentro de las políticas de defensa judicial de la ciudad y prevención del daño antijurídico para las entidades distritales. El Acuerdo en mención le entregó a la recién creada entidad “la misión de formular, adoptar, ejecutar, liderar, dirigir, coordinar, orientar y evaluar las políticas de gerencia jurídica y de prevención del daño antijurídico para la defensa de los intereses del Distrito Capital” (Acuerdo Distrital 638, 2016)⁵⁸.

⁵⁸ Entre las funciones que le fueron entregadas y que venían de la dirección de defensa que estaba en la Secretaría general encontramos:

1. Asistir, asesorar y apoyar jurídicamente al Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.
2. Formular, adoptar, orientar y coordinar la gerencia jurídica del Distrito Capital y la definición, adopción y ejecución de las políticas en materia de gestión judicial y de prevención del daño antijurídico del Distrito Capital, conforme a las normas vigentes en la materia.

La exposición de motivos del proyecto de Acuerdo 070 de 2016 señalaba que el objetivo de la creación de la Secretaría Jurídica buscaba:

posicionar en la agenda institucional del Distrito Capital de Bogotá un modelo gerencial de servicios jurídicos, en procura de lograr la optimización de la gestión jurídica de la administración Distrital a través de estrategias normativas, la prevención del daño antijurídico, la defensa judicial, la orientación en la gestión contractual y el ejercicio de la función disciplinaria, con la facultad de liderar y orientar la formulación de las políticas generales, estrategias, planes, programas y

-
3. Asesorar, revisar y evaluar la legalidad, pertinencia, coherencia y conveniencia de los proyectos de decreto del Gobierno Distrital y de los proyectos de actos administrativos del Alcalde o Alcaldesa o los que deba sancionar o suscribir.
 4. Coordinar y asesorar la formulación de la política jurídica de las secretarías, subsecretarías, direcciones, oficinas o asesorías jurídicas de las entidades y organismos distritales, o de las dependencias que hagan sus veces, con el fin de realizar el seguimiento necesario para mantener la unidad de criterio jurídico, en aras de prevenir el daño antijurídico; y ejercer poder preferente a nivel central, descentralizado y local en los casos que la Administración lo determine.
 5. Unificar, con carácter prevalente, la doctrina jurídica distrital cuando exista disparidad de criterios jurídicos entre sectores administrativos o al interior de un mismo sector administrativo.
 6. Orientar la gerencia del desarrollo, proyección y fortalecimiento de las competencias jurídicas del Cuerpo de Abogados del Distrito Capital.
 7. Realizar estudios, investigaciones y análisis jurisprudenciales y doctrinales que beneficien y soporten la gestión desarrollada por las oficinas jurídicas de las entidades y organismos del Distrito.
 8. Diseñar e implementar las políticas públicas en materia disciplinaria que contribuyan al fortalecimiento institucional, al desarrollo de la Administración Distrital y a la lucha contra la corrupción.
 9. Diseñar e implementar las políticas de divulgación del ordenamiento normativo y de acceso a la información jurídica.
 10. Procurar el desarrollo, mantenimiento e implementación de los sistemas de información jurídica.
 11. Apoyar, orientar y asesorar la gestión de las entidades y organismos distritales para definir políticas públicas en materia de contratación, unificando criterios en cuanto a la aplicación de las normas y generando mecanismos para la ejecución concertada de acciones en materia de contratación.
 12. Ejercer la Defensa del Distrito Capital en los procesos judiciales y mecanismos alternativos de solución de conflictos que por razones de importancia económica, social, ambiental, de seguridad o cultural considere conveniente.
 13. Solicitar a las distintas entidades y organismos distritales informe sobre el estado de los asuntos litigiosos los cuales sean parte, a efectos de unificar los criterios de acción judicial de la Administración Distrital.
 14. Solicitar periódicamente a las entidades y organismos distritales información sobre contratos, convenios y demás negocios jurídicos celebrados con personas jurídicas sin ánimo de lucro” (Acuerdo Distrital 638, 2016).

proyectos, garantizando la unidad de criterio en materia jurídica (Proyecto de Acuerdo Distrital 070, 2016).

Frente a la prevención del daño antijurídico señalaba la exposición de motivos del proyecto de acuerdo que la Secretaría Jurídica tenía dentro de sus funciones la de orientar a un modelo de gestión jurídica que permitiese entre otros, la defensa de los intereses de la ciudad y de los recursos públicos y ante todo la garantía de los derechos de los ciudadanos. Reconocía que para cumplir con estos fines debía entregarse estas funciones a una entidad del nivel central enfocado en la misión del sector y en segunda medida en el desarrollo diario de los requerimientos del alcalde mayor y del Distrito Capital.

Respecto a la prevención del daño antijurídico como argumento para la creación de la secretaría jurídica se indicó:

en materia de prevención del daño antijurídico, la Secretaría Jurídica será una instancia que permita orientar la gestión de las entidades y organismos distritales en materia de políticas de contratación, unificando la aplicación de las normas y mecanismos para la ejecución concertada de las acciones en materia de contratación, que permitan que la misma se realice de manera transparente en el Distrito Capital, adoptando buenas prácticas administrativas en materia de contratación con miras a brindar a la administración una herramienta que permita incrementar la transparencia y la libre competencia en el desarrollo de la gestión pública y jurídica (Acuerdo Distrital 638, 2016).

Conscientes de la necesidad de un fortalecimiento institucional especializado en la gestión jurídica, en la representación legal, judicial y extrajudicial en el marco de las estrategias de

prevención del daño antijurídico y de defensa judicial el concejo de la ciudad aprobó el proyecto de acuerdo y de este modo se crea la SJD.

Ese mismo año se expide el Decreto 323 de 2016, por medio del cual se establece la estructura organizacional de la SJD, el cual además de establecer los cargos y funciones, señaló como funciones, entre otras, la de “formular, adoptar, orientar y coordinar la gerencia jurídica del Distrito Capital y la definición, adopción y ejecución de las políticas en materia de gestión judicial y de prevención del daño antijurídico del Distrito Capital, conforme a las normas vigentes en la materia” (Decreto Distrital 323, 2016).

Como consecuencia de la creación de la Secretaría Jurídica, de los cambios normativos entre ellos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011), el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563, 2012), así como nuevas directrices emanadas por parte de la ANDJE respecto a prevención del daño antijurídico y de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente frente a temas de contratación estatal y las nuevas funciones que fueron establecidas en cabeza de la SJD orientadas a la promoción de mecanismos de articulación que permitieran ejercer acciones de coordinación en materia jurídica en todos los niveles de la administración distrital además de promover una gestión de cambio y mejoramiento continuo, no solo de las oficinas jurídicas, sino de todas las entidades en procura de la defensa de los intereses de la ciudad y del patrimonio público se modificó el Decreto 654 de 2011 adoptándose un renovado MGJP del Distrito Capital mediante la expedición del Decreto Distrital 430 de 2018.

En el año 2019 mediante la expedición del Decreto Distrital 798, se modificó en algunas funciones la estructura organizacional de la SJD asignándole nuevas funciones a la Subsecretaría Jurídica Distrital siendo la más significativa la función de mediación otorgada a la entidad en el artículo 17 del Decreto Distrital 212 de 2018.

Este nuevo modelo recoge aspectos significativos del modelo anterior, pero como valor agregado reitera que el responsable de la gerencia jurídica pública es la SJD, de igual manera fortalece aspectos claves como la defensa judicial, al establecer de manera obligatoria que:

las entidades y organismos distritales deberán informar a la SJD las decisiones judiciales, laudos arbitrales y/o decisiones que tengan impacto en la defensa jurídica del Distrito Capital con el objeto de que las mismas sean analizadas y socializadas a través de los espacios de coordinación jurídica dispuestos para el efecto (Decreto Distrital 430, 2018, art. 26).

En el modelo se da un papel fundamental al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, estableciéndose como el cuarto componente transversal del MGJP, para lo cual se indica que el uso de herramientas y sistemas de información permitirá a las entidades del distrito y a su cuerpo de abogados disponer de recursos para el tratamiento, seguimiento y control de la información jurídica de alto impacto en el Distrito Capital.

El nuevo MGJP que es aplicable al día de hoy para a todas las entidades y organismos distritales, se enmarca en tres componentes, el primero de ellos un

componente estratégico, un componente temático y por último un componente transversal.

Dentro del componente temático y conforme lo señala el artículo 6 del decreto en mención, se incluye:

- Asesoría Jurídica.
- Producción Normativa.
- Defensa Judicial.
- Contratación Pública.
- Función Disciplinaria.
- Función de Inspección, Vigilancia y Control -IVC-

Dentro del componente transversal, el MGJP se incluyen:

- Prevención del Daño Antijurídico.
- Fortalecimiento de las competencias jurídicas del cuerpo de abogados del Distrito Capital.
- Coordinación Jurídica Distrital.
- Información Jurídica con soporte en las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones.

La defensa judicial en el nuevo Modelo es considerada, a la luz del artículo 24 del Decreto Distrital 430 de 2018, como “una actividad que tiene por objeto la protección de los intereses de las entidades y organismos distritales discutidos en sede jurisdiccional o a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, bien sea actuando como demandantes, como demandados o vinculados”. Así, se obliga a los apoderados del Distrito

Capital “a participar en la estructuración de estrategias unificadas y calculadas, apoyar y participar en la coordinación interinstitucional para la materialización de las directrices sobre defensa y representación judicial y a realizar el seguimiento de procesos judiciales elaborando, cuando se requiera las estadísticas necesarias para la gestión” (Decreto Distrital 430, 2018, art. 24).

Para Julian Fabrizzio Huerfano (2023), en entrevista rendida en el marco de esta investigación, jefe de la oficina jurídica de la SED, esta visión holística de asumir la defensa de los intereses jurídicos del Distrito y buscar aunar esfuerzos en procura de abordar los litigios en contra de las entidades distritales, es lo que ha permitido en buena medida que se fortalezcan las líneas de defensa, que se mejore el recaudo de pruebas, la formas en que se contestan o presentan las demandas, y en general que los abogados que asumen dentro de un proceso litigioso la defensa de una entidad se sientan respaldados en su accionar no solo por la oficina jurídica donde laboran sino también por el cuerpo de abogados del Distrito Capital y a su vez por los lineamientos que imparte la SJD la cual en su calidad de Gerente del MGJP, formula políticas y establece lineamientos de defensa judicial además de participar en la discusión de las estrategias de defensa, cuando así lo requieran las entidades.

Una mención especial merece el tratamiento que en este nuevo modelo se le da a la prevención del daño antijurídico al considerarlo como parte de la Defensa Judicial el cual consiste en:

solucionar, mitigar o controlar la falencia administrativa o misional que genera litigiosidad, responsabilizando a las entidades y organismos distritales desarrollarán la prevención de conductas que puedan generar una lesión ilegítima o

daños a los particulares o al Distrito Capital, que en el ejercicio de la función pública lleven a la administración a responder por los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales que se causen (Decreto Distrital 430, 2018, art. 39).

EL MODELO INTEGRADO DE PLANEACIÓN Y GESTIÓN – MIPG- Y SU IMPACTO EN LA DEFENSA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DISTRITALES

El Sistema de Gestión se encuentra definido Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, como “el conjunto de entidades y organismos del Estado, políticas, normas, recursos e información, cuyo objeto es dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad” (Gobierno Nacional, 2015, art. 2.2.22.1.1).

Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, que ordenó la integración y articulación de tres sistemas, con la finalidad de fortalecer los “mecanismos, métodos y procedimientos de control al interior de los organismos y entidades del Estado” .

En primer lugar, el sistema de gestión de la calidad definido en la Ley 872 de 2003, como “una herramienta para dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de las entidades, con un enfoque basado en los procesos y las expectativas de usuarios, destinatarios y beneficiarios de las funciones asignadas por el ordenamiento” (Ley 872, 2003, art. 1).

Para estos efectos, la mencionada Ley señaló que el sistema tendría como base fundamental el diseño de indicadores para medir variables de eficiencia, de resultado y de impacto, facilitando el seguimiento por parte de los ciudadanos y de los organismos de

control (Ley 872, 2003, art. 4), con miras a disminuir la duplicidad de funciones, las peticiones por incumplimiento, quejas, reclamos, denuncias y demandas, así como ajustar los procedimientos, metodologías y requisitos a los exigidos por normas técnicas internacionales sobre gestión de la calidad (art. 5).

En segundo lugar, el sistema de desarrollo administrativo, previsto en los artículos 15 a 23 de la Ley 489 de 1998⁵⁹, definido como “un conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos humanos, técnicos, materiales, físicos, y financieros de las entidades de la Administración Pública, orientado a fortalecer la capacidad administrativa y el desempeño institucional”.

De conformidad con las referidas disposiciones, el sistema se fundamenta en el Plan Nacional de Formación y Capacitación, y en las políticas de desarrollo administrativo, formulados por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Finalmente, se ordenó por el referido artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 la articulación del sistema de gestión que integre los dos primeros sistemas, con los sistemas nacional e institucional de control interno consagrados en la Ley 87 de 1993 y en los artículos 27 a 29 de la Ley 489 de 1998. El control interno comprende “el esquema de organización y el conjunto de planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, a efectos de procurar que sus actividades, operaciones y actuaciones, se realicen de acuerdo con las normas

⁵⁹ Cabe destacar, que, de conformidad con el tercer inciso del artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, los artículos 15 a 23 de la Ley 489 de 1998 perdieron su vigencia, con la reglamentación y entrada en aplicación del nuevo Modelo de Gestión de que trata dicha norma.

vigentes, así como dentro de las políticas trazadas por la dirección y atendiendo las metas u objetivos previstos” (Ley 87, 1993, art. 1).

Bajo este marco, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1499 de 2017, que contiene lo relacionado con el objeto e instancias del Sistema de Gestión, su articulación con los sistemas de control interno y el Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG), que consiste en el marco de referencia que permite a las entidades dirigir, planear ejecutar, hacer seguimiento, evaluar y controlar la gestión institucional, con el fin de generar resultados que permitan resolver las necesidades y problemas de la ciudadanía, con integridad y calidad en el servicio, a partir de lo contemplado en los planes de desarrollo⁶⁰.

El Modelo es de obligatoria adopción en los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial de la Rama Ejecutiva del Poder Público (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.22.3.2) y tiene entre sus objetivos “agilizar, simplificar y flexibilizar la operación de las entidades; desarrollar una cultura organizacional fundamentada en la información, el control y la evaluación, para la toma de decisiones y la mejora continua; la facilitación y promoción de la participación ciudadana en la planeación, gestión y evaluación de las entidades públicas, así como la promoción de la coordinación entre entidades públicas para mejorar su gestión y desempeño” (Decreto Nacional 1083, 2015, art. 2.2.22.3.2).

Para estos efectos, el MIPG opera a través de siete (7) dimensiones, que parten de los procesos cargo de las entidades y sus servidores, y las cuestiones propias de la gestión pública, a saber: “(i) gestión del talento humano; (ii) direccionamiento estratégico y planeación; (iii) gestión con valores para resultados; (iv) evaluación de resultados; (v)

⁶⁰ Artículo 2.2.22.3.2. del Decreto 1083 de 2015.

información y comunicación; (vi) gestión del conocimiento y la innovación; (vii) control interno” (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023).

Estas dimensiones, a su vez, se desarrollan a través de una o varias políticas de gestión y desempeño institucional, entendidas como el conjunto de lineamientos, directrices e instrucciones formulados por las entidades líderes de política para el desarrollo de la gestión y el desempeño institucional de las entidades. Las políticas se encuentran enunciadas en el artículo 2.2.22.2.1. del Decreto 1083 de 2015, en virtud del cual, están llamadas a ser implementadas a través de planes, programas, proyectos, metodologías y estrategias, según las normas que las regulen o reglamenten. Entre estas, resulta pertinente destacar las siguientes, por su relación con los modelos de gestión jurídica pública.

- Compras y Contratación Pública

Esta política fue incorporada por el Decreto Nacional 742 de 2021, previa recomendación del Consejo para la Gestión y el Desempeño Institucional Decreto 742 de 2021, considerando No. 11 (Decreto 742, 2021, considerando 11), bajo el liderazgo de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente⁶¹, con miras a que, mediante plataformas tecnológicas, lineamientos normativos, documentos estándar, técnicas de aprovisionamiento estratégico e instrumentos de agregación de demanda, las entidades estatales gestionen adecuadamente sus compras y contrataciones públicas, mejorando de forma continua los niveles de calidad y servicio, y satisfacción de sus necesidades (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023).

⁶¹ Esto, partiendo de que el artículo 2° del Decreto Ley 4170 de 2011, estableció como objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente *“desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado”*.

Al respecto, la parte considerativa de la referida norma señaló lo siguiente:

Que como quiera que la política de compras y contratación pública permite a las entidades estatales alinearse a las mejores prácticas en abastecimiento y contratación, para fortalecer la satisfacción de las necesidades públicas (eficacia), con menores recursos (eficiencia), altos estándares de calidad, pluralidad de oferentes y garantía de transparencia y rendición de cuentas, se hace necesario adoptar la política de gestión y desempeño institucional de Compras y Contratación Pública dentro del Modelo Integrado de Planeación y Gestión, con el propósito de que la gestión contractual de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial se efectúe de manera articulada y acorde con los lineamientos dispuestos por el órgano rector en la materia (Decreto Nacional 742, 2021).

En este orden ideas, a partir de la incorporación normativa referida, la política de compras y contratación pública hace parte de la dimensión de Direccionamiento estratégico y planeación del MIPG, bajo el entendido de que las políticas gubernamentales y acciones institucionales se materializan a través de adquisiciones y contratos, por lo que un sistema de contratación estatal eficiente, con altos estándares de calidad, pluralidad de oferentes, garantía de transparencia y rendición de cuentas, permite cumplir oportunamente los objetivos de las entidades, resultando así un asunto estratégico para el Estado (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023).

De conformidad con lo señalado en el Manual Operativo del MIPG (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023), el marco normativo de esta política se encuentra dado por la Constitución Política, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018, 1955 de 2019, 2022 de 2020, 2040 de 2020, el Decreto Ley 4170 de

2011 y el Decreto 1082 de 2015; y entre los lineamientos generales para su implementación se destacan los siguientes:

- Estructurar el Plan Anual de Adquisiciones -PAA-, como herramienta para identificar, registrar, programar y divulgar sus necesidades de obras, bienes y servicios, con el fin de lograr mejores condiciones de competencia mediante la comunicación de información útil y temprana a los proveedores potenciales, evaluar el nivel de ejecución presupuestal, pronosticar la demanda de bienes y servicios durante el año respectivo y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Acuerdos de Libre Comercio en materia de compras públicas.
- Incorporar prácticas de Análisis de Datos y de Abastecimiento Estratégico, mediante la definición de categorías de compra, con base en información histórica, compras recurrentes o periódicas; análisis de demanda y oferta (perfiles de proveedores y mercado) para cada proceso, incluyendo el estudio de alternativas de compra y tendencias en el mercado; análisis de costos de adquisición, mantenimiento, renovación, consumo de servicios públicos, criterios de sostenibilidad ambiental o social, entre otros; así como la garantía de una correcta ejecución de la supervisión o interventoría.
- Promover la competencia, a efectos de obtener mejores condiciones económicas, mayores niveles de calidad, mejoras en la transferencia y beneficios de innovación por parte del sector privado, mediante la utilización de plataformas transaccionales del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), fortalecimiento de los procesos de caracterización de necesidades y mercados asociados, búsqueda constante de nuevos proveedores, entre otros.

- Implementar Lineamientos de Buenas Prácticas (Guías, Manuales) y Documentos Estándar desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en su calidad de ente rector.
 - Emplear la plataforma transaccional SECOP II, que ofrece beneficios como el acceso a la información en tiempo real, la transparencia en el proceso desde la planeación hasta la liquidación, la reducción de costos, el aumento de la competencia y el fomento del control social a la gestión pública.
 - Hacer uso de Instrumentos de Agregación de Demanda de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, teniendo en cuenta que los Acuerdo Marco de Precios son instrumentos que permiten coordinar las compras de bienes y servicios de características técnicas uniformes, con los cuales se logra una optimización del uso de los recursos públicos, a partir de la generación de ahorros, al permitir aumentar el poder de negociación del Estado, la consecución de economías de escala, la reducción de tiempos para la contratación y costos de transacción.
- Defensa jurídica.

La Defensa jurídica fue incorporada como política de gestión y desempeño institucional a partir de la expedición del Decreto 1499 de 2017, que, como se mencionó antes, reglamentó el precitado artículo 133 de la Ley 1753 de 2015, el cual ordenó la integración del sistema de control y su articulación con el sistema de control interno.

Esta política hace parte de la dimensión de gestión del conocimiento y la innovación, y busca que las entidades orienten sus actividades en un modelo de Gerencia Jurídica Pública eficiente y eficaz, que permita lograr una disminución del número de demandas y valor de las condenas en contra, aunado a un mejor desempeño en el ciclo judicial y la recuperación

de sumas pagadas por sentencias, conciliación o laudos arbitrales, por vía de acción de repetición o llamamiento en garantía, cuando a ello haya lugar (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023).

De acuerdo con los lineamientos de la ANDJE y el Manual Operativo del MIPG, entre los lineamientos generales para la implementación de esta política pueden destacarse los siguientes:

- Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico, en el marco de los comités de conciliación, que implican una respuesta de carácter transversal en las entidades para reducir los eventos generadores del daño antijurídico y, así, las demandas y condenas en contra.
- Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, transacción y conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto. En este sentido, las entidades deben explorar y promover la utilización de mecanismos de autocomposición y heterocomposición de solución de conflictos, a efectos de satisfacer sus intereses y poner fin a controversias antes de formularlas en sede judicial o arbitral, con el fin de favorecer la descongestión judicial y aprovechar situaciones en las que resulta más rentable esta alternativa, previa evaluación de la existencia del derecho y un análisis del costo de oportunidad.
- Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra de la entidad, esto es, analizar su litigiosidad para determinar las causas generadoras de los conflictos, el índice de condenas, los tipos de daño por los cuales resulta demandado

o condenado, las deficiencias en las actuaciones administrativas y procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

- Definir criterios objetivos para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.
 - La gestión del procedimiento de cumplimiento y pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales debe adelantarse bajo los principios de celeridad, eficacia y eficiencia, con el propósito de reducir la causación de intereses por la mora en el pago, mitigar el impacto fiscal de las condenas y evitar nuevas fuentes de litigiosidad, tales como procesos ejecutivos. En este orden de ideas, las entidades deben incluir en sus presupuestos de servicio de la deuda las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo, de conformidad con la normativa presupuestal aplicable.
 - Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición, así como determinar la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Mejora Normativa

El artículo 2 del Decreto 1299 de 2018 ordenó adicionar la Mejora Normativa como parte de las políticas de gestión y desempeño institucional, de conformidad con la recomendación del Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, en aras de:

con el fin de que abarque aspectos de la calidad en la producción de las normas, su impacto, la racionalización del inventario normativo, la participación y consulta pública en el proceso de elaboración de las normas, la generación de capacidades

dentro de la administración pública, al igual que la defensa y la divulgación del ordenamiento jurídico” (Decreto 1299, 2018, considerando 7).

Como antecedente de dicha norma, se señala que por medio del Documento 3816 de 2014 del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), se dio inicio a la adopción de la política integral de Mejora Normativa en el país, cuyos pilares propenden por el cumplimiento de los objetivos para los cuales se expiden las regulaciones y la protección del ordenamiento jurídico, y, entre sus recomendaciones, se contempló que las acciones de dicha política se articulasen con el MIPG y otras herramientas que permitan su divulgación y seguimiento en las entidades públicas (CONPES, 2014, Documento 3816).

Esta política hace parte de la dimensión de gestión del conocimiento y la innovación, y tiene como objetivo promover el uso de herramientas y buenas prácticas regulatorias, a efectos de que las normas expedidas por la Rama Ejecutiva atiendan parámetros de calidad técnica y jurídica, de modo que resulten eficaces, eficientes, transparentes, coherentes y simples. Lo anterior, en aras de fortalecer la seguridad jurídica y contar con una regulación que promueva el emprendimiento, la competencia, la productividad, el desarrollo económico y el bienestar social (Consejo para la Gestión y Desempeño Institucional, 2023, p. 84).

Como marco normativo de esta política, se mencionan en el Manual Operativo del MIPG los Decretos 2897 de 2011, 1078 de 2015, 1074 de 2015 y 1081 de 2015. Por su parte, en el Manual de la Política de Mejora Normativa (DNP, 2022) se prevén los lineamientos a tener en cuenta en las distintas etapas del ciclo de gobernanza regulatoria,

que incluye la planeación, redacción, consulta pública, revisión, publicación y evaluación de las regulaciones.

Las políticas de gestión y desempeño institucional de Defensa Jurídica, Contratación Pública y mejora normativa incorporadas a MIPG y de obligatorio cumplimiento para las entidades públicas no solo del orden nacional sino también territorial, han impactado favorablemente y de manera complementaria a los modelos de gestión jurídica que se han desarrollado en la administración distrital al contener los lineamientos que han de adoptarse en procura de mejorar el desempeño institucional, la defensa de los intereses de la ciudad, la orientación jurídica y la prevención del daño antijurídico.

Es de extrañar, que este nuevo MGJP no entregue a las entidades del distrito una metodología o al menos pautas para identificar aquellos factores de riesgo que puedan ocasionar un daño antijurídico, ni tampoco contemple mecanismos para realizar análisis de casos particulares que tengan vocación de replicarse en más de una entidad, y si bien le entrega a los comités de conciliación de cada entidad la responsabilidad de analizar de manera integral las causas que originan el daño antijurídico y proponer acciones de prevención, parece insuficiente si se examina desde una visión preventiva más que reactiva, característica que ha marcado los modelos de gestión jurídica desde sus orígenes como lo señalaré en un capítulo posterior.

Posterior a la expedición del nuevo MGJP en el año 2018, se expidieron actos administrativos orientados a complementarlo y desarrollarlo, entre ellos se encuentran:

- Decreto Distrital 838 de 2018, “ Por el cual se establecen lineamientos para el cumplimiento de providencias judiciales y de acuerdos derivados de la aplicación

de un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos- MASC, a cargo de las entidades y organismos distritales.

- Resolución 104 de 2018, “Por medio del cual se establecen las instancias de coordinación de la Gerencia Jurídica en la Administración Distrital y se dictan otras disposiciones”

Sin lugar a dudas la administración distrital en el cuatrienio comprendido entre el 2016-2019 hizo importantes aportes a la consolidación de la defensa judicial de las entidades del distrito no solo por la creación de la SJD a quien la dotó de autonomía administrativa y financiera sino por la consolidación y fortalecimiento que hizo al MGJP buscando aumentar los indicadores de éxito procesal tanto en su medición cuantitativa como cualitativa.

DEL 2020 A LA ACTUALIDAD

El 11 de junio de 2020, en pleno pico de la pandemia de Covid-19 es expedido por parte del Concejo de Bogotá el Acuerdo Distrital 761 de 2020 por medio del cual se adopta el Plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas del Distrito Capital 2020-2024 “Un nuevo contrato social y ambiental para la Bogotá del siglo XXI” de la administración de la alcaldesa Claudia López Hernández.

Respecto al MGJP el plan distrital de desarrollo continúa con la senda de las administraciones anteriores y reafirma que conforme a lo señalado en el Acuerdo Distrital 638 de 2016 la acción jurídica distrital en todos sus órdenes se encuentra bajo la coordinación de la SJD con el objeto de materializar los principios de eficiencia, eficacia, seguridad jurídica, transparencia y moralidad pública mediante el ejercicio unificado y

coherente de la defensa de los intereses distritales, la recuperación del patrimonio público, la prevención del daño antijurídico y la lucha contra la corrupción administrativa.

Adicionalmente, le entrega a la Secretaría la facultad de disponer del ejercicio del poder preferente a nivel central, descentralizado y local para dirigir la defensa judicial y extrajudicial de los intereses del distrito capital, para lo cual podrá asumir directamente la representación judicial en los casos que así lo considere.

De manera adicional dentro del propósito de “Construir Bogotá Región con gobierno abierto, transparente y ciudadanía consciente” (Acuerdo Distrital 761, 2020), estableció entre otras cuatro metas sectoriales orientadas al fortalecimiento de la Gestión Jurídica como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

TABLA 15 METAS PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2020-2024

No.	Propósito	No.	Programa	No. meta	Meta Sectoriales	Sector	Nombre indicador	Línea Base	Fuente	Meta Sectorial 2024
5	Construir Bogotá Región con gobierno abierto, transparente y ciudadanía consciente	56	Gestión Pública Efectiva	485	Crear el modelo de gestión jurídica anticorrupción	Jurídica	Porcentaje de avance de la creación del modelo de gestión jurídica anticorrupción	0		
5	Construir Bogotá Región con gobierno abierto, transparente y ciudadanía consciente	56	Gestión Pública Efectiva	486	Crear el observatorio distrital de contratación y lucha anticorrupción	Jurídica	Porcentaje de avance de la creación del observatorio distrital de contratación y lucha anticorrupción	0		
5	Construir Bogotá Región con gobierno abierto, transparente y ciudadanía consciente	56	Gestión Pública Efectiva	487	Defender el patrimonio Distrital logrando un nivel de éxito procesal del 83%	Jurídica	Nivel de Éxito Procesal en el Distrito Capital	0.82		

5	Construir Bogotá Región con gobierno abierto, transparente y ciudadanía consciente	56	Gestión Pública Efectiva	515	Generar un plan maestro de acciones judiciales para la defensa y la recuperación del patrimonio distrital	Jurídica	Nivel de avance del plan maestro	0	Dirección Distrital de Gestión Judicial – Modelo de Gestión Jurídica	1 plan maestro
---	--	----	--------------------------	-----	---	----------	----------------------------------	---	--	----------------

Fuente: Concejo de Bogotá, 2020

De resaltar el aumento frente al porcentaje de éxito procesal establecer como meta la de – Defender el patrimonio Distrital logrando un nivel de éxito procesal del 83% partiendo de una línea base del 82% con el que terminó la administración inmediatamente anterior. Adicional suma al MGJP un componente no antes previsto, como es el de un modelo de gestión jurídica encaminado a prevenir actos de corrupción.

Las nuevas metas sectoriales impuestas en este plan de desarrollo en torno a un modelo de gerencia jurídica más consolidado, derivó en un desarrollo de actos administrativos tendientes no solo a cumplir con las metas establecidas sino a desarrollar temas contemplados en el Decreto 430 de 2018 que no habían sido puestos en marcha referentes a la defensa judicial:

- Decreto 89 de 2021 “Por medio del cual se establecen lineamientos para el ejercicio de la representación judicial y extrajudicial de Bogotá D.C., y se efectúan unas delegaciones”⁶²
- Decreto 556 de 2021 “Por medio del cual se adopta el Plan Maestro de Acciones Judiciales para la Recuperación del Patrimonio del Distrito Capital”

⁶² Derogó el Decreto Distrital 212 y 270 de 2018 relativos a la misma temática.

- Resolución 212 de 2023 “Por la cual se reglamenta la mediación de controversias jurídicas que se presenten entre organismos y/o entidades distritales”
- Directiva 6 de 2022, “Por la cual se adopta la Política de Defensa Judicial”
- Directiva 4 de 2023, “Adopción del “manual para el seguimiento y representación judicial del distrito capital como víctima en el marco del ordenamiento jurídico penal colombiano”

Frente al componente anticorrupción dentro del modelo de gerencia pública han sido expedidos los siguientes actos que contienen lineamientos y herramientas para el cumplimiento de la meta establecida:

- Directiva 003 de 2022, “Lineamientos para la implementación de los artículos 14, 16 y 17 del Decreto Distrital 189 de 2020”, en la que se impartieron orientaciones para la incorporación de la cláusula anticorrupción.
- Decreto Distrital 610 de 2022, “Por medio del cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Anticorrupción para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”
- Circular 17 de 2023, “Implementación del Modelo de Gestión Jurídica Anticorrupción”.

Como conclusión, podemos afirmar que la evolución del modelo de gerencia jurídica pública en el Distrito Capital es un ejemplo de continuidad de una política a través de varias administraciones distritales caracterizadas, en algunos casos, por visiones distintas de ciudad, sin embargo conscientes de la necesidad de defender los intereses de la ciudad y de dar, no solo continuidad a un modelo que ha mostrado resultado, sino en fortalecerlo y entregarle las herramientas que requiere para el cumplimiento de los fines por los que fue creado, procurando en todo momento que se responda a una técnica

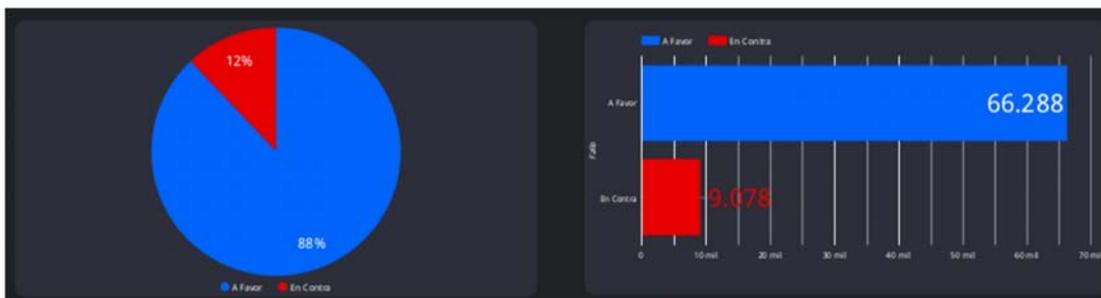
normativa moderna en procura de la eficiencia y eficacia de la función pública logrando de este modo cumplir con la meta trazada de manera reiterada éxito procesal, al pasar del 51% en el 2002 al 88 % según información reciente de la secretaria jurídica distrital emanada del SIPROJ/WEB (Secretaría Jurídica Distrital, 2023).

A juicio de varios expertos, dicho crecimiento en el éxito se deriva de la consolidación del modelo, de la acertada decisión de entregar la coordinación de defensa judicial y prevención del daño antijurídico a la secretaria general en un primer momento, y posteriormente la acertada decisión de crear una institucionalidad para la los mismos fines en cabeza de la secretaria jurídica del distrito en el año 2016 y de manera paralela una construcción colectiva y progresiva de un modelo innovador que combina aspectos propios de la administración pública (lineamientos, metas, ejes, componentes) tan extraños y alejados del mundo del derecho logrando combinarlos de una manera muy oportuna y acertada.

Ahora bien, el modelo ha logrado un constante y sólido crecimiento en lo que respecta a éxito procesal, entendido como número de procesos que se ganan a favor del distrito versus el número de procesos que se inician en contra de las entidades del distrito o que inician las entidades en calidad de demandantes.

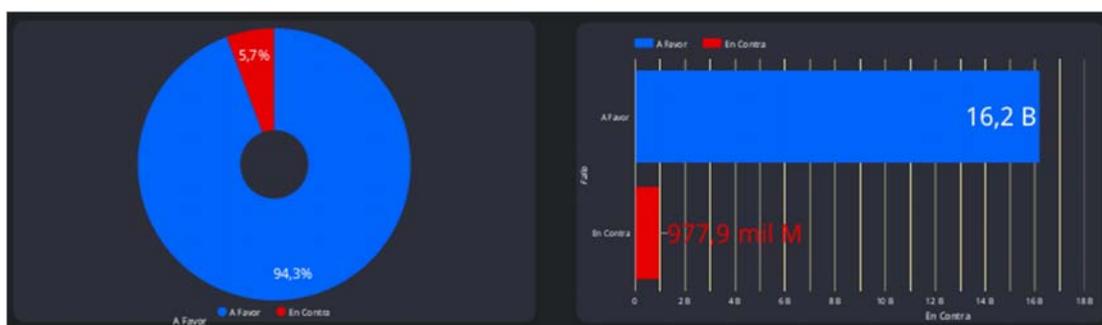
El último reporte del sistema SIPROJ/WEB arroja en lo que respecta al periodo comprendido entre el 1º de enero de 2020 al 15 de agosto de 2023 muestra que el Distrito tiene un éxito procesal del 88%, es decir, de 100 procesos pierde tan solo 12, mientras que el éxito cualitativo, el cual hace referencia al ahorro de recursos respecto de las pretensiones, es del 94,3, lo cual indica que tan solo el 5,7% de las pretensiones en contra son objeto de condena. Las siguientes gráficas dan cuenta de las cifras en cita:

TABLA 16 ÉXITO PROCESAL CUANTITATIVO 2020-2023 DISTRITO CAPITAL



Fuente: Dirección Distrital de Gestión Judicial 2023

TABLA 17 ÉXITO PROCESAL CUALITATIVO 2020-2023 DISTRITO CAPITAL



Éxito procesal cuantitativo

Fuente: Dirección Distrital de Gestión Judicial, 2023

Sin embargo el MGJP del distrito adolece de indicadores que permitan analizar los otros componentes que lo conforman, principalmente el de prevención del daño antijurídico y a pesar que en varios actos administrativos se ha desarrollado y establecido directivas y lineamientos sobre las políticas y manuales al respecto no se cuenta con herramientas que permitan medir la eficacia de su implementación.

A manera de ejemplo, en el 2018 se expidió por parte de la SJD la Directiva 025 en la que se establecían los lineamientos metodológicos para la formulación y adopción de la Política de Prevención del Daño Antijurídico por parte de los Comités de Conciliación de organismos y entidades distritales.

En el año 2022, la Secretaría Jurídica mediante la Directiva 006, adopta la política de defensa jurídica del distrito capital y pone a disposición del cuerpo de abogados del distrito un documento metodológico con una guía de implementación.

Posteriormente en el 2023, se expidió también por parte de la Secretaría, el Decreto 073 en el cual se establecen directrices y lineamientos dirigidos a los Comités de Conciliación en el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones y a la par se expide la directiva.

Los documentos anteriormente reseñados contienen una valiosa guía para que las oficinas jurídicas y entidades del Distrito Capital para la identificación y priorización de casos reiterados que pueden originar casos litigiosos y posible daño antijurídico así como para para la elaboración de la política de prevención del daño antijurídico.

HERRAMIENTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y MEDICIÓN DE MODELOS DE GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA SOLUCIÓN TEMPRANA DE CONFLICTOS

La eficacia, en términos de Barnard (1938), se define como la “idoneidad de los medios seleccionados bajo condiciones en su conjunto para el logro del objetivo final” (p. 236)⁶³. Esta, explica el autor, “es una cuestión de tecnologías en el sentido amplio del término, incluyendo la técnica de esquemas de organización, de ritual, de sistemas técnicos, así como de tecnologías de ciencias aplicadas cuando son pertinentes” (p. 236).

⁶³ En otro apartado del texto, Barnard destaca: “La continuidad de una organización depende de su habilidad de completar su propósito”. Con todo, esta afirmación envuelve una paradoja: una organización está llamada a desaparecer si no cumple su objetivo, de igual manera, se destruye así misma si lo cumple dado que agota su objeto (p. 91).

Estas tecnologías podrían parecer aisladas si se mira desde la perspectiva limitada de cada proceso pero en realidad, lo que sucede es que el objetivo general se divide en tareas específicas que implican la “selección de la tecnología apropiada”, así, la efectividad en general significa que las tecnologías específicas que se escogen para un proceso determinado son apropiadas para conseguir los resultados. El factor variable está en determinar, en un contexto determinado, la tecnología (Barnard, 1938, p. 236).

En este contexto existe una integración de tecnologías y de objetivos específicos con el objetivo general en un sistema cooperativo, así, “la forma precisa del objetivo detallado es delineado por el objetivo general y por el posible proceso de lograr sus fragmentos”. En este contexto la palabra “estándar” adquiere un alto valor, por ejemplo, en la industria telefónica, para la transmisión y recepción de mensajes se requiere de tecnologías y dispositivos estandarizados (Barnard, 1938, p. 236).

El proceso de ejecución requiere la “integración del todo, encontrar el balance entre las locales y las amplias consideraciones, entre lo general y los requerimientos específicos”. A veces el ejecutor olvida que los objetivos y tecnologías específicas se integran en un todo y por ende los procesos tienden a la ineficiencia. Así, cuando no se gerencia desde el todo sino desde un aspecto particular que controla al todo (económico, político, religioso, científico, tecnológico) no se garantiza la eficacia ni la eficiencia, se vio entonces en un estado constante de alerta (Barnard, 1938, p. 238).

La eficiencia por su parte hace referencia a la gestión de recursos disponibles para la consecución de resultados, podría definirse como “el mantenimiento de un equilibrio de las actividades a través de la satisfacción de los motivos de los individuos suficiente para inducir estas actividades” (Barnard, 1938, p. 240).

En esta línea, la eficiencia “depende de la habilidad de asegurar y mantener las contribuciones personales de energía necesaria para hacer efectivos los propósitos” (Barnard, 1938, p. 92). Así las cosas la “eficiencia es la capacidad de ofrecer incentivos efectivos en suficiente cantidad para mantener el equilibrio del sistema” (Barnard, 1938), estos incentivos llevan a los integrantes de la organización a cooperar, pero deben conservar un equilibrio con los intereses y actividades de la organización, es decir, deben ser suficientes pero no excesivos.

Con todo, los estándares de eficiencia que se aplican con éxito en el sector privado y corporativo no siempre son aplicables en estricto sentido a la hora de analizar programas e inversiones en el ámbito público, puesto que, como explican Besley y Coate (2016) “los asuntos vinculados a la eficiencia son entonces más sutiles porque las preferencias se extienden sobre toda la secuencia futura de políticas, mientras que los responsables de formular políticas solo pueden controlar lo que sucede durante su periodo” (p. 265).

Besley y Coate (2016) parten de la idea de una forma de organización democrática en la cual el poder se asigna de manera transitoria. En este escenario la formulación de políticas y realización de inversiones sufren en muchísimas ocasiones por la inestabilidad política. Las inversiones proyectadas en un gobierno pueden no realizarse en el que le sucede, por lo cual, si la inversión es potencial de mejora paretiana se produce una falla política, categoría que los autores acuñan haciendo un símil con el concepto de falla del mercado. En ese sentido, no siempre “las inversiones públicas que satisfacen los criterios de eficiencia (...) serán adoptadas en el equilibrio político”, en algunos casos esta ausencia de implementación entre un gobierno y otro puede catalogarse como una “falla política”, en

otros debe llevar a cuestionarse el concepto de eficiencia mismo puesto que las fluctuaciones políticas y sociales impiden su aplicación en términos puros (p. 288).

Como se dijo, la “falla política” en términos de Besley y Coate (2016) toma elementos de la “falla del mercado” aplicados al ámbito público. La falla del mercado se explica clásicamente así:

Primero, se caracteriza el conjunto de distribuciones eficientes (en términos gráficos, la frontera de posibilidades de utilidad). Esta es una noción netamente tecnológica de la eficiencia, dado que la frontera solo depende de las preferencias y de las tecnologías de la economía. El segundo paso demanda un modelo, como el desarrollado por Arrow-Debreu, para especificar como los mercados asignan los recursos. Por consiguiente, la idea de la falla del mercado proviene de observar que, en ciertas condiciones, los mercados no tienen como consecuencia asignaciones que están en la frontera. El término “falla” se justifica gracias a la observación de que, en principio, todos los ciudadanos podrían estar mejor (Besley y Coate, 2016, p. 288).

A partir de la anterior definición, la noción de “falla política” podría formularse así:

Con el propósito de brindar una definición análoga de falla política, uno debe comenzar, de manera similar, definiendo el conjunto de asignaciones de utilidad tecnológicamente viables. Esto debería reflejar los instrumentos de políticas disponibles. Por ejemplo, no es razonable atar la democracia representativa a los estándares de lo que podría lograrse si los impuestos y las transferencias de suma fija estuvieran disponibles, mientras se restringe a los responsables de formular las políticas a usar solo una recaudación de distorsión o uniforme. En la segunda etapa,

se modelan las instituciones políticas con foco en si las decisiones políticas de equilibrio resultan en asignaciones de utilidad en la frontera. Por analogía con los mercados, una falla política surge cuando las decisiones políticas de equilibrio abandonan la posibilidad de las decisiones políticas viables y de mejora de Pareto (Besley y Coate, 2016, p. 289).

Así las cosas, es una falla política “la no implementación de inversiones públicas que podrían ser potencial de mejora paretiana (...) representa una falla política;” (Besley y Coate, 2016, p. 289).

Esta teoría sobre la eficiencia en la gestión pública puede concretarse en el conocido adagio de “construir sobre lo construido”, es decir, que los programas e iniciativas públicas sobrevivan a las fluctuaciones políticas y cambios gubernamentales para incrementar las capacidades y beneficios de los ciudadanos sin el desmedro de otros.

Como corolario de lo anterior y para efectos de este estudio, puede decirse que la eficacia de un sistema implica, la elección y aplicación de tecnologías – en un sentido amplio - apropiadas para la consecución de resultados y la eficiencia se asocia a la gestión adecuada de los recursos disponibles, la generación de incentivos suficientes y la construcción sobre lo construido por los gobiernos anteriores.

Los modelos de gestión jurídica pública no siempre cumplen estas dos condiciones, Grafe (2014) por ejemplo, hace un recuento de las causas de “inefectividad”⁶⁴ de las estructuras de defensa jurídica en Latinoamérica:

- “Deficiencias en los procesos de trabajo”: la primera reacción de algunos Estados ante el incremento de la litigiosidad y por ende de las condenas, fue incrementar el

⁶⁴ Término que hace referencia tanto a la eficacia como a la eficiencia.

número de abogados de los servicios jurídicos del sector público, no obstante las loables intenciones, estas medidas no se tradujeron en una gestión jurídica más eficaz.

La segunda reacción consistió en modificar “el modelo de gestión” a través de estrategias de prevención del daño, mejorar los sistemas de información y forjar una mayor comprensión de las estrategias judiciales.

- Deficiencias técnicas: específicamente, el autor hace referencia a fallas en la gestión jurídica que acompaña a las oficinas misionales, las cuales, de suyo, incrementan el riesgo de producir daños que a la postre son objeto de juicio, condenas y erogaciones del erario.
- “Sistemas de información inadecuados”: en este particular y relevante aspecto, el autor presenta una consideración fundamental: en muchas ocasiones son simples sistemas de registro de información, no sistemas de gestión. En ellos se almacena documentación y data de los procesos, pero no permiten medir indicadores y acceder a ellos para la construcción de estrategias y predicción de resultados litigiosos. En ese sentido, los sistemas deberían ser herramientas de trabajo, no cargas adicionales al mismo.

Adicionalmente, se destaca que en los sistemas no se almacena adecuadamente la información relacionada con el contingente judicial, lo cual afecta el cálculo económico del costo de los procesos y de las eventuales condenas, lo que incide negativamente en la consecución de recursos con financiación extranjera y la calificación del riesgo de los Estados.

- Deficiente gestión del conocimiento: sobre el particular, destaca Grafe que la gestión del conocimiento no se mira como trabajo institucional, “así, el abogado trabaja de forma aislada y obtiene la información de la mejor manera que puede, y es muy raro (...) que pueda consultar de forma sistemática y eficiente los antecedentes de estrategias de defensa habidos en el pasado (...)” (p. 21).

Con base en lo anteriormente expuesto, conviene preguntarse ¿Es el modelo de gerencia jurídica pública del Distrito Capital un sistema efectivo y eficiente?

Para responder a esta pregunta se debe explicar primero en qué consiste el ciclo de gestión jurídica o de defensa jurídica en sentido amplio.

Sobre el particular, Grafe explica que el ciclo de defensa jurídica no se limita a la representación judicial ante los estrados, por el contrario, comporta cuatro fases que de alguna u otra manera se ajustan a los modelos adoptados por los países del hemisferio (2014). Estas etapas son a saber:

a. Prevención:

La primera etapa es la prevención del daño, es decir, “anticiparse a la ejecución de actos lesivos a los intereses del Estado” por acción o por omisión (p. 22). No se trata de controlar previamente cada acción u omisión de la administración, dado que el control excesivo ralentiza los procesos de gestión pública, más bien se trata de “(...) fomentar prácticas administrativas basadas en criterios jurídicos rigurosos mediante protocolos claros y generalmente aceptados”.

- b. Utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en particular uso de la conciliación: Una vez producida la presunta falla administrativa o el daño, la administración debe explorar la posibilidad de evitar los altos costos producidos

por el litigio a través del uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El autor señala que el porcentaje de asuntos conciliados, incluso en los países en los que la conciliación es requisito de procedibilidad, es sustancialmente bajo. La razón principal, aclara, es la idea de poder diferir en el tiempo la erogación, para que sea otra administración la encargada de efectuar el pago y así no comprometer los recursos públicos en el presente, lo cual, al final genera mayores costos para el erario.

- c. Representación judicial: esta fase se divide en dos actividades, por un lado, los “trabajos preparatorios” dados por la construcción de estrategias para la representación posterior en juicio, aspecto que adquiere mayor importancia en aquellos casos que se consideran emblemáticos por su importancia social o económica.

La segunda actividad es la representación judicial en sí misma considerada, la cual abarca la presentación de memoriales, asistencia a audiencias, entre otros.

- d. Cobro o pago de créditos judiciales: en esta última etapa se considera el pago oportuno de créditos judiciales, dados los costos producidos por la causación de intereses y por supuesto, la recuperación del patrimonio público cuando el Estado asume el rol activo del litigio por casos de corrupción o repetición, actividad cuyo éxito depende en gran medida de la posibilidad de lograr el decreto de medidas cautelares.

Las cifras de Bogotá en la fase de representación judicial, que es la tercera etapa del ciclo, son más que sobresalientes: el éxito procesal cuantitativo es del 88% y el éxito

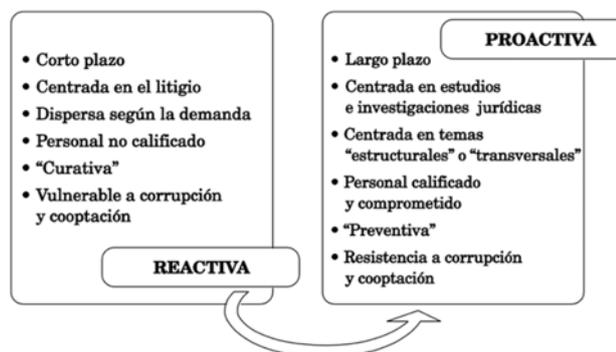
cualitativo del 94,3%. Así mismo, la ciudad tiene un sistema de calificación del contingente que permite aprovisionar recursos para el pago de sentencias, con lo cual, la cuarta fase, a pesar de sus oportunidades de mejora, tiene altos índices de eficacia y eficiencia (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de litigiosidad, 2023).

La deuda del sistema se encuentra en las dos primeras fases, estas son, la prevención del daño antijurídico y la utilización adecuadas de los MASC; por un lado, como se verá más adelante, la prevención del daño antijurídico contiene una metodología incompleta, no solo a nivel distrital sino a nivel nacional, por el otro, los mecanismos de solución alternativa de conflictos son residuales no solo en Bogotá.

De esta manera, la experiencia del modelo bogotano refleja dos apreciaciones importantes: (i) Las entidades y organismos públicos están en capacidad de defenderse en mejores condiciones en los estrados judiciales, el éxito procesal distrital es prueba patente de esa posibilidad y (ii) los modelos de gestión jurídica deben dar el paso final para dejar de ser en esencia reactivos y centrarse mayoritaria o exclusivamente en la defensa judicial, a partir de ejes fundamentales como la prevención del daño antijurídico y los MASC, aspectos que se asocian a modelos de naturaleza proactiva.

Sobre las diferencias entre un modelo reactivo y uno proactivo conviene traer a colación la siguiente tabla:

TABLA 18 MODELOS DE GESTIÓN JURÍDICA REACTIVOS Y PROACTIVOS



Fuente: Tomado de Alviar García *apud* Carrillo y Varela (2013)

De esta forma puede decirse que, generalmente, los modelos proactivos tienen un enfoque preventivo más que curativo. La prevención es una categoría amplia, conviene entonces precisar su alcance.

Benard (2007), en una ponencia presentada en el Tercer Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, organizado por la Alcaldía Mayor de Bogotá en el año 2006, se hacía esta pregunta: ¿cómo limitar el número de procesos y reducir las dilaciones indebidas?

La experiencia francesa, relatada por el autor, permite brindar algunas respuestas. Los "esfuerzos" realizados en Francia para disminuir la litigiosidad y prevenir los daños, dan cuenta de una serie de actividades de distinta naturaleza que abarca un número importante de aristas y enfoques, tal y como lo explica Benard (2007):

- (i) En primer lugar, está la conciliación como mecanismo para la solución temprana de conflictos. Este sin duda es uno de los pilares más importantes para la reducción de procesos innecesarios. En el sistema francés, destaca Benard, el juez no tiene funciones como conciliador, como si lo tiene en el sistema alemán, por lo cual, la mediación se ha gestado principalmente por fuera de los perímetros del poder judicial, especialmente a través de la Defensoría del

Pueblo que para el año 2004 había solucionado con su intervención 12 mil conflictos. Con todo, destaca Benard que Francia no tiene “la cultura de la negociación sino la del litigio” (Benard, 2007, p. 382), rasgo que comparte con la sociedad colombiana.

- (ii) En segundo lugar, refiere Benard (2007), se han diseñado estrategias para solucionar conflictos en materia de indemnización de daños sin necesidad de juicio, en particular dos a saber:
- El Gobierno creó comisiones especializadas para negociar reparaciones, por ejemplo, en materia de servicios públicos y obras o en el área de la salud. La idea es ahondar en circunstancias de hecho y aspectos jurídicos para encontrar salidas negociadas a los conflictos.
 - Se han constituido fondos de garantía como recursos no jurisdiccionales para el pago de indemnizaciones sin juicio previo, por ejemplo, el Estado reconoció los daños que el asbesto, material utilizado como aislante de edificaciones, ha generado en parte de la población expuesta al polvo que desprende hacia los años 60 y 70. En ese sentido, los fondos permiten indemnizar a las víctimas que fallecerán aproximadamente hasta el año 2025. Lo anterior se materializó mediante la ley del 23 de diciembre de 2002 en virtud de lo cual se ha permitido: “a) mejorar los plazos de las indemnizaciones; b) centralizar las demandas y repartir las sumas disponibles de manera más equitativa entre las víctimas; c) controlar el gasto de la Hacienda Pública; y en último lugar, mejorar el funcionamiento de los tribunales, pues, en efecto, el fondo se beneficia de la subrogación

legal, es decir que puede perseguir a los responsables” para lo cual puede agrupar varios casos (Benard, 2007, p. 382).

- (iii) Incrementar los casos que se deben tramitar por única instancia para garantizar la segunda instancia en los procesos de mayor complejidad. Así se redujeron plazos judiciales a la mitad o a la tercera parte.

Otra pregunta relevante que se hace el profesor Benard es ¿Cómo reformar la administración para que desempeñe un papel más activo en la prevención del riesgo?

En respuesta a este interrogante, expone algunas técnicas relevantes:

- a. La creación de autoridades administrativas independientes para mejorar la calidad y eficacia de la administración a partir del criterio de la especialización y la imparcialidad de funcionarios “que conocen profundamente su campo y saben evaluar los riesgos” (Benard, 2007, p. 384). Así las cosas, “al darle a la administración más competencia, peritaje e independencia, creando autoridades administrativas independientes, se realiza la prevención de los riesgos mediante el mejoramiento de la calidad media de la decisión pública” (p. 385)
- b. Abrir espacios a la ciudadanía para que controviertan o cuestionen las decisiones de la administración antes de que causen daño. En este sentido, Benard (2007) hace referencia a recursos en sede administrativa y algunos especiales y expeditos en sede judicial para la objeción de actos administrativos.

Varias iniciativas similares a las originadas en Francia, tal y como explicaron en los párrafos precedentes, han tenido lugar en nuestro territorio, todas ellas apuntan a distintas

formas de lograr la reducción de procesos judiciales en contra del Estado, por citar algunos, se ha fortalecido el marco legal e institucional de la conciliación extrajudicial, se han creado Agencias especializadas en determinadas materias (sector minero energético, contratación estatal, entre otros) para gestionar de mejor manera el riesgo, se ha fomentado una cultura de gobierno abierto y participación ciudadana, entre otros.

Con todo, dos estrategias claras se destacan del enfoque preventivo colombiano, en primer lugar, lo que se ha denominado la prevención del daño antijurídico, entendido como aquel mandato para la mitigación y eliminación de actuaciones (acciones u omisiones) que generen o produzcan daños de esa naturaleza, y se ha tratado de impulsar el uso de MASC para la solución temprana y alternativa de conflictos evitando el escalamiento judicial de las disputas.

La primera estrategia ha sido desarrollada fundamentalmente a partir de la creación de la ANDJE, entidad que debe liderar las políticas de prevención del daño antijurídico, la segunda, asciende a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y el reconocimiento expreso de la jurisdicción transitoria ejercida por árbitros y conciliadores, momento a partir del cual se expiden importantes normas que regulan los MASC y tratan de impulsarles, la última de ellas la Ley 2220 de 2022, estatuto actual de la conciliación.

En este contexto, se analizan a continuación estas dos estrategias y se proponen herramientas para el desarrollo, implementación y medición de modelos de gestión jurídica pública proactivos.

PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: UNA METODOLOGÍA INCOMPLETA

En este acápite se desarrolla una de las ideas principales del trabajo: la prevención del daño antijurídico en Colombia falla en la medición de sus políticas por ausencia de indicadores que permitan su evaluación. Para lograr este cometido se formulan unas consideraciones generales en el ámbito de la prevención del daño antijurídico y luego se analiza el rol que los indicadores de gestión juegan para la medición de las políticas en este particular y fundamental ámbito de la gestión jurídica pública.

LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO: NOCIONES GENERALES

En nuestro país solamente existe una guía para elaborar protocolos de prevención del daño antijurídico, esta fue diseñada por la ANDJE en el año 2014, tomando como antecedentes e insumos, un protocolo expedido en el año 2014 por esa misma Agencia, un documento denominado “Cartilla instructiva para la identificación de tipologías de daño antijurídico” y otro titulado “Bases para la política de prevención del daño antijurídico del Estado”, expedidos por la extinta Dirección de Defensa Jurídica del Estado. El instrumento diseñado por la ANDJE tiene como propósito guiar a las entidades y organismos públicos para la correcta elaboración de manuales de prevención del daño antijurídico, dado que son aquellos quienes tienen el “el conocimiento específico necesario” para tal fin (Jiménez, 2014, p. 9).

En general, la política de prevención del daño antijurídico que cada entidad u organismo público debe adoptar se define como una “solución de los problemas administrativos que generan litigiosidad e implica el uso de los recursos públicos para reducir los eventos generadores del daño antijurídico”. De esta manera, la política pública busca identificar las fallas administrativas que producen daños antijurídicos, es decir, las deficiencias por acción o por omisión imputables a las entidades (Jiménez, 2014, p. 11).

Dos elementos entonces deben distinguirse, la litigiosidad, entendida como la existencia de procesos judiciales en los cuales se vincula a una entidad pública y el daño antijurídico, definido como aquella aminoración patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no tiene la obligación jurídica de soportar. El incremento de la litigiosidad no siempre obedece a la producción de daños antijurídicos, en algunas ocasiones responde a indebidas interpretaciones, temerarias o no, de los litigantes, a la creación de procedimientos que obligan la intervención de las autoridades, entre otros factores. Por esta razón, no todas las causas generadoras de procesos o procedimientos son prevenibles, de ahí que las políticas de prevención se deben enfocar en la producción de daños antijurídicos para reducir o erradicar su causación a partir de la adecuada identificación de causas e implementación de acciones.

La metodología propuesta por la ANDJE parte del postulado de la dispersión de la información. Los datos relevantes para la construcción de la política no se encuentran concentrados en una sola oficina, por el contrario, se halla dispersa en distintas dependencias de la entidad, lo cual exige inevitablemente una acción coordinada para su diseño y correspondiente implementación. Por esta razón, la Agencia apela a la teoría administrativa de la calidad total acuñada por Hopper y Michael, la cual brinda herramientas para la gestión de problemas cuando el conocimiento sobre un determinado aspecto no se encuentra centralizado (Jiménez, 2014).

En el marco de esta teoría, en la política interactúan dos jerarquías: una que controla la decisión, otra que la administra, en otras palabras, “una autoridad que aprueba el plan de acción y otra que lo ejecuta” (Jiménez, 2014, p. 14).

Sobre el particular explica la Agencia:

La conveniencia de que existan estas dos jerarquías es que la primera tiene el poder de asignar recursos y definir prioridades y la segunda tiene el conocimiento necesario sobre el problema primario en la organización para proponer e implementar sus soluciones. Es necesario que las dos trabajen en conjunto pero cada una debe tener autonomía frente a la parte del proceso en la que puede decidir (Jiménez, 2014, p. 14).

La primera jerarquía se encarga fundamentalmente de identificar los problemas que deben ser solucionados y conformar los grupos de trabajo que tendrán participación en el diseño y ejecución de las soluciones. Una vez estas hayan sido definidas, esta primera jerarquía se encarga de escoger a los responsables que deben implementarlas y coordinarlas. Después de implementadas debe realizar el seguimiento del plan. La segunda jerarquía por su parte debe ejecutar las soluciones diseñadas (Jiménez, 2014).

En el caso de las políticas de prevención del daño antijurídico, la primera jerarquía corresponde al Comité de Conciliación, instancia que por mandato de la Ley debe diseñarlas y hacerles seguimiento, por su parte, la segunda jerarquía es el grupo de trabajo designado por el Comité conforme al plan de acción que se diseñe.

La metodología está conformada por las siguientes fases (Jiménez, 2014):

1. Identificar puntos generadores de problemas a partir de las reclamaciones contra la Entidad: las reclamaciones, es decir, derechos de petición e información litigiosa, son alertas de posibles fallas administrativas. Le corresponde a la Secretaría Técnica del Comité adelantar el análisis de estas “alertas”, para lo cual debe, a partir de los hechos y argumentos, clasificar las reclamaciones en tipos de acciones judiciales y las causas generadoras de estas. Este informe debe priorizar las causas

judiciales más comunes y costosas, así como las que ya tengan condena en contra de la entidad. Para lo anterior, la ANDJE recomienda elaborar un árbol de clasificación.

Las siguiente tabla permite ilustrar los elementos que debe contener el informe:

TABLA 19 EJEMPLO DE IDENTIFICACIÓN DE PUNTOS GENERADORES DE PROBLEMAS A PARTIR DE LAS RECLAMACIONES

Daño de acuerdo a la clasificación del árbol de causas	Número de rereclamaciones con la misma clasificación	Suma de los montos solicitados por la misma causa de acuerdo a la clasificación	Resumen de los hechos
Nulidad y restablecimiento del derecho – Laborales – Contrato realidad	7	40'000.000	Contratistas que prestaban servicios en las áreas misionales 1 y 2 de la entidad demandan a la entidad por considerar que su vinculación era realmente laboral y no por orden de prestación de servicios.
Contractual - Multas	2	1.000'000.000	Dos ciudadanos presentan queja por una multa impuesta que fue incorrectamente calculada.
Reparación directa, muerte, suicidio	1	1.000'000.000	Familia de ciudadano alega que su familiar se suicidó por exceso de trabajo.

Fuente: Jiménez, 2014

- Identificar las causas generadoras del “problema”, para estos efectos el Comité de Conciliación debe escoger a los jefes de cada unidad para hacer este análisis. Una vez se establecen las causas, el grupo de trabajo debe determinar si estas son prevenibles o no. La ANDJE presenta esta tabla como ejemplo:

TABLA 20 EJEMPLO IDENTIFICACIÓN DE CAUSAS GENERADORAS DE RECLAMACIONES

Daño de acuerdo a la clasificación del árbol de causas	Resumen de los hechos patrón encontrado	Número de las reclamaciones por los mismos hechos o similares	Suma de los montos solicitados por los mismos hechos o similares	¿Son este tipo de hechos prevenibles por la entidad en el futuro?
Contractual – Multas	Un funcionario del grupo de contratos escribió un número de forma incorrecta al imponer la multa.	1	1.000'000.000	Si
Nulidad y restablecimiento del derecho – Laborales – Contrato realidad	Cinco demandas ocurren porque el jefe de la unidad misional 2 exige a cinco de sus contratistas que asistan a la entidad en días en los que tenían viajes programados.	5	30'000.000	Si
Nulidad y restablecimiento del derecho – Laborales – Contrato realidad	Dos contratistas que prestaban servicios al área misional 1 esperaban tener acceso a un puesto en la planta de personal al vencer sus contratos. Tal expectativa no se cumplió y los contratistas se consideraron engañados por la entidad, por ello demandaron.	2	10'000.000	No

Fuente: Jiménez, 2014

En el ejemplo, se evidencia que los dos primeros casos hacen referencia a hechos prevenibles, tales como errores en la forma de imponer una multa o en la gestión de personal vinculado por contrato de prestación de servicios, por su parte, en el último caso, los hechos no son susceptibles de prevención habida cuenta que se originan en indebidas interpretaciones de los demandantes.

3. Identificados los casos que pueden prevenirse, deben formularse las soluciones que harán parte del plan de acción. Estas medidas deben ir acompañadas del “presupuesto estimado que costará la solución, el cronograma para su desarrollo, los resultados esperados y la medición de los indicadores” (Jiménez, 2014, p. 21).
4. La última fase consiste en el seguimiento del plan de acción cuyo órgano responsable es el Comité de Conciliación.

Pasados cinco años después que la ANDJE expidiera los lineamientos para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico, ya bajo el liderazgo de la SJD, se promulgó la Circular 017 de 2018 en virtud de la cual se solicitó a todas las entidades del Distrito que indicaran cuáles políticas de prevención del daño antijurídico habían formulado desde el año 2016.

Más adelante la Circular 062 de diciembre 27 de 2022 de la misma Secretaría encontró que desde el año 2016 “se habían expedido más de 50 políticas y 7 manuales en materia de prevención de daño antijurídico en el Distrito Capital” motivo por el cual ordenó a las entidades y organismos de la ciudad a remitir los documentos de las políticas que no hubieren sido enviadas, para construir un Banco en la página de internet de la entidad que sintetiza los lineamientos de cada una de las entidades y que se encuentra en el siguiente

link <https://www.secretariajuridica.gov.co/banco-virtual-de-politicas-de-prevencion-del-dano-antijuridico>

Es de anotar que en el año 2018, la Directiva 025, también expedida por la SJD, fijó las directrices para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico en el Distrito Capital, siguiendo los parámetros establecidos por la ANDJE en la metodología del año 2013.

Estos lineamientos se concretan en cinco etapas (Directiva 025, 2018):

1. Identificación del problema y priorización de casos.
2. Identificación de las causas y de la falla administrativa.
3. Elaboración de la propuesta.
4. Formulación de la propuesta.
5. Seguimiento y medición.

Se destacan algunos aspectos relevantes. La política es diseñada por un grupo interdisciplinar designado por el Comité de Conciliación, quien debe analizar los casos que se presentan con mayor frecuencia o que ostenten una mayor cuantía para ser priorizados en la política. Con base en esta información se deben identificar las posibles fallas administrativas y los resultados se presentan ante el Comité de Conciliación quien a su vez ordena la elaboración de la propuesta de política, la cual debe contener los siguientes elementos:

- Acciones y medidas de mitigación o solución de la causa primaria.
- Presupuesto estimado.
- Cronograma incluyendo tiempos para el seguimiento.
- Resultados esperados.

- Indicadores para medir la política.
- Identificación de las áreas responsables de la implementación de la política.

Una vez implementada la política de prevención por la dependencia indicada en ella, el Comité de Conciliación debe hacer seguimiento a su ejecución con base en los indicadores de medición previstos en la misma.

Los protocolos impulsados desde la ANDJE en el nivel nacional y adoptados por las entidades territoriales, ha significado un enorme avance hacia la construcción de una nueva cultura de prevención del daño, sin embargo, contienen una metodología incompleta en la medida en que no establecen los elementos necesarios para su adecuada medición dada la ausencia de indicadores de gestión que permitan valorar la implementación de las políticas.

Si bien la metodología propuesta por la ANDJE y la Directiva 025 de 2018 contemplan, como parte de las políticas de prevención del daño, la formulación de indicadores para su medición, ningún documento especializado de la Agencia, ni ninguna política de prevención emanada de las entidades y organismos del Estado, desarrollan ese mandato.

De este modo, es conveniente recordar que “lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre”⁶⁵. Esta es la principal razón por la que es sumamente complejo medir la eficacia de las políticas de prevención del daño antijurídico, estas se limitan al diagnóstico de las causas, la identificación de fallas, la formulación de un plan de acción, pero se olvidan por completo de los indicadores para hacer seguimiento y medir los resultados obtenidos.

⁶⁵ Esta frase es de autor desconocido aunque se ha atribuido sin certeza a William Thomson Kelvin, físico y matemático británico del siglo XIX.

Con todo, debe anotarse que la exigencia de construcción de indicadores contenida en la metodología para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico de la ANDJE está lejos de ser un hecho aislado, por el contrario, se ha logrado evidenciar que el ordenamiento jurídico y en especial en el campo de la gestión jurídica pública, ha empezado a demandar de las entidades la implementación de estas herramientas para la medición del impacto de las intervenciones públicas.

A nivel nacional, la Ley 2220 de 2022, estatuto actual de la conciliación, en su artículo 122 establece que “la prevención del daño antijurídico será considerada como un indicador de gestión y con fundamento en él se asignarán las responsabilidades en el interior de cada entidad”. Esta norma de rango legal consolida el llamado que años atrás hiciera la ANDJE en el campo de la prevención del daño antijurídico.

Pero no solo se trata de prevención del daño, en términos generales, la gestión jurídica pública debe ser medida a través de indicadores. En el Distrito se encuentran varios ejemplos de ese mandato. En primer lugar, el Decreto Distrital 430 de 2018, norma que contiene actualmente las reglas sobre el modelo capitalino, en su artículo 57 dispone que “la Secretaría Jurídica Distrital establecerá los indicadores y mecanismos para el desarrollo de cada una de las etapas en los componentes temáticos”.

Por su parte, el Decreto 556 de 2001, Plan Maestro de Acciones Judiciales para la Recuperación del Patrimonio Público, establece en el artículo 19.6 que los Comités de Conciliación deben durante el primer bimestre de cada año aprobar el plan de acción para la recuperación del patrimonio, el cual, dice la norma, debe contener indicadores de gestión. La SJD debe hacer seguimiento al cumplimiento de esos indicadores.

En el mismo sentido, el citado Plan Maestro de Acciones Judiciales, en su artículo 48.2 ordena a la SJD establecer “indicadores de gestión que permitan identificar el aumento de las actividades judiciales y extrajudiciales para la recuperación del patrimonio público; establecer las proyecciones en cada periodo de gobierno y realizar los ajustes cuando sea procedente”.

Sobre este tema en cuestión, Martha Lucía Zamora (2023), actual Directora de la ANDJE, en entrevista rendida en el marco de esta investigación, al ser preguntada por la posibilidad de construir indicadores en la gestión jurídica pública respondió: “No solo lo considero viable, sino que estoy plenamente convencida de que es necesaria la creación de un modelo de evaluación de la gestión jurídica que vaya más allá del éxito procesal”.

En ese sentido, explicó que la ANDJE ha “desarrollado un modelo de gestión por resultados (MGR). Se trata de un instrumento de medición y control, que permite evaluar de manera integral todas las etapas del Ciclo de Defensa”. Con todo, el modelo se encuentra en fase piloto y se ha empezado a aplicar en 27 entidades nacionales, siendo el objetivo aplicarlo en el año 2026.

Es claro entonces que el ordenamiento jurídico ha empezado a incursionar en el universo de los indicadores para medir la gestión jurídica pública pero los parámetros o lineamientos para cumplir tal cometido son inexistentes, por esta razón, en el acápite siguiente, se intentará llenar este vacío conciliando la naturaleza de las actividades que se prestan en el marco de la gestión jurídica y las metodologías para la construcción de indicadores elaboradas desde planeación nacional en el contexto de las políticas públicas.

PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INDICADORES EN LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

En el ámbito del Derecho hemos sido reacios a incorporar indicadores para medir nuestra gestión, fundamentalmente desarrollamos cierto desdén por los resultados dada la conocida aplicación del derecho de las obligaciones para explicar nuestro quehacer. Así, se ha dicho que las obligaciones profesionales de los abogados son de medio y no de resultado, por ende hemos forjado una especie de aversión a la medición puesto que entendemos que nuestra actividad solo puede valorarse en términos cualitativos.

No obstante, en este capítulo se desarrolla una metodología para la incorporación de indicadores en nuestro campo profesional, para construir modelos de gestión jurídica pública efectivos y para formular políticas de prevención del daño antijurídico sin desconocer la esencia impredecible de nuestra profesión.

Los indicadores cumplen objetivos importantes en el marco de las políticas públicas, entre ellos se destacan (DANE, s.f.):

- a. Generar información útil para la toma de decisiones. Los indicadores permiten transformar los simples datos (percepciones, cifras, hechos) en información, cuando se les da un contexto específico y a partir de ahí se les dota de “significado, relevancia y entendimiento” (p. 11).
- b. Permitir el monitoreo de compromisos adquiridos
- c. Valorar cuantitativamente los cambios en una situación
- d. Hacer seguimiento a las políticas para tener alertas tempranas y diseñar correctivos oportunamente

En términos generales, un indicador se define como “una expresión cuantitativa observable y verificable que permite describir características, comportamientos o

fenómenos de la realidad. Esto se logra a través de la medición de una variable o una relación entre variables” (DANE s.f., p. 6).

Los indicadores son mecanismos para la medición de la gestión en el tiempo porque “facilitan los procesos de diagnóstico y seguimiento de las políticas públicas, ya que permiten cuantificar los cambios que se presentan”. Así se permite de manera eficiente el “seguimiento al cumplimiento de acuerdos, compromisos, planes, programas y proyectos y, así, generar alertas tempranas para el logro de los objetivos planteados” (DANE s.f., p. 6).

Los indicadores tienen tres funciones principales (DNP, s.f.):

- a. Simplificar: las políticas públicas se enfrentan a una gran dificultad, dada por la multidimensionalidad de la realidad que pretenden modificar. Así, las políticas pueden tener incidencia en el contexto económico, social o cultural pero los indicadores permiten establecer su impacto en alguno o algunos de ellos. Así las cosas, un indicador no tiene la capacidad de medir todas las dimensiones de la realidad.
2. Medir: en otras palabras, los indicadores permiten comparar un fenómeno en el tiempo partiendo de la situación actual en una dimensión determinada.
3. Comunicar: los indicadores deben transmitir información a partir de los resultados de la medición.

Existe un elemento fundamental para la generación de valor público a partir de indicadores conocido como la “cadena de valor”, la cual se define como: “la relación secuencial y lógica entre insumos, actividades, productos y resultados en la que se añade valor a lo largo del proceso de transformación total” (DNP. s.f., p. 7).

La cadena de valor contiene insumos, es decir, factores de producción que mediante las actividades planeadas generan productos y resultados, este proceso permite mejorar la situación de la población a la cuál va dirigida la política o crear mayor bienestar social. La siguiente gráfica muestra los eslabones de la cadena de valor:



Fuente: DNP, s.f.

Según el DANE (s.f.) existen varias clasificaciones de los indicadores. Así, los indicadores se clasifican según la medición, según su intervención, según su jerarquía, según la calidad:

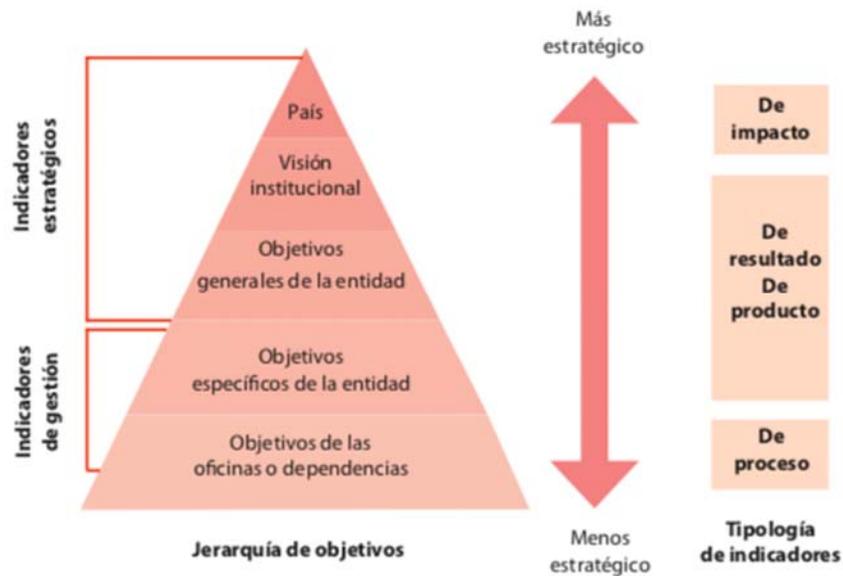
- a. Los indicadores según la medición se clasifican en cuantitativos, es decir, aquellos que se expresan de forma numérica, y cualitativos explican realidades en términos de bueno, aceptable, regular, malo. Estos últimos permiten explicar realidades más complejas y heterogéneas, aunque debe decirse que todos los documentos, protocolos y guías para la construcción de indicadores consultados en la presente investigación establecen que los indicadores deben expresarse de manera numérica y la ficha técnica debe contener la fórmula para su cálculo, motivo por el cual es discutible, podría decirse, casi residual la existencia de indicadores cualitativos.
- b. Los indicadores por su intervención se clasifican conforme al eslabón de la cadena de valor en el que tienen influencia. De esta manera, se distinguen los indicadores de impacto, de resultado, de producto, de proceso, de insumo y según su jerarquía:

- Indicadores de impacto: hacen relación a los efectos a determinado plazo en el “universo de atención o la sociedad en conjunto” (PIB, ingreso per cápita, entre otros) (DANE, s.f., p. 16).
- Indicadores de resultado: se refieren a los efectos de un programa, por ejemplo, el número de beneficiados con un programa o política pública.
- Indicadores de producto: cantidad de bienes o productos entregados en la ejecución de un programa plan, ejemplo, número de computadores entregados, número de casas construidas.
- Indicadores de proceso: estos indicadores hacen referencia a las actividades o esfuerzos de la actividad pública, por ejemplo, tiempos para atender a la población o resolver solicitudes.
- Indicadores de insumo: se refieren a los recursos disponibles, por ejemplo, variaciones en los recursos disponibles, presupuesto para la atención de población.

c. Indicadores según su jerarquía: estos a su vez se clasifican en:

- Indicadores de gestión: conocidos también como indicadores internos, se ubican en la primera parte de la cadena de valor, es decir, de insumos y actividades. Entre estos se encuentran los indicadores administrativos y operativos.
- Indicadores estratégicos: estos indicadores facilitan la evaluación de productos, resultados e impactos, a través de las técnicas, métodos, propuestas o soluciones implementados. Los indicadores de gestión y estratégicos se interrelacionan tal y como la siguiente gráfica lo ilustra:

ILUSTRACIÓN 2 TIPOLOGÍA DE INDICADORES



Fuente: DANE, s.f.

- d. Indicadores según la calidad: estos miden la eficacia, eficiencia y efectividad de un programa. Los primeros miden el logro de los objetivos propuestos, por ejemplo, el número de subsidios otorgados o viviendas adjudicadas. Los indicadores de eficiencia miden la “relación de productividad en el uso de los recursos” es decir, los logros alcanzados a partir de los recursos disponibles. Los indicadores de efectividad tienen en cuenta los conceptos de eficiencia y eficacia, “el logro de los resultados programados en el tiempo y con los costos más razonables posibles” (DANE, s.f., p. 20).

Simplificando la clasificación, podría decirse que, a partir del concepto de cadena de valor existen tres tipos de indicadores: de gestión, de producto y de resultado.

Los indicadores de gestión se ubican en los eslabones de insumos y actividades, su función es la de medir la cantidad de insumos utilizados y la gestión de acciones desplegadas. Por su parte, los indicadores de producto se asocian al tercer eslabón, al de resultados, y permiten cuantificar y medir los bienes y/o servicios que se entregan y sus

beneficiarios. Por último, los indicadores de resultado, ubicados en el cuarto eslabón, miden y cuantifican los cambios en las “condiciones de bienestar”, las transformaciones en la percepción y la “generación de conocimiento” (DNP, s.f., p. 8). Vamos con detenimiento cada una de las categorías propuestas.

i. Indicadores de gestión:

Estos indicadores se utilizan al inicio del cronograma de implementación de una política, es decir, hacen parte de la fase de planeación. Dentro de esta categoría se encuentran los indicadores administrativos y operativos, es decir, “aquellos que miden el nivel o cantidad de todas las actividades que son necesarias, pero no suficientes, para la entrega del bien y/o servicio (productos)” (DNP, s.f., p. 9).

Algunos ejemplos permiten esclarecer esta cuestión (DNP, s.f., p. 10):

TABLA 21 INDICADORES DE INSUMOS Y DE RESULTADO

Indicadores de insumos	Indicadores de resultado
<ul style="list-style-type: none"> ● Recursos invertidos en la innovación ● Computadores asignados a una escuela pública ● Profesores vinculados a una institución de educación 	<ul style="list-style-type: none"> ● Visitas de inspección y vigilancia de medicamentos y alimentos. ● Recolección de información de municipios para el SISBEN (número de municipios con la información recolectada)

Fuente: DNP, s.f.

ii. Indicadores de producto:

Los indicadores de productos miden los servicios y productos que se entregan bajo los niveles de calidad previamente determinados a través de las actividades de transformación de activos. Dos subcategorías se identifican, los indicadores de oferta y los de demanda. Los primeros miden la provisión de bienes y servicios por parte de las entidades y los segundos cuantifican los beneficiarios de los mismos (DNP, s.f., p. 10).

A continuación se exponen algunos ejemplos:

TABLA 22 INDICADORES DE OFERTA Y DE DEMANDA

Indicadores de oferta	Indicadores de demanda
<ul style="list-style-type: none"> ● Kilómetros de carretera construidos- ● Casas de justicia construidas en un municipio. ● Antenas de telefonía instaladas. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Municipios beneficiados con los kilómetros construidos. ● Número de casos iniciados en las casas de justicia. ● Personas beneficiadas con el servicio de telefonía.

Fuente: DNP, s.f.

iii. Indicadores de resultado:

Los indicadores de resultado hacen relación a los “efectos” de la “intervención pública” es decir, los “cambios de percepción, conocimiento, condiciones de bienestar” (DNP, s.f., p. 10).

Planeación Nacional distingue dos subcategorías, los indicadores que miden los efectos desde los beneficiarios y consumidores y los que miden los cambios en el bienestar:

TABLA 23 INDICADORES QUE MIDEN EFECTOS DESDE BENEFICIARIOS Y CONSUMIDORES Y DESDE EL CAMBIO DE BIENESTAR EN LA POBLACIÓN

Indicadores que miden efectos desde los beneficiarios y consumidores	Indicadores que miden el cambio de bienestar en la población
<ul style="list-style-type: none"> ● Personas fallecidas en accidentes de tránsito ● Percepción de acceso al servicio de administración de justicia. ● Personas con pensión de vejez. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Índice de pobreza multidimensional. ● Índice de fatalidad. ● Tasa de cobertura en educación.

Fuente: DNP, s.f.

La metodología propuesta por el Departamento Nacional de Planeación (s.f.) establece cinco fases para la construcción de un indicador: (i) Identificar el objetivo a medir, (ii) Definir el tipo de indicador en relación con la cadena de valor, (iii) Redactar el nombre del indicador, (iv) escoger la batería de indicadores según criterios de calidad, (v) construir la ficha técnica.

A continuación se describen los aspectos más importantes de las fases en cita:

(i) Identificación del objetivo:

La pregunta fundamental en esta fase es ¿qué se quiere medir?, las posibles respuestas son: adquirir bienes, adelantar actividades, entregar productos, generar conocimiento, mitigar una situación negativa, sacar rédito una oportunidad dada, generar bienestar, entre otros. La estructura del objetivo es: a. una acción, b. el objeto sobre el cuál recae la acción y c. elementos adicionales (DNP, s.f., p. 13).

Con base en esta estructura, se deben redactar objetivos que cumplan algunos requisitos esenciales: 1. Especificidad en circunstancias de tiempo, modo y lugar del resultado, 2. Mensurabilidad, es decir, que se pueda cuantificar, 3. Que sea realizable a partir de la situación inicial, 4. Realismo, que se pueda cumplir, es decir, que se pueda lograr el cambio, 5. Delimitado en el tiempo (DNP, s.f., p. 13).

(ii) Tipo de indicador:

En segundo lugar se debe escoger el tipo de indicador dependiendo del eslabón de la cadena de valor en el que tenga impacto, para ello, el DNP propone unas preguntas orientadoras:

TABLA 24 PREGUNTAS ORIENTADORAS EN LA CADENA DE VALOR

Etapa cadena de valor	Pregunta orientadora
Insumos	¿Cuáles y cuántos insumos son necesarios para iniciar un proceso de transformación?
Actividades	¿Qué acciones son necesarias para transformar los insumos en productos?
Productos	¿Qué bienes y/o servicios deben ser entregados para contribuir al resultado final? ¿Cuántos serán los beneficiarios de los productos entregados?
Resultados	¿Se logró un cambio de condición de bienestar?

Fuente: DNP, s.f.

(iii) Escoger el nombre del indicador:

El nombre del indicador guarda estrecha relación con el objetivo, así, los tres elementos del objetivo se conjugan para dar origen al nombre. En ese orden de ideas el nombre debe dar cuenta del objeto, de la acción conjugada, que no es otra cosa que el estado deseado del objeto y por último los elementos adicionales (DNP, s.f.).

Por ejemplo, si el objetivo es capacitar trabajadores sociales para tratar población LGTBIQ+, el título sería: Trabajadores sociales capacitados para tratar población LGTBIQ+. En esa línea, si el objetivo es mejorar el sistema de información litigiosa para la defensa jurídica del Distrito, el título podría ser: Sistema mejorado de información litigiosa para la defensa jurídica del Distrito.

Con todo, cuando el indicador es de resultado esta regla no se aplica en estricto sentido, no se incluye ni la acción ni el sujeto, solo el resultado, dado la transformación está más allá de los productos, servicios incluso acciones. De esta manera, si el objetivo es Reducir el número de acciones de tutela por derecho de petición, el indicador debe titularse simplemente “Acciones de tutela por derecho de petición” o “Índice de acciones de tutela por derecho de petición”.

(iv) Escoger la batería de indicadores:

En cuarto lugar, deben escogerse los indicadores adicionales que acompañarán la medición. El conjunto de indicadores se denomina “batería” los cuales se escogen con base

en los criterios CREMAS por sus siglas, claridad⁶⁶, relevancia⁶⁷, economía⁶⁸, mensurabilidad⁶⁹, adecuación⁷⁰, sensibilidad⁷¹.

(v) Construir la ficha técnica:

Los indicadores tienen una especie de hoja de vida denominada “ficha técnica”. El primer aspecto es el de los elementos “descriptivos”, los cuales se enuncian a continuación (DNP, s.f.):

1. Nombre del indicador.
2. Descripción del indicador: utilidad y alcance, qué, por qué y para qué se mide.
3. Fuente de información, es decir, el sistema del cual se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado del reporte periódico de avances.
4. Periodicidad, término para reportar la información, si es bimestral, trimestral o anual.
5. Año inicial: indicación de la fecha inicial en la que se obtiene la información.
6. Metodología para el cálculo: en este caso se debe indicar cómo se procesan los datos, en qué consiste el cálculo del indicador y describir las variables.
7. Fórmula: expresión matemática del indicador.
8. Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros.

⁶⁶ DNP (s.f., p. 16): “que exprese de manera precisa e inequívoca el objeto de medición”.

⁶⁷ DNP (s.f., p. 16): “que esté relacionado directamente con el objetivo de medición”.

⁶⁸ DNP (s.f., p. 16): “que esté disponible o sea posible de recolectar bajo un costo razonable”

⁶⁹ DNP (s.f., p. 16): “que pueda estimarse o validarse de manera independiente, o que cualquiera pueda verificarlo”.

⁷⁰ DNP (s.f., p. 16): “que cumpla con una representatividad o base suficiente para medir o estimar la dimensión del objeto de medición”.

⁷¹ DNP (s.f., p. 16): “que capture los cambios en periodos cortos de tiempo”.

Seguidamente, se deben definir los elementos para el seguimiento, estos son, el punto de partida o de inicio, es decir, el lugar desde el cual inicia la medición, también conocido como línea base, la meta propuesta, el tiempo estimado para lograr la meta, y por último, el reporte, que es el avance periódico desde la línea base hasta la meta dependiendo del “tipo de acumulación” (DNP, s.f.).

Los tipos de acumulación dan precisión a la medición dependiendo si se quiere mantener una situación, incrementarla o reducirla. Los tipos de acumulación dependiendo de estos tres objetivos son:

TABLA 25 TIPOS DE ACUMULACIONES

Objetivo (dirección esperada) del indicador	Tipo de acumulación
Mantener	Stock
Incrementar	Flujo
	Capacidad
	Acumulado
Disminuir	Reducción
	Reducción anual

Fuente: DNP, s.f.

En las líneas subsiguientes se explican estos tipos de acumulación, que es en últimas la concreción cuantitativa del indicador con ejemplos aplicables a los modelos de gestión jurídica pública:

1. Stock: este tipo de acumulación tiene lugar cuando una Entidad pretende mantener el status quo de una situación determinada. El rasgo distintivo de este indicador es que tanto la línea base como las metas, anuales y del cuatrienio, son iguales (DNP, s.f.).

La fórmula matemática que expresa esa modalidad es:

ECUACIÓN 1 FÓRMULA PARA STOCK

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\text{Avance}_t}{\text{Meta Año}_t}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\text{Avance}_t}{\text{Meta cuatrienio}}$$

$$\text{meta cuatrienio} = \text{meta año}_4$$

$$t = \{1,2,3,4\}$$

Fuente: DNP, s.f.

En este caso, el incumplimiento se da por cualquier desfase tanto a la alza como a la baja porque el objetivo es mantener el mismo nivel. En ese sentido, si las metas anuales son distintas, este tipo de acumulación no es aplicable.

Por ejemplo, se quiere medir el número de abogados vinculados a la oficina jurídica de la entidad, el cual se espera mantener durante un periodo de tiempo. El periodo para el seguimiento es el cuatrienio y la línea base es de 12 abogados, la meta en ese caso corresponde a la línea base dado que el objetivo es mantener una situación. El ejemplo puede representarse así:

TABLA 26 EJEMPLO STOCK

Año	Meta	Avance	% de cumplimiento
Línea base		12	
2024	12	12	100%
2025	12	11	92%
2026	12	10	83%
2027	12	10	83%

Fuente: Elaboración propia

- Flujo: esta clase de acumulación tiene lugar cuando se pretende incrementar un resultado. En este caso, se miden “los logros en aquellas actividades que se repiten

cada año y a lo largo de este, sin que los resultados de un año afecten el del año anterior o el siguiente” (DNP. s.f., p. 22).

La línea de base recoge lo logrado en el año anterior al periodo, los años restantes comienzan en cero y los logros están determinados lo el último año de gestión. El objetivo principal es verificar el crecimiento anual, si se supera la meta no se considera como un resultado negativo, a diferencia de la acumulación de stock (DNP, s.f.).

La fórmula que expresa esta acumulación en términos matemáticos es la siguiente:

ECUACIÓN 2 FÓRMULA FLUJO

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\text{Avance}_t}{\text{Meta Año}_t}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\text{Avance}_t^*}{\text{Meta cuatrienio}}$$

$$\text{meta cuatrienio} = \text{meta año}_4$$

$$t = \{1,2,3,4\}$$

Fuente: DNP, s.f.

El indicador tradicional de los modelos de gestión jurídica pública, como lo es el éxito procesal, responde a esta clasificación.

En Bogotá, el éxito procesal cuantitativo es del 88%, lo cual significa que del universo de casos medibles, en esa porción culminan con sentencia favorable a los intereses de las entidades públicas. La meta fijada para este cuatrienio es del 83%, lo cual permite concluir que hubo cumplimiento del 106% (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de litigiosidad junio, 2023).

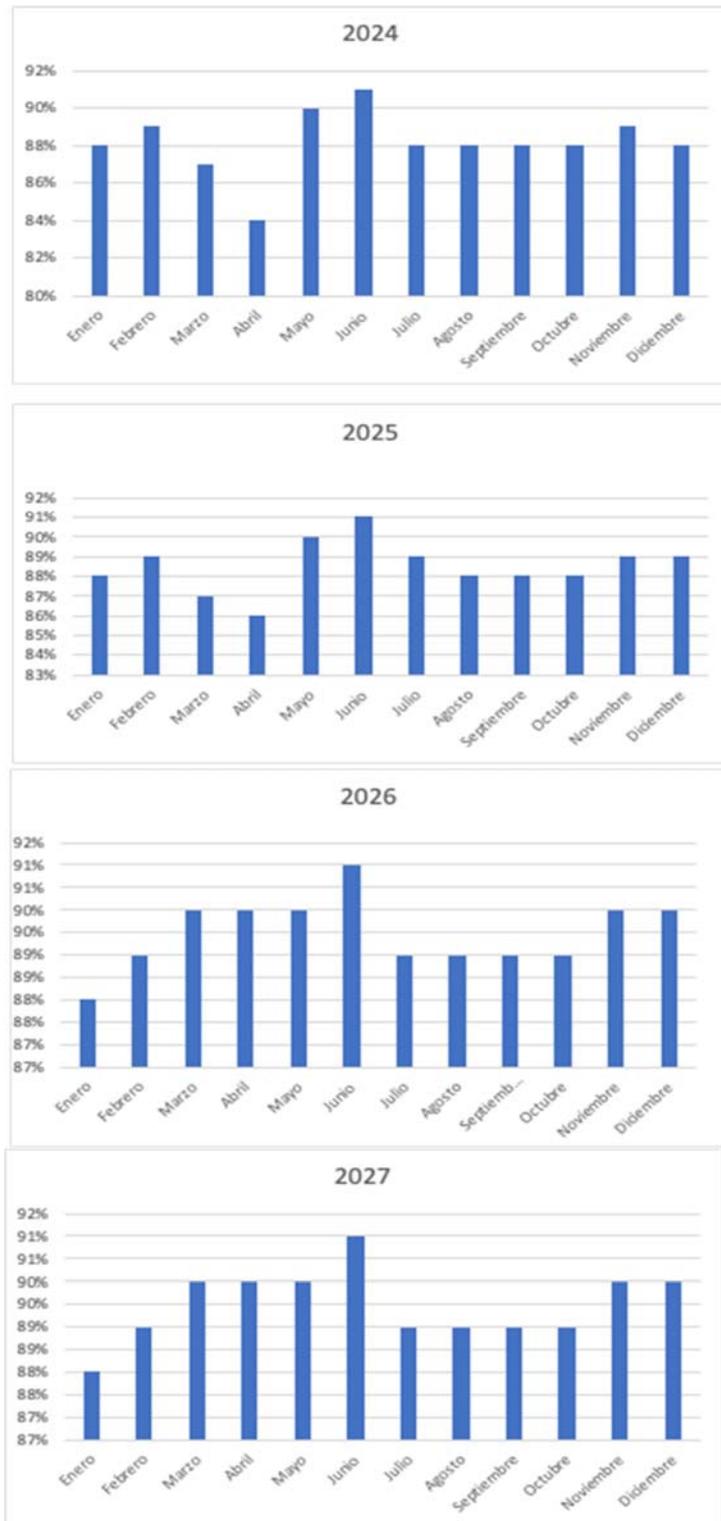
Este indicador se mide al final del cuatrienio pero el seguimiento se hace de manera mensual, tal y como ordena la Circular 035 de 2020, recomendable en la medida en que facilita el seguimiento y la toma de decisiones sobre alertas tempranas.

El éxito procesal cuantitativo puede explicarse a partir del tipo de acumulación “acumulado”, pensando por ejemplo en el siguiente cuatrienio. La línea base es el 88%, porcentaje de la actual administración, la meta debe establecerse para el nuevo cuatrienio teniendo en cuenta que el margen de mejora es menor. Un equipo interdisciplinar debería establecer la meta, sin embargo, para efectos del presente trabajo podría plantearse, que el 90% de meta al final del cuatrienio es una meta realizable.

Teniendo en cuenta estas variables es factible simular el desempeño del siguiente cuatrienio por cada mes, año y el acumulado del periodo, suponiendo el índice de éxito procesal cuantitativo por cada uno de esos periodos dado que no existe ningún informe que arroje dicha información detallada por mes y año⁷²:

⁷² Los datos de cada mes son de ejemplo o simulados dado que no existe un informe que de cuenta del éxito procesal cuantitativo por cada mes durante el último cuatrienio.

TABLA 27 SEGUIMIENTO ANUAL FLUJO



Fuente: Elaboración propia

Con base en los anteriores flujos, la meta puede representarse por año y por cuatrienio así:

TABLA 28 EJEMPLO FLUJO

Año	Meta	Avance	% de cumplimiento
Línea base		88	
2024	90	88	98%
2025	90	89	99%
2026	90	90	100%
2027	90	90	100%
Cuatrienio	90	90	100%

Elaboración propia

El seguimiento mensual, ordenado por la Circular 035 de 2020, permite prender alertas tempranas cuando no se esté cumpliendo la meta o cuando no se esté cargando la información en la forma ordenada por las normas que reglamentan el sistema SIPROJ/WEB. La meta y avance del cuatrienio es la del último año, pero el monitoreo continuo permite tomar decisiones encaminadas a su cumplimiento.

3. Acumulado: En este caso, el indicador mide cada anualidad de forma individual y al final del periodo (cuatrienio) se suman las intervenciones públicas de cada año. En ese sentido, debe dividirse el último dato sobre la meta anual, así se determina el avance anual (DNP, s.f.).

La fórmula matemática es la siguiente:

ECUACIÓN 3 FÓRMULA ACUMULADO

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\text{Avance}_t}{\text{Meta Año}_t}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\sum_{t=1}^4 \text{Avance}_t}{\text{Meta cuatrienio}}$$

$$\text{meta cuatrienio} = \sum_{t=1}^4 \text{Meta Año}_t$$

Fuente: DNP, s.f.

Un indicador que claramente se ajusta a esta tipología es la de recuperación de recursos mediante el ejercicio de acciones de repetición y procesos penales, en ese sentido, para estos efectos y a modo de ejemplo se le denominará “recursos públicos recuperados por año”. La línea base no aplica dado que no se tiene información sobre el particular, la meta del cuatrienio es de cuatro mil millones y la meta por año se explica así:

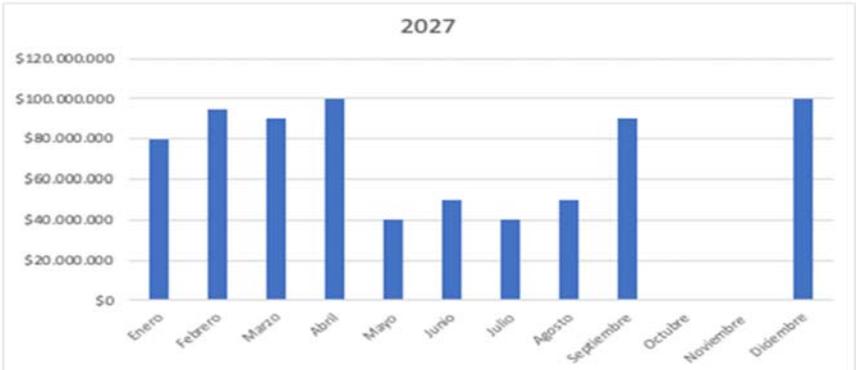
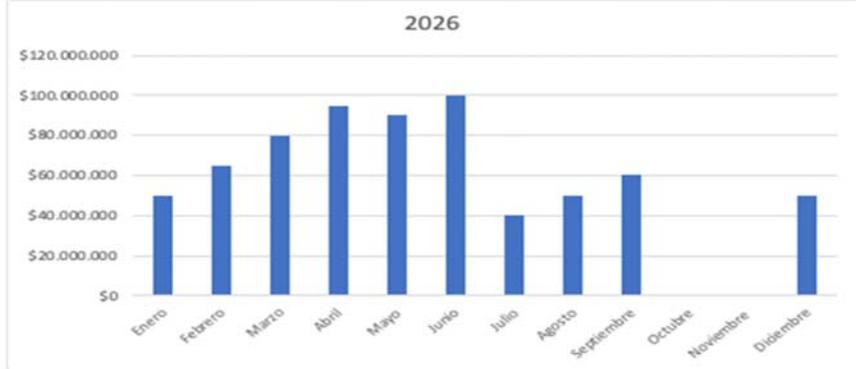
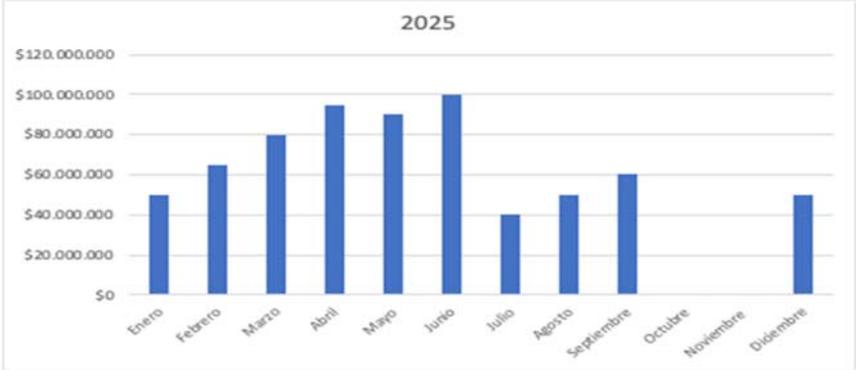
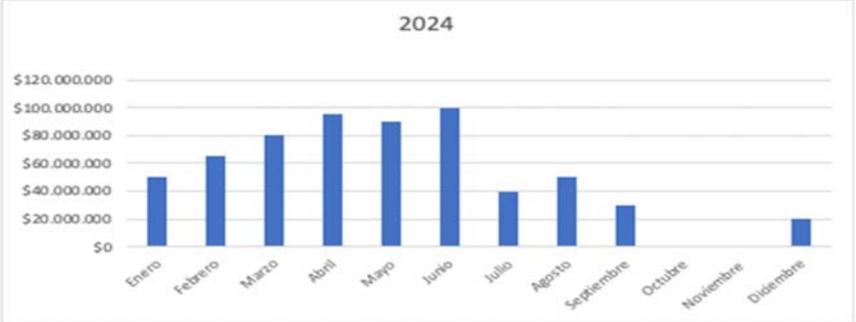
TABLA 29 EJEMPLO ACUMULADO

Año	Meta
Línea base	N/A
2024	\$500.000.000
2025	\$600.000.000
2026	\$800.000.000
2027	\$900.000.000

Elaboración propia

Cada uno de los años es independiente entre sí, por lo tanto, el desempeño de cada anualidad puede representarse gráficamente así:

TABLA 30 SEGUIMIENTO ANUAL ACUMULADO





Teniendo en cuenta los resultados de cada año del cuatrienio, se presentan los resultados así:

TABLA 31 EJEMPLO ACUMULADO

Año	Meta	Avance	% de cumplimiento
Línea base	N/A		
2024	\$500.000.000	\$620.000.000	124%
2025	\$600.000.000	\$680.000.000	113%
2026	\$800.000.000	\$680.000.000	85%
2027	\$900.000.000	\$735.000.000	82%

Elaboración propia

Al final, la meta del cuatrienio se representa por la sumatoria de avances anuales sobre la meta de los cuatro años. Así, la sumatoria de los cuatro años es \$2.715.000.00 y la meta es de \$4.000.000, razón por la cual el porcentaje de cumplimiento del cuatrienio es del 68%.

4. Capacidad: este indicador destaca el esfuerzo realizado en administraciones anteriores y busca por supuesto incrementar los resultados en el nuevo periodo. El aspecto central es el avance entre la línea base y la meta. En este caso la línea base está compuesta por lo alcanzado antes de la medición (además, la línea base se incluye en la meta), la meta del cuatrienio es la del último año y se puede calcular en todo momento (DNP, s.f.).

La fórmula matemática es la que sigue:

ECUACIÓN 4 FÓRMULA CAPACIDAD

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\text{Avance}_t - \text{Línea base}}{\text{Meta}_t - \text{Línea base}}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\text{Avance}_t - \text{Línea base}}{\text{Meta cuatrienio} - \text{Línea base}}$$

Fuente: DNP, s.f.

El artículo 48 del Decreto Distrital 556 de 2021, por medio del cual se adopta el plan maestro de acciones judiciales para la recuperación del patrimonio establece que la Secretaría Jurídica debe establecer “los indicadores de gestión que permitan identificar el aumento de las actividades judiciales y extrajudiciales para la recuperación del patrimonio público”.

Según la norma en cita el indicador debe reflejar el aumento de las acciones judiciales y extrajudiciales para recuperar el patrimonio público, lo cual necesariamente nos traslada al terreno del incremento, siendo factible construir el indicador a partir del tipo de acumulación de capacidad que no solo da cuenta de los esfuerzos por incrementar la variable sino que además destaca los esfuerzos de los anteriores gobiernos en esa materia, razón por la cual en la medición se tiene en cuenta la línea base.

Un punto de partida en esta materia puede ser el inicio de acciones de repetición, medio de control cuya presentación siempre ha sido obligatoria cuando se reúnen los presupuestos para su procedencia, pero que ahora, de conformidad con la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022 en el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, su inicio es mandatorio en casi todos los casos puesto que los representantes legales de las entidades perjudicadas con el fallo condenatorio se

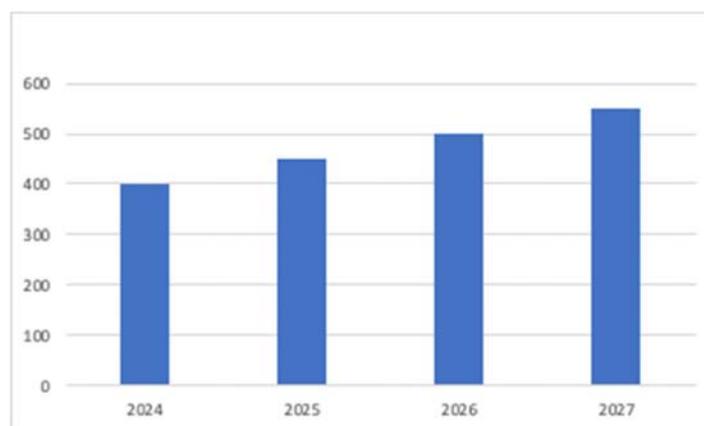
pueden ver abocados a investigaciones disciplinarias si se abstienen de interponerla.

Esta norma de rango legal, al ser interpretada en concordancia con el Plan Maestro de Acciones Judiciales del Distrito para la recuperación del patrimonio público que exige el aumento de la actividad jurisdiccional para tal fin, conduce necesariamente a establecer un indicador de aumento en la materia, cuyo tipo de acumulación, por ser el que mejor se ajusta, es el de capacidad.

Supongamos que la línea base es de 350 acciones de repetición iniciadas en el último año, es decir, 2023. Con base en ello se formulan las metas anuales, la meta del cuatrienio es la del último año y se hace seguimiento para conocer los avances.

Los avances se representan con la siguiente gráfica:

TABLA 32 SEGUIMIENTO CAPACIDAD



Fuente: Elaboración propia

Con base en los avances y las metas se calcula el indicador así:

TABLA 33 EJEMPLO CAPACIDAD

Año	Meta	Avance	% de cumplimiento
Línea base		350	
2024	400	380	60%
2025	450	440	86%
2026	500	490	83%
2027	550	550	100%
Cuatrenio	550	550	100%

Elaboración propia

5. Reducción: este indicador mide los esfuerzos por reducir un valor y para ello es necesario tener una línea base y evidenciarse una disminución progresiva por cada año evaluado (DNP, s.f.).

En este caso la fórmula que expresa esta idea en términos matemáticos es la siguiente:

ECUACIÓN 5 FÓRMULA REDUCCIÓN

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\text{Línea Base} - \text{Avance}_t}{\text{Línea Base} - \text{Meta}_t}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\text{Línea Base} - \text{Avance}_t}{\text{Línea Base} - \text{Meta cuatrienio}}$$

$$\text{meta cuatrienio} = \text{meta año}_4$$

Fuente: DNP, s.f.

El estado ideal de la prevención debería ser la reducción del número de demandas notificadas contra las entidades y organismos públicos en un periodo de tiempo determinado. En esta materia tanto el modelo nacional como el sistema

distrital ha fallado considerablemente puesto que las cifras aumentan año tras año y en algunos casos de manera exponencial.

Es necesario entonces que se mida la gestión jurídica preventiva a partir de un indicador de resultado que dé cuenta de la disminución del número de casos de forma anual. Con todo, es necesario aclarar que no toda la actividad litigiosa del Estado, en la que es convocado como parte pasiva, es susceptible de reducción, por ejemplo, la Secretaría de Hacienda Distrital debe representar al Distrito en lo que se refiere al cobro de impuestos, en todos los procesos de insolvencia, tanto de comerciantes como de personas naturales que no ostentan esa calidad. Esta variable claramente no es controlable, el inicio o no de esa clase de procedimientos no depende de la Secretaría por lo cual un indicador de resultado en forma de reducción sería totalmente improcedente.

Sin embargo, los procesos judiciales que se originan en fallas administrativas, que en últimas son objeto de las políticas de prevención del daño antijurídico, sí pueden ser objeto de disminución, claro, si se pretende que tales políticas surtan efectos tangibles y no se queden en la simple enunciación de acciones.

La reducción de demandas judiciales como indicador de resultado debe entonces analizarse en el contexto de la prevención del daño antijurídico, si las fallas administrativas se mitigan o eliminan, ello debería traducirse naturalmente en una disminución de los casos que cursan en los juzgados y tribunales en contra de las entidades que formulan y ejecutan esas políticas. En este contexto, los

indicadores de reducción, deben por excelencia hacer parte de los planes de acción diseñados por los Comités de Conciliación.

Por ejemplo, si la entidad avizora, como falla administrativa, el incumplimiento de los términos de ley para la contestación de derechos de petición o reconocimiento de prestaciones, como es el caso de las Secretarías de Educación, puede establecerse un indicador de reducción para disminuir o eliminar las acciones de tutela en contra o los procesos que buscan el reconocimiento de sanciones moratorias.

Un indicador así podría denominarse “reducción de derechos de petición pendientes por resolver”, la línea base estaría dada por el número actual de esta clase de acciones constitucionales y la meta es la disminución gradual. En este caso es imprescindible la línea base, de lo contrario no es posible establecer si se logra reducir el estado de la situación.

La siguiente gráfica ilustraría el desempeño por año:

TABLA 34 SEGUIMIENTO ANUAL REDUCCIÓN



Elaboración propia



En la siguiente tabla se presentan las variables:

TABLA 35 EJEMPLO REDUCCIÓN

Año	Meta	Avance	% de cumplimiento
Línea base	500		
2024	400	390	110%
2025	300	320	90%
2026	200	220	93%
2027	100	110	98%
Cuatrenio	100	110	98%

Elaboración propia

6. Reducción anual: en este caso la reducción “los avances se acumulan durante el año” es decir, se mensualiza el cálculo buscando configurar alertas tempranas en aras de lograr una disminución respecto de la línea de base o del año inmediatamente anterior.

La fórmula es la siguiente:

ECUACIÓN 6 FÓRMULA REDUCCIÓN ANUAL

$$\% \text{ Avance año}_t = \frac{\frac{\text{Línea base}}{12} * \text{mes}_x - \text{Avance}_{t, \text{mes } x}}{\frac{\text{Línea base} - \text{Meta}_t}{12} * \text{mes}_x}$$

$$\% \text{ Avance cuatrienio} = \frac{\frac{\text{Línea base}}{12} * \text{mes}_x - \text{Avance}_{t, \text{mes } x}}{\frac{\text{Línea base} - \text{Meta Cuatrienio}}{12} * \text{mes}_x}$$

Fuente: DNP, s.f.

El mismo ejemplo del anterior indicador puede extrapolarse en este caso, con la salvedad de que la reducción se acumula de manera mensual busca que al final del año se disminuya la cifra respecto de la línea base.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, conviene formular algunos comentarios finales.

La metodología expuesta permite no solo medir la gestión jurídica sino, orientarla a partir de objetivos claros que determinan a su vez planes de acción dirigidas a su cumplimiento. De esta manera no se trata solo de medir, sino de planificar la gestión desde las metas propuestas, logrando verdaderos impactos, sean de mantenimiento, aumento o reducción.

Es claro entonces que, tanto el legislador como la ANDJE y la SJD han empezado a focalizar su atención en la gestión jurídica pública orientada y medida por indicadores, pero lo han hecho de forma meramente enunciativa, es decir, sin acoger ninguna metodología que permita a esas autoridades y a otras partes interesadas, como oficinas jurídicas o comités de conciliación, construir indicadores con bases técnicas sólidas, acordes a la naturaleza particular de las actividades jurídicas y sobre todo, realizables y medibles.

En los casos explicados se vierte no solo la teoría sino que además, se construyen indicadores que por excelencia deberían hacer parte de los planes de acción de los actores que intervienen en los procesos de gestión jurídica a nivel público y en muchos se muestran situaciones ideales en las que el indicador se cumple al 100%, en otros, como es natural suceda en la realidad, los indicadores se cumplen por debajo del 100%, con lo cual, surge una pregunta que de manera obligada deben hacerse los servidores y funcionarios que pretendan aplicar la metodología: ¿cuáles son las consecuencias de cumplir un indicador por debajo de la meta esperada?

Uno de los mayores temores de todo servidor público es el riesgo latente y constante de que se inicien investigaciones ante los entes de control, sean estos de orden fiscal o disciplinario, por lo cual, es predecible que los miembros del comité de conciliación o los jefes de las oficinas jurídicas sean reacios a fijar metas medibles por miedo a que el cumplimiento por debajo de la meta acarree investigaciones.

Este punto es absolutamente relevante si se pretende, como lo hace el legislador o la ANDJE, que la gestión jurídica se implemente y mida bajo el espectro de verdaderos indicadores de gestión. En ese sentido, debe aclararse que la gestión por indicadores no implica que en todos los casos las metas se cumplan, y mucho menos, si se tiene en cuenta que actividades como las de naturaleza jurídica están expuestas a situaciones impredecibles, resultados inesperados por la volatilidad de los elementos que influyen en un juicio, cambios normativos o jurisprudenciales, incertidumbre en términos generales.

Desde esta perspectiva, la visión que se propone para la aplicación de esta metodología es, sin duda, de naturaleza gerencial, es decir, los indicadores sirven para orientar la gestión en primer lugar, en segundo término para despertar alertas tempranas a través del monitoreo constante, y en tercer lugar, para la toma de decisiones basadas en información cierta y verificable. En ese sentido, los indicadores arrojan información cuantitativa que facilita el análisis cualitativo y por ende la posibilidad de tomar mejores decisiones durante el proceso o al final del mismo.

Los indicadores no son entonces camisas de fuerza, el seguimiento constante debe llevar a los responsables de la implementación y del monitoreo a preguntarse, si el indicador no se está cumpliendo, si el rezago se debe a una falla en la gestión o a factores exógenos cuyo control está por fuera de la entidad caso en el cual se debe examinar si es

mitigable o no, o también puede ocurrir que en el proceso de implementación las autoridades concluyan que el indicador debe ajustarse dado que la meta u objetivo pueden resultar no realizables en las condiciones previstas.

Así las cosas, los indicadores deben permitir la revisión constante de la realidad, no asfixiarla para mostrar resultados inexistentes o intrascendentes, sea porque la entidad a toda costa, por temor, cumple como sea el objetivo incluso alterando la realidad en la información, o sea porque el proceso de evaluación constante del indicador falla y al final el resultado no produce ningún impacto.

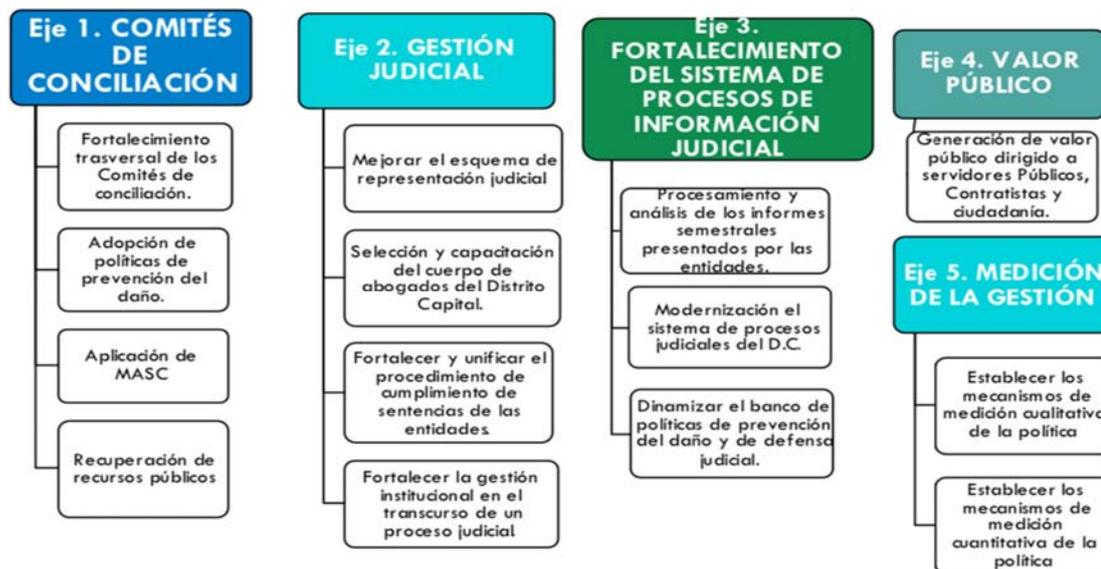
Piénsese por ejemplo en algunos de los indicadores propuestos en este capítulo. Si la entidad cumple el indicador de incremento de acciones de repetición al 83%, tal y como ocurre en el ejemplo en el año 2026, no significa esto, de ninguna manera, que automáticamente exista una conducta reprochable. En ese escenario los responsables del seguimiento de la política, seguramente la SJD y los Comités de Conciliación, deberán formular las preguntas adecuadas para establecer si hay alguna falla en la gestión o si simplemente el indicador se cumplió hasta donde era posible porque no puede perderse de vista que el inicio de acciones de repetición no es automático, deben cumplirse los presupuestos para su procedencia, fundamentalmente la existencia de dolo o culpa grave como elemento causal de la condena. Lo cierto es que el 83% de cumplimiento refleja al mismo tiempo el cumplimiento del mandato contenido en el Decreto 556 de 2021 en el sentido que da cuenta de un aumento de la actividad judicial para la recuperación de recursos públicos. Al final de la gestión, los resultados y la información deberían permitir construir una nueva línea base y diseñar indicadores más ajustados a la realidad en el siguiente periodo.

Hechas estas precisiones conviene analizar los intentos que en el Distrito se han adelantado para construir indicadores en el marco de la gestión jurídica pública, así, se analizarán primero los indicadores previstos en la Política Distrital de Defensa Judicial, vertidos en la Directiva 006 de 2022, y luego se estudiarán los indicadores de tres entidades del Distrito previstos en su política de prevención del daño antijurídico, aspecto central del presente capítulo.

La Directiva Distrital 006 de 2022 fue expedida por la SJD en el marco de las competencias atribuidas por el Acuerdo Distrital 638 de 2016, el Decreto Distrital 323 de 2016 modificado por el Decreto Distrital 798 de 2019 y Decreto Distrital 807 de 2019, norma que adoptó el Modelo Integrado de Planeación y Gestión - MIPG. En este marco, la Secretaría puso a disposición de todas las oficinas jurídicas del Distrito, el "Documento metodológico y guía de implementación de la Política de Defensa Jurídica del Distrito Capital" el cual, dice la Directiva, “brinda herramientas y recomendaciones que permitan a las entidades distritales desempeñar una gestión jurídica eficiente a través de un enfoque gerencial de valor público, que redunde en los resultados del índice de gestión y desempeño a nivel Distrital”.

Esta política se compone de cuatro ejes principales: (i) comités de conciliación, (ii) gestión judicial, (iii) fortalecimiento del sistema de procesos de información judicial y (iv) valor público. Cada uno de estos ejes tiene subejos, tal y como se explica a continuación:

ILUSTRACIÓN 3 EJES POLÍTICA DISTRITAL DE DEFENSA JUDICIAL



Fuente: SJD, 2022

El documento destaca, como punto crucial, la medición de la gestión, para lo cual presenta los indicadores que permitirán medir la implementación de la política. En ese sentido, se lee en el documento (Secretaría Jurídica Distrital, 2022, p. 31):

En el caso de la Política de Defensa Jurídica, para la evaluación tanto de la efectividad de los instrumentos existentes así como aquellos que se deben implementar, es necesario establecer indicadores que permitan medir el cumplimiento de los objetivos de la Política de Defensa Jurídica, en tal sentido para la medición de la política se plantearon las tipologías de: eficacia, efectividad, calidad y desde el punto de vista de MIPG específicamente el de generación de productos (Función Pública, 2018, pág. 27).

Los indicadores propuestos en la política son de dos clases: de corto plazo, los cuales se refieren a distintas actividades inmediatas que deben adelantarse para poner en

funcionamiento la política y de largo plazo, los cuales están pensados para medir como tal la política.

Estos indicadores de largo plazo son:

TABLA 36 INDICADORES POLÍTICA DISTRITAL DE DEFENSA JUDICIAL

Tema	Indicador	Mecanismo de medición
Trasversal	Medición del Desempeño Institucional MDI	FURAG
	Disminución sostenida del número de demandas a través de intervenciones oportunas.	Sistema de procesos judiciales
	Disminución del número de condenas	Sistema de procesos judiciales
	Desarrollos tecnológicos al sistema de procesos judiciales.	Desarrollos tecnológicos implementados

Fuente: SJD, 2022

El primer indicador, es decir, el de medición de desempeño institucional MDI del FURAG, es decir el Formulario Único de Reporte de Avance de la Gestión, el cual, de conformidad con el Decreto Nacional 2482 de 2012 se define como una “herramienta en línea de reporte de avances de la gestión, como insumo para el monitoreo, evaluación y control de los resultados institucionales y sectoriales”.

En el formulario, cada entidad debe responder una serie de preguntas para medir su gestión y uno de esos componentes es el de defensa jurídica, en el cual se pregunta si las entidades han expedido sus políticas de prevención del daño antijurídico, si las áreas que generan fallas administrativas participan en su elaboración, si dichas políticas se han socializado y si el Comité de Conciliación les ha hecho seguimiento, si los abogados que representan a la entidad han recibido capacitaciones, y como únicas dos preguntas relativas a la gestión judicial, el formulario cuestiona si se asistió al 100% de las audiencias judiciales y si el número de sentencias condenatorias disminuyó con respecto a la vigencia anterior.

El resultado del FURAG es el índice de desempeño institucional, es decir, “una operación estadística que mide anualmente la gestión y el desempeño” por cada uno de los componentes del MIPG, modelo que se explicó en la primera sección de esta investigación. En ese sentido, el índice de desempeño no se refiere exclusivamente a la gestión jurídica, puesto que esta hace parte de los componentes de MIPG, por ende este resultado mide la gestión a nivel global de la entidad.

El segundo indicador de la Política de defensa judicial contenida en la Directiva Distrital 006 de 2022 es el de disminución sostenida de demandas, es factible que esta sea la única política pública del país que establezca este preciso resultado de reducción como indicador, ni siquiera en Chile, país pionero en la medición de la gestión jurídica por indicadores, lo ha formulado. En este sentido se ve en la política una clara intención de innovar y producir mayores resultados en la disminución de la actividad litigiosa del Estado, sin embargo, el indicador carece de los elementos técnicos que se explicaron en esta sección y sin los cuales no es dable hablar de un verdadero indicador. A manera de glosa, el indicador carece de línea base, de meta, de variables, fórmula para su cálculo y en general adolece de ficha técnica. En este sentido, al no establecer con claridad los parámetros para su medición es simplemente una buena intención, de avanzada eso sí.

El tercer indicador también de resultado con forma de acumulación de reducción, se denomina “disminución de número de condenas”, este pretende cuantificar la reducción progresiva del número de fallos en contra, es decir, de un incremento del éxito procesal, razón por la cual es dable afirmar que el porcentaje de éxito procesal es la meta. No obstante, al igual que el indicador anterior carece de los elementos técnicos que lo distinguen como tal.

Por último, se tiene un indicador de insumo, denominado “Desarrollos tecnológicos al sistema de procesos judiciales”, que se refiere a las mejoras del SIPROJWEB, pero no se establece con claridad el objetivo y en especial la meta, mucho menos se advierte la ficha técnica.

La Política de Defensa Judicial contenida en la Directiva 006 de 2022 es un instrumento valioso, sobre todo innovador, dado que se arriesga a la formulación de indicadores de resultado en el marco de la reducción de la litigiosidad y de los fallos condenatorios, sin embargo, esa intención de avanzar hacia la medición de los resultados de la gestión jurídica pública se ven opacados por la indebida formulación de indicadores causada principalmente por la insularidad con la que el Derecho y la Administración Pública son consideradas. En efecto, en desarrollo de esta investigación se entrevistó a la asesora que redactó la Política, Olga Lizarazo (2023), quien explicó que al momento de elaborar los indicadores acudieron a la oficina de planeación por ser esta materia, en su visión, completamente ajena al campo de conocimiento y competencias de los abogados, visión que esta tesis doctoral pretende desvirtuar.

Por esta razón, se evidencia una especie de cisma entre el saber jurídico, claramente vertido en la Política de Defensa Judicial del Distrito Capital de Bogotá y los indicadores en ella formulados, contruidos sin apego a la metodología aceptada para tal fin y ajenos también a los procesos que se adelantan en el ámbito de la gestión jurídica pública, dado que las oficinas de planeación son también actores extraños en esta especial actividad del Estado, motivo por el cual se requiere trabajo conjunto de estas áreas y en especial acoger una perspectiva interdisciplinar para la implementación de políticas que ejecutan los servicios jurídicos del Estado.

Por otra parte, como se anunció, se deben analizar algunas políticas de prevención del daño antijurídico gestadas en el Distrito y ver en ellas como la metodología para la construcción de indicadores propuesta puede orientar los planes de acciones que las entidades adoptan para mitigar y eliminar las fallas administrativas, reducir los procesos judiciales en contra y disminuir el número de fallos condenatorios. Así, se analizarán las políticas de tres entidades que sobresalen por su alta litigiosidad: la Secretaría de Movilidad (SDM), la Secretaría de Educación (SED) y la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos (UAECB) de Bogotá:

a. Secretaría de Movilidad

El Acuerdo Distrital 257 de 2006 creó la Secretaría Distrital de Movilidad como un organismo del sector central con autonomía financiera y administrativa con la función de orientar y liderar las políticas en materia de movilidad para satisfacer las necesidades en el transporte de pasajeros y de carga en la ciudad, así como el desplazamiento peatonal. Las actuales políticas de prevención del daño antijurídico expedida por el Comité de Conciliación de la entidad data del año 2023, las cuales se analizan a continuación a la luz de los requisitos contenidos en la Directiva Distrital 025 de 2018:

(i) Identificación de las causas que generan mayor litigiosidad para la entidad:

La política identifica con precisión las causas que generan mayor litigiosidad. La primera causa principal es la violación del derecho fundamental de petición por el alto número de solicitudes presentadas ante la Entidad, la segunda se relaciona con la infracción F regulada por la Ley 1696 de 2013, esta es, conducir vehículos bajo el influjo del alcohol y otras sustancias psicoactivas.

(ii) Actualidad de las causas que se identifican en la política

Según información obtenida del Sistema de Información de Procesos Judiciales del Distrito Capital de Bogotá – SIPROJ- la SDM de Bogotá es una de las entidades que mayor número de procesos que afronta como parte pasiva, en especial por concepto de acciones de tutela. En el primer semestre de este año le notificaron 13.919 acciones de tutela según cifras del SIPROJ y 995 procesos ante la jurisdicción contencioso administrativo.

En ese sentido, la información obtenida del SIPROJ indica que, en lo corrido del año 2023, con corte a junio, se han notificado 536 demandas, 447 de nulidad y restablecimiento del derecho, 52 de acciones de cumplimiento, 24 de reparación directa y 5 de nulidad simple. Las principales causas de esos procesos son: a. la causa preponderante se relaciona con las pretensiones de nulidad de actos administrativos que imponen sanciones por la contravención D-12 del artículo de la Ley 796 de 2002, consistente en conducir un vehículo ejecutando una modalidad de transporte distinta a la autorizada en la licencia de tránsito, en los demás casos los actos administrativos demandados se cuestionan por: b. prescripción del comparendo (15 procesos), c. caducidad de la acción (13 procesos), d. debido proceso (10 procesos), e. accidente de tránsito mal estado de la vía (8 procesos), e. acto administrativo contravencional por la causal F de la Ley 1696 de 2013 (7 procesos) y f. contrato realidad (7 procesos).

En total, de la información obtenida del SIPROJ, se tiene que para el año 2023, con corte a junio, tiene un total de 4.061 procesos activos. De acuerdo con las cifras de la Dirección Distrital de Gestión Judicial, de los procesos judiciales activos con corte a junio de este año, el 54.8%, es decir, 2.217, tienen como causa las sanciones moratorias por el no pago de cesantías (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de litigiosidad junio, 2023).

Lo anterior permite concluir que para el año 2023, la principal causa de litigiosidad se relaciona con la contravención D-12 y no con la causa identificada en la política de prevención del daño antijurídico, esta es, la infracción F regulada por la Ley 1696 de 2013. No obstante, lo anterior no significa que las causas relacionadas con la contravención D-12 hayan sido soslayadas por la entidad puesto en la misma política de prevención se indica que en estos casos existe una política de defensa judicial, es decir, la entidad considera que dadas las particularidades de esa clase de controversia la estrategia es de gestión judicial y no de prevención.

De esta manera, la política sí se refiere a causas actuales, aunque debe revisarse para considerar las demás que están generando litigiosidad en la presente anualidad.

(iii) Identificación de fallas administrativas

La política de Prevención del Daño Antijurídico de la SEM identifica las posibles fallas administrativas que están generando daños antijurídicos.

(iv) Acciones y medidas de mitigación o solución de la causa primaria

El documento contiene acciones de mitigación o solución por cada una de las causas que generan litigiosidad.

(v) Presupuesto necesario para la implementación del plan de acción

La política de Prevención del Daño Antijurídico de la SEM omite el presupuesto que se requiere para su ejecución.

(vi) Cronograma para la implementación y tiempos para el seguimiento

La política de prevención del daño de la secretaría no contiene ningún cronograma ni tiempos para el seguimiento.

(vii) Indicadores para la medición

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la SEM contiene indicadores por cada una de las causas identificadas, sin embargo, estos no cumplen con la metodología establecida por el DNP para su formulación, dado que carecen de metas en la gran mayoría, la indicación del tipo de indicador conforme a la cadena de valor, la fórmula matemática, entre otros aspectos. Por supuesto, no se avizora la existencia de la ficha técnica.

(viii) Responsables de la implementación

El documento indica las áreas responsables para ejecutar las acciones de mitigación o solución de causas primarias.

b. Secretaría de Educación

La Secretaría Distrital de Educación se creó en 1955 mediante el Acuerdo 26 del 23 de mayo de ese año del Concejo de Bogotá, como un organismo del sector central de la administración distrital, con autonomía financiera y administrativa, encargada de la orientar y liderar las políticas para la garantía al derecho de educación de forma integral.

La Política de Prevención del Daño Antijurídico está contenida en el Acuerdo 01 de 2018, modificadorio del Acuerdo 02 de 2019, expedidos por el Comité de Conciliación de la Entidad, las cuales se analizan a continuación con el fin de establecer si la Política se ajusta a los requisitos previstos en la Directiva 025 de 2018:

(i) Identificación de las causas que generan mayor litigiosidad para la entidad:

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad identifica las causas que generan mayor litigiosidad, aunque no precisa cuáles se presentan con mayor frecuencia o cuáles representan un mayor porcentaje del número total de pretensiones.

Las causas que identifica la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad son las siguientes:

- Documentos inexactos prestados para obtener nombramientos en provisionalidad o propiedad ante la SED.
- Reconocimiento y pago de prestaciones sociales fuera de término y sin incluir todos los factores (Pensión- Sanción Moratoria).
- Mayores valores pagados por situaciones administrativas.
- Desequilibrio, incumplimiento, mayor permanencia y liquidación (Contractual y extracontractual).
- Desvinculación del personal provisional, o persona en situación de especial protección o fuero sindical.
- Falta de respuesta, o no se entrega respuesta de fondo a las solicitudes interpuesta ante la Secretaría.
- Asignación de cupos educativos y movilidad, que generan la actividad litigiosa de la Secretaría.

(ii) Actualidad de las causas que se identifican en la política

De la información obtenida del Sistema de Información de Procesos Judiciales del Distrito Capital SIPROJ, la SED de Bogotá, de acuerdo con la información que arroja el SIPROJ, es una de las entidades que mayor número de procesos que afronta como parte pasiva, en total, para el año 2023, con corte a junio, tiene un total de 4.061 procesos activos. De acuerdo con las cifras de la Dirección Distrital de Gestión Judicial, de los procesos judiciales activos con corte a junio de este año, el 54.8%, es decir, 2.217, tienen como causa las sanciones moratorias por el no pago de cesantías.

La sanción moratoria por el pago tardío de cesantías es la única de las causas identificadas en la política de prevención del daño de la secretaría lo cual puede ser

indicativo que las demás fueron efectivamente eliminadas mediante la implementación del plan de acción. Sin embargo, no existen informes de seguimiento de la política que permitan soportar esa afirmación.

Los fundamentos jurídicos de la causa litigiosa se encuentran en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en virtud de las cuales, ante el pago tardío de las cesantías definitivas o parciales se causa una sanción a razón de un día de salario por cada día de retraso.

Los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, en consonancia con los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, indican que las Secretarías de Educación tienen un plazo de 15 días para reconocer y liquidar las cesantías definitivas y parciales, momento a partir del cual, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, administrado por la Fiduprevisora, tiene 45 días para pagarlas, so pena de que se cause la sanción.

De conformidad con la línea uniforme del Consejo de Estado, la mora se causa si contados 65⁷³ días desde la solicitud de reconocimiento de la prestación, esta no se ha pagado, independientemente de si la demora tuvo lugar en el reconocimiento o en el pago propiamente dicho (Consejo de Estado, Sección Segunda, 0528-14, 2016) (Consejo de Estado, Sección Segunda, 3469-14, 2018).

Las anteriores consideraciones hacen de esta causa litigiosa un caso especial dado que el resultado dañoso no depende exclusivamente de la SED, por el contrario esta se limita a reconocer las cesantías parciales o definitivas dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del docente, pero la erogación excede las competencias de la entidad, habida cuenta que es el FOMAG, patrimonio autónomo del orden nacional, a través de su entidad vocera, la Fiduprevisora S.A., el llamado a hacer el pago dentro de los 45 días siguientes.

⁷³ En vigencia del CPACA son 70 días por la ampliación del término de ejecutoria de los actos administrativos de 5 a 10 días.

Esta distribución de funciones llevó al legislador, mediante la ley 1955 de 2019, artículo 57, parágrafo, a indicar que la sanción moratoria debe ser pagada por la entidad que causó la mora, es decir, la SED si esta no respetó el plazo para reconocer la prestación, o el FOMAG, si este no cumplió el término para efectuar la erogación.

(iii) Identificación de fallas administrativas

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad identifica las posibles fallas administrativas que puedan generar los eventos que configuran las causas litigiosas. El documento se limita a enunciar las causas.

En relación con la sanción moratoria, la política no tiene en cuenta la compleja red de entidades que participan en el proceso de reconocimiento y pago de las cesantías de los maestros oficiales, en ese sentido, nada dice al respecto de las fallas administrativas de la Secretaría y del FOMAG y su vocera la Fiduprevisora S.A.

(iv) Acciones y medidas de mitigación o solución de la causa primaria

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad contiene acciones de mitigación o solución por cada una de las causas que generan litigiosidad. Sin embargo, las acciones relativas a la causa litigiosa explicada, la sanción moratoria, hace ninguna precisión respecto de las competencias de la secretaria en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas y las acciones coordinadas de prevención del daño que deberían adelantarse con el FOMAG y su vocera, la Fiduprevisora, habida cuenta que las fallas de este incrementan la cantidad de procesos en los que se vincula a la Secretaría, con independencia de si el fallo es condenatorio, el cual no se producirá si la causa de la mora es atribuible al fondo.

(v) Presupuesto necesario para la implementación del plan de acción

El omite el presupuesto que se requiere para su ejecución.

(vi) Cronograma para la implementación y tiempos para el seguimiento

La política de prevención del daño de la secretaría no contiene ningún cronograma ni tiempos para el seguimiento.

(vii) Indicadores para la medición

El documento contiene un indicador por cada una de las causas identificadas, sin embargo, estos no cumplen con la metodología establecida por el DNP para su formulación, dado que carecen de objetivo concreto a medir, nombre del indicador, la indicación del tipo de indicador conforme a la cadena de valor. Por supuesto, no se avizora la existencia de la ficha técnica.

(viii) Responsables de la implementación

La política indica las áreas responsables para ejecutar las acciones de mitigación o solución de causas primarias.

c. Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá

El origen del cuerpo de bomberos se creó en 1895, sin embargo, en el año 2006 se le otorgó la calidad de Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera, cuyo propósito es la prevención y atención de emergencias (Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, 2023).

Las actuales políticas de prevención del daño antijurídico expedida por el Comité de Conciliación se encuentran vertidas en el Acuerdo 001 de 2021 dictado por el Comité en cita, las cuales se analizan a continuación para determinar si cumplen la metodología anteriormente explicada para su formulación:

(i) Identificación de las causas que generan mayor litigiosidad para la entidad:

La política identifica con precisión las causas que generan mayor litigiosidad. La causa principal está relacionada con reclamaciones y pretensiones de reconocimiento y pago de horas extras mensuales, días compensatorios, recargos nocturnos, dominicales y festivos, descansos compensatorios, y por supuesto, el aumento que esos factores tiene en materia salarial y prestacional.

En la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Entidad se indica que entre los años 2010 y 2021, la entidad fue demandada en 591 procesos por esa razón, de los cuales 485 tenían fallo ejecutoriado con un total de 362 en contra, 105 conciliados y tan solo 18 casos con sentencia a favor (Comité de Conciliación UAECOB, Acuerdo 001, 2021).

El documento indica que en el año 2019, el Director de la UAECOB expidió Resolución 080 que corrigió de fondo la falla administrativa estableciendo un horario de trabajo; a partir del año 2019 no se han presentado más reclamaciones, por lo que es dable concluir que la causa primaria se encontraba corregida para la fecha de formulación de la política. No obstante, esta describe la problemática actual de la Entidad: el cumplimiento de las sentencias en las que se condenó a la entidad durante la década del 2010, conflicto que escaló nuevamente a la fase jurisdiccional en sede de los procesos ejecutivos.

Así las cosas, para el momento de expedición de la política ya se habían impetrado 80 procesos ejecutivos en los que se discutía la liquidación de la entidad para dar cumplimiento a las sentencias. (Comité de Conciliación UAECOB, Acuerdo 001, 2021).

(ii) Actualidad de las causas que se identifican en la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la UAECOB

La UAECOB, de acuerdo con la información que arroja el SIPROJ, tiene 228 procesos en contra con corte a junio de 2023, de los cuales, el 39,3%, es decir, corresponden a aquellos de carácter ejecutivo para el cobro de sentencias, cuyas pretensiones ascienden a \$8.368.121.765. Por otra parte, el 29,9% de los procesos se refieren a las reclamaciones de reconocimiento y pago de horas extras y demás emolumentos anteriores a la Resolución 080 de 2019.

De esta manera, la política sí se refiere a la causa actual generadora de litigiosidad.

(iii) Identificación de fallas administrativas

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la UAECOB identifica las fallas administrativas que llevaron a la entidad a ser condenada por violaciones al régimen del trabajo en materia de horas extras.

(iv) Acciones y medidas de mitigación o solución de la causa primaria

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la UAECOB contiene acciones de mitigación o solución frente a la causa identificada. El plan de acción fundamentalmente se dirige a la conciliación de las reclamaciones y en especial de los cobros ejecutivos por sentencias ejecutoriadas.

(v) Presupuesto necesario para la implementación del plan de acción

El documento no contiene el presupuesto que se requiere para su ejecución.

(vi) Cronograma para la implementación y tiempos para el seguimiento

La política de prevención del daño no contiene ningún cronograma ni tiempos para el seguimiento.

(vii) Indicadores para la medición

La Política de Prevención del Daño Antijurídico de la UAECOB no contiene indicadores para su medición.

(viii) Responsables de la implementación

El documento identifica las áreas responsables para ejecutar las acciones de mitigación o solución de causas primarias.

En resumen, las políticas de prevención del daño antijurídico analizadas tienen una tendencia marcada. En términos generales las entidades identifican las causas que generan litigiosidad satisfactoriamente, identifican las fallas administrativas y formulan de manera aceptable el catálogo de acciones que componen el plan. Por su parte, las políticas fallan en el cálculo presupuestal, el cronograma y en especial en la formulación de indicadores, los cuales, vale decir, si se formulan adecuadamente permiten solventar esos dos puntos.

La siguiente tabla permite dar cuenta de las tendencias anotadas:

TABLA 37 COMPARATIVO CUMPLIMIENTO ÍTEMS POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

ítem	Secretaría de Movilidad	Secretaría de Educación	Bomberos
(i) Identificación de las causas que generan mayor litigiosidad para la entidad	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
(ii) Actualidad de las causas que se identifican en la política	CUMPLE	CUMPLE PARCIALMENTE	CUMPLE
(iii) Identificación de fallas administrativas	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE
(iv) Acciones y medidas de mitigación o solución de la causa primaria	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
(v) Presupuesto necesario para la implementación del plan de acción	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE
(vi) Cronograma para la implementación y tiempos para el seguimiento	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE
(vii) Indicadores para la medición	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE
(viii) Responsables de la implementación	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

Fuente: Elaboración propia

Dos razones explican la ausencia de formulación adecuada de indicadores en las políticas de prevención del daño antijurídico: (i) la metodología construida por la ANDJE y desarrollada a nivel distrital por la Directiva 025 de 2018, exige la construcción de indicadores para la medición de las políticas, pero no establece ninguna metodología para su formulación y (ii) los programas de pregrado de Derecho en nuestro país, incluso en los programas de nivel posgradual en la gran mayoría de los casos, no contemplan en sus

planes de estudios espacios de formación para enseñar a los abogados y abogadas acerca de la medición de la gestión a través de indicadores.

La formulación de indicadores en el ámbito de las políticas de prevención del daño antijurídico las erigen en instrumentos poderosos para la gestión jurídica pública, para ello, he desarrollado una batería de indicadores, que presento a continuación, por cada uno de los ejemplos analizados y así mostrar el impacto que puede tener la metodología del DNP, conjugada con la ya consolidada metodología de la ANDJE en la materia.

a. Secretaría de Movilidad:

Para disminuir el número de tutelas originadas en la falta de respuesta de derechos de petición, se propone, un indicador principal de resultado, con un tipo de acumulación de reducción, denominado “Atención de derechos de petición por resolver”. Así, el objetivo principal es “reducir el número de derechos de petición pendientes por resolver en la Entidad con corte al mes X de 2023”. Este indicador debe acompañarse de otros indicadores a saber: (i) indicador de insumo, consistente en la vinculación de un número de abogados para proyectar las respuestas de los derechos de petición pendientes por resolver y (ii) indicador de gestión (actividades), relacionado con la realización de campañas pedagógicas a la ciudadanía para evitar el abuso del derecho de petición como medida la impugnación de comparendos.

La batería de indicadores está conformada entonces por los siguientes:

TABLA 38 BATERÍA INDICADORES MOVILIDAD

Objetivo	Nombre del indicador	Tipo de indicador
Reducir el número de derechos de petición pendientes por resolver en la entidad con corte a julio de 2023	Atención de derechos de petición pendientes por resolver	Indicador de resultado

Vincular abogados para la atención de peticiones pendientes por resolver	Abogados vinculados para la atención de peticiones pendientes por resolver	Indicador de gestión (insumo)
Adelantar campañas pedagógicas con la ciudadanía para reducir el abuso del derecho de petición para la impugnación de comparendos	Campañas pedagógicas adelantadas para reducir el abuso del derecho de petición para la impugnación de comparendos	Indicador de gestión (acción)

Precisada la batería de indicadores, se procede a formular las fichas técnicas de cada indicador:

TABLA 39 FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR MOVILIDAD

FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR							
Nombre del indicador	Atención de derechos de petición por resolver						
Descripción del indicador:	Este indicador mide el avance en la atención de peticiones pendientes por resolver.						
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de resultado						
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Respuestas a derechos de petición						
Orientación del indicador	Reducción						
Tipo de acumulación	Reducción						
Línea base	40.000 derechos de petición por resolver						
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Mes</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Mes 1</td> <td>32.000</td> </tr> <tr> <td>Mes 2</td> <td>24.000</td> </tr> </tbody> </table>	Mes	Meta	Mes 1	32.000	Mes 2	24.000
Mes	Meta						
Mes 1	32.000						
Mes 2	24.000						



	<table border="1"> <tr> <td>Mes 3</td> <td>16.000</td> </tr> <tr> <td>Mes 4</td> <td>8.000</td> </tr> <tr> <td>Mes 5</td> <td>0</td> </tr> </table>	Mes 3	16.000	Mes 4	8.000	Mes 5	0
Mes 3	16.000						
Mes 4	8.000						
Mes 5	0						
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Avance del mes (t): el número de peticiones resueltas para un mes. Línea base: número de peticiones a resolver, estas son, 100.000 Meta del mes (t): la meta establecida para el mes, según el cuadro anterior. Meta anual: la meta del año es la del último mes. El avance para el cálculo de la meta anual es el del último mes. 						
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del mes } t = \frac{\text{línea base} - \text{avance } t}{\text{línea base} - \text{meta } t}$ $\% \text{Avance anual} = \frac{\text{línea base} - \text{avance } t}{\text{línea base} - \text{meta anual}}$						
Periodicidad de la medición	Mensual y anual						
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la Subdirección de contravenciones y de la Dirección de atención al ciudadano						

TABLA 40 FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR MOVILIDAD

FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR

Nombre del indicador	Abogados vinculados para la atención de peticiones pendientes por resolver con corte a julio de 2023													
Descripción del indicador	Este indicador permite medir el esfuerzo de la entidad por el mantenimiento del número suficiente de profesionales del derecho que se requieren para atender las peticiones pendientes por resolver en la entidad con corte a julio de 2023. Se requieren en total 20 abogados con dedicación exclusiva a la atención de peticiones con un flujo de 20 respuestas por día. De esta manera, si la meta es responder 40.000 peticiones en cinco meses y en promedio cada mes tiene 20 días hábiles (cuatro semanas de cinco días hábiles), con el número de abogados propuesto por día se responderían 400 peticiones, por mes 8.000 peticiones y en cinco meses las 40.000 que se encuentran atrasadas.													
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de gestión (insumo)													
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Número de abogados vinculados													
Orientación del indicador	Mantenimiento													
Tipo de acumulación	Stock													
Línea base	12 abogados para la atención derechos de petición por resolver													
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Año</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Agosto</td> <td>20 abogados</td> </tr> <tr> <td>Septiembre</td> <td>20 abogados</td> </tr> <tr> <td>Octubre</td> <td>20 abogados</td> </tr> <tr> <td>Noviembre</td> <td>20 abogados</td> </tr> <tr> <td>Diciembre</td> <td>20 abogados</td> </tr> </tbody> </table>		Año	Meta	Agosto	20 abogados	Septiembre	20 abogados	Octubre	20 abogados	Noviembre	20 abogados	Diciembre	20 abogados
Año	Meta													
Agosto	20 abogados													
Septiembre	20 abogados													
Octubre	20 abogados													
Noviembre	20 abogados													
Diciembre	20 abogados													
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Avance del mes (<i>t</i>): el número de abogados vinculados a la entidad durante el mes, es decir, 20. Línea base: número de abogados actuales vinculados a la entidad para la atención de peticiones, estos son, 20 deben estar contratados antes del mes 1. 													



	<p>c. Meta del año (t): número de abogados que se espera tener durante el año, es decir, 20.</p> <p>d. Es importante tener en cuenta que en la fórmula para establecer la meta del año, el avance t es el del último mes.</p>
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del mes } t = \frac{\text{avance mes } t}{\text{meta mes } t}$ $\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{avance año } t}{\text{meta año } t}$
Periodicidad de la medición	Anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la Oficina Jurídica

TABLA 41 FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR MOVILIDAD

FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR	
Nombre del indicador	Campañas pedagógicas adelantadas para reducir el abuso del derecho de petición para la impugnación de comparendos
Descripción del indicador:	Este indicador mide el esfuerzo de la entidad para lograr mayor conciencia en la ciudadanía sobre los mecanismos adecuados para la impugnación de comparendos, en aras de mitigar el abuso del derecho de petición. Así se mide el número de capacitaciones por cualquier medio de circulación.

Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de gestión (actividades)											
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Cantidad de capacitaciones											
Orientación del indicador	Aumento											
Tipo de acumulación	Acumulado											
Línea base	5 capacitaciones por mes en julio de 2023											
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Año</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Agosto</td> <td>10</td> </tr> <tr> <td>Septiembre</td> <td>15</td> </tr> <tr> <td>Octubre</td> <td>20</td> </tr> <tr> <td>Noviembre</td> <td>25</td> </tr> </tbody> </table> <p>La meta al terminar el año es de 70 capacitaciones.</p>		Año	Meta	Agosto	10	Septiembre	15	Octubre	20	Noviembre	25
Año	Meta											
Agosto	10											
Septiembre	15											
Octubre	20											
Noviembre	25											
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Avance del mes (t): número de capacitaciones por mes. Línea base: cantidad de capacitaciones realizadas en el mes anterior a la medición, estas ascienden a 5. Meta del año (t): cantidad de capacitaciones que se espera adelantar en el año. Meta anual: la meta es el número de capacitaciones que se pretenden durante el año, estas son 70. Para el cálculo del avance del año se deben sumar los avances de cada uno de los meses. 											
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del mes } t = \frac{\text{Línea base} - \text{avance } t}{\text{Línea base} - \text{meta } t}$											

	<p style="text-align: center;">Sumatoria avance de cada mes</p> <p style="text-align: center;">%Avance del año = _____</p> <p style="text-align: center;">Meta anual</p>
Periodicidad de la medición	Mensual y anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la oficina de comunicaciones

b. Secretaría de Educación:

Para disminuir el número de procesos judiciales por sanción moratoria en el pago de cesantías, se propone, un indicador principal de resultado, con un tipo de acumulación de reducción, denominado “Procesos judiciales por sanción moratoria (cesantías)”. Así, el objetivo principal es reducir el número de procesos judiciales contra la Entidad por sanción moratoria por el pago inoportuno de cesantías. Este indicador debe acompañarse de otros indicadores a saber: (i) indicador de resultado, denominado “Porcentaje de peticiones de reconocimiento de cesantías resueltas dentro del término legal” y un (ii) indicador de gestión (actividades), denominado “Mesas de trabajo adelantadas con la ANDJE y la Fiduprevisora para la prevención de la sanción moratoria por cesantías”.

La batería de indicadores está conformada entonces por los siguientes:

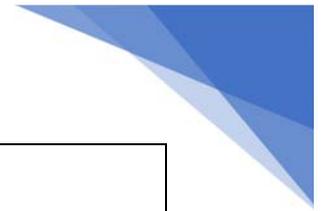
TABLA 42 BATERÍA DE INDICADORES EDUCACIÓN

Objetivo	Nombre del indicador	Tipo de indicador
Reducir el número de procesos judiciales por sanción moratoria (cesantías)	Procesos judiciales por sanción moratoria (cesantías)	Indicador de resultado
Resolver el 100% de las peticiones de reconocimiento de cesantías dentro del término legal	Porcentaje de peticiones de reconocimiento de cesantías resueltas dentro del término legal	Indicador de resultado
Adelantar mesas de trabajo con la ANDJE y la Fiduprevisora para desplegar acciones conjuntas y prevenir la causación de la sanción moratoria por concepto de cesantías	Mesas de trabajo adelantadas con la ANDJE y la Fiduprevisora para la prevención de la sanción moratoria por cesantías	Indicador de gestión (acción)

Precisada la batería de indicadores, se procede a formular las fichas técnicas de cada indicador:

TABLA 43 FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR EDUCACIÓN

FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR	
Nombre del indicador	Procesos judiciales por sanción moratoria (cesantías)
Descripción del indicador:	Este indicador mide el avance en la reducción del número de procesos judiciales de reclamación de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías. El objetivo entonces es reducir el número de procesos que inician por año en contra de la entidad.
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de resultado
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Cantidad de procesos judiciales por año



Orientación del indicador	Reducción											
Tipo de acumulación	Reducción											
Línea base	400 procesos iniciados por año											
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Mes</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>460</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>420</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>380</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>320</td> </tr> </tbody> </table>		Mes	Meta	2024	460	2025	420	2026	380	2027	320
	Mes	Meta										
	2024	460										
	2025	420										
	2026	380										
2027	320											
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> f. Avance del año (t): el número de demandas con auto admisorio notificadas por año. g. Línea base: número de demandas que se notificaron en el año 2023, estas son, 400. h. Meta del cuatrienio (t): la meta establecida para el cuatrienio es la del último año. i. El avance para el cálculo de la meta cuatrienal es el logrado para el último año. 											
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{línea base} - \text{avance } t}{\text{línea base} - \text{meta } t}$ $\% \text{Avance cuatrienal} = \frac{\text{línea base} - \text{avance } t}{\text{línea base} - \text{meta anual}}$											
Periodicidad de la medición	Anual											
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información	Reporte del SIPROJ-WEB.											

estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	
--	--

TABLA 44 FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR EDUCACIÓN

FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR											
Nombre del indicador	Porcentaje de peticiones de reconocimiento de cesantías resueltas dentro del término legal										
Descripción del indicador	Este indicador permite medir el esfuerzo de la entidad para resolver las peticiones de reconocimiento de cesantías dentro de los términos establecidos en la ley.										
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de resultado.										
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Porcentaje de peticiones con respuesta dentro del término legal										
Orientación del indicador	Aumento										
Tipo de acumulación	Capacidad										
Línea base	La entidad resuelve el 95% de las solicitudes de reconocimiento de cesantías dentro del término establecido en la Ley										
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Año</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>100%</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>100%</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>100%</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>100%</td> </tr> </tbody> </table> <p>La meta cuatrienal equivale a la del último año del cuatrienio.</p>	Año	Meta	2024	100%	2025	100%	2026	100%	2027	100%
Año	Meta										
2024	100%										
2025	100%										
2026	100%										
2027	100%										



Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Avance del año (t): porcentaje de peticiones resueltas dentro del término legal. b. Línea base: porcentaje actual de peticiones resueltas por la entidad resueltas dentro del término legal. c. Meta del año (t): porcentaje de peticiones resueltas en cada anualidad. d. Es importante tener en cuenta que en la fórmula para establecer la meta del año, el avance t es el del último mes.
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{avance año } t - \text{línea base}}{\text{meta año } t - \text{línea base}}$ $\% \text{Avance del cuatrienio } t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta cuatrienio} - \text{línea base}}$
Periodicidad de la medición	Anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la Oficina Jurídica.

TABLA 45 FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR EDUCACIÓN

FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR	
Nombre del indicador	Mesas de trabajo adelantadas con la ANDJE y la Fiduprevisora para la prevención de la sanción moratoria por cesantías

Descripción del indicador:	Este indicador mide el esfuerzo de la entidad para establecer una estrategia conjunta entre el nivel nacional y distrital para la prevención del daño antijurídico y mitigación de los casos judiciales por sanción moratorio por el pago inoportuno de cesantías.											
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de gestión (actividades)											
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Cantidad de mesas de trabajo											
Orientación del indicador	Aumento											
Tipo de acumulación	Capacidad											
Línea base	Cero mesas de trabajo											
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Año</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>3</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>4</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>4</td> </tr> </tbody> </table> <p>La meta cuatrienal es la del último año del cuatrienio.</p>		Año	Meta	2024	2	2025	3	2026	4	2027	4
Año	Meta											
2024	2											
2025	3											
2026	4											
2027	4											
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> f. Avance del año (t): número de mesas de trabajo por año. g. Línea base: cantidad de mesas de trabajo realizadas en el año 2023, igual a cero. h. Meta del año (t): cantidad de mesas de trabajo adelantadas. i. Meta cuatrienio: la meta cuatrienio es la meta del último año. j. Es importante tener en cuenta que en la fórmula para establecer el avance cuatrienal, el avance t es el del último año de dicho cuatrienio. 											
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta } t - \text{línea base}}$											



	$\% \text{Avance del cuatrienio } t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta cuatrienio} - \text{línea base}}$
Periodicidad de la medición	Anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la Oficina Asesora Jurídica

c. Unidad Administrativa Especial Cuerpo Especial de Bomberos:

Para reducir el número de procesos ejecutivos, la política de prevención del daño prevé como estrategia principal, una de carácter conciliatoria cuyo hito es la audiencia de conciliación programada en el proceso ejecutivo, caso en el cual se ofrece al demandante el pago con un descuento del 20% de los intereses. No obstante, la oferta puede remitirse al demandante sin necesidad de citación a la audiencia. Bajo esta consideración, se propone un indicador principal de resultado, con un tipo de acumulación de “acumulado”, denominado “Porcentaje de procesos ejecutivos por sentencias condenatorias – horas extras conciliados”. El objetivo principal es reducir el número de procesos ejecutivos que cursan contra la Entidad por el cobro de sentencias que en otrora la condenaron por el no pago de horas extras y otros emolumentos. Este indicador debe acompañarse de otros

indicadores a saber: (i) indicador de gestión (acción) denominado “Porcentaje de procesos ejecutivos con oferta para la conciliación de la entidad” y un (ii) indicador de gestión (actividades), denominado “Mesas de trabajo adelantadas con la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Jurídica Distrital para la provisión de recursos”.

La batería de indicadores está conformada entonces por los siguientes:

TABLA 46 BATERÍA DE INDICADORES BOMBEROS

Objetivo	Nombre del indicador	Tipo de indicador
Reducir el número de procesos ejecutivos que cursan contra la Entidad por el cobro de sentencias que en otrora la condenaron por el no pago de horas extras y otros emolumentos.	Porcentaje de procesos ejecutivos por sentencias condenatorias – horas extras conciliados.	Indicador de resultado
Enviar oferta de conciliación a los acreedores de los procesos ejecutivos para terminar anormalmente el proceso por conciliación o transacción.	Porcentaje de procesos ejecutivos con oferta para la conciliación de la entidad.	Indicador de resultado
Adelantar mesas de trabajo con la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Jurídica Distrital para lograr provisión de recursos por parte del Concejo de Bogotá.	Mesas de trabajo adelantadas con la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Jurídica Distrital para la provisión de recursos.	Indicador de gestión (acción)

Precisada la batería de indicadores, se procede a formular las fichas técnicas de cada indicador:

TABLA 47 FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR BOMBEROS

FICHA TÉCNICA PRIMER INDICADOR	
Nombre del indicador	Porcentaje de procesos ejecutivos por sentencias condenatorias – horas extras conciliado.

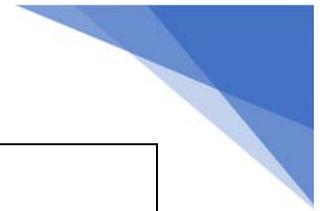


Descripción del indicador:	Este indicador mide el avance en la reducción del número de procesos ejecutivos por sentencias ejecutoriadas de casos previos de reclamación de horas extras. El objetivo entonces es reducir el número de procesos activos en contra de la entidad.											
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de resultado											
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Cantidad de procesos activos											
Orientación del indicador	Reducción											
Tipo de acumulación	Reducción											
Línea base	91 procesos ejecutivos activos para junio de 2023 (Información obtenida del Sistema de Información de Procesos Judiciales del Distrito Capital de Bogotá – SIPROJ, 2023).											
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Mes</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>70</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>50</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>30</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>10</td> </tr> </tbody> </table>		Mes	Meta	2024	70	2025	50	2026	30	2027	10
Mes	Meta											
2024	70											
2025	50											
2026	30											
2027	10											
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> j. Avance del año (t): el número de procesos ejecutivos activos por año. k. Línea base: número de procesos ejecutivos para junio de 2023, es decir, 91. l. Meta del cuatrienio (t): la meta establecida para el cuatrienio es la del último año. m. El avance para el cálculo de la meta cuatrienal es el logrado para el último año. 											
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{línea base} - \text{avance } t}{\text{línea base}} \times 100$											

	<p>línea base – meta t</p> <p>línea base - avance t</p> <p>%Avance cuatrienal = _____</p> <p>línea base – meta anual</p>
Periodicidad de la medición	Anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte del SIPROJ-WEB.

TABLA 48 FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR BOMBEROS

FICHA TÉCNICA SEGUNDO INDICADOR	
Nombre del indicador	Porcentaje de procesos ejecutivos con oferta para la conciliación de la entidad.
Descripción del indicador	Este indicador permite medir el esfuerzo de la entidad para lograr conciliaciones en los procesos ejecutivos a través de ofertas enviadas a los acreedores de las sentencias, sin necesidad de que se haya convocado audiencia dentro del respectivo proceso.
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de resultado.
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Porcentaje de procesos ejecutivos con oferta enviada por la entidad.



Orientación del indicador	Aumento											
Tipo de acumulación	Capacidad											
Línea base	Cero (0)											
Meta	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Año</th> <th>Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>20%</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>40%</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>60%</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>80%</td> </tr> </tbody> </table>		Año	Meta	2024	20%	2025	40%	2026	60%	2027	80%
	Año	Meta										
	2024	20%										
	2025	40%										
	2026	60%										
	2027	80%										
La meta cuatrienal equivale a la del último año del cuatrienio.												
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> e. Avance del año (t): porcentaje de procesos ejecutivos con oferta de conciliación enviada. f. Línea base: porcentaje de procesos con oferta de conciliación. g. Meta del año (t): porcentaje procesos ejecutivos con oferta de conciliación enviada. h. Meta del cuatrienio: porcentaje procesos ejecutivos con oferta de conciliación enviada al final del periodo. Esta es igual a la meta del último año. i. Es importante tener en cuenta que en la fórmula para establecer la meta del año, el avance t es el del último año. 											
Fórmula: expresión matemática del indicador	$\% \text{Avance del año } t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta } t - \text{línea base}}$ $\% \text{Avance del cuatrienio } t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta cuatrienio} - \text{línea base}}$											

Periodicidad de la medición	Anual
Fuente de información, es decir, el sistema del cual se extrae la información estadística, con indicación del responsable encargado de el reporte periódico de avances	Reporte de la Oficina Jurídica.

TABLA 49 FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR BOMBEROS

FICHA TÉCNICA TERCER INDICADOR	
Nombre del indicador	Mesas de trabajo adelantadas con la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Jurídica Distrital para la provisión de recursos.
Descripción del indicador:	Este indicador mide el esfuerzo de la entidad para establecer una estrategia conjunta a nivel distrital para la provisión de recursos suficientes para el pago de sentencias pendientes de cancelación.
Tipo de indicador conforme al eslabón de la cadena de valor	Indicador de gestión (actividades)
Unidad de medida: personas, kilómetros, acciones judiciales, entre otros	Cantidad de mesas de trabajo
Orientación del indicador	Aumento
Tipo de acumulación	Capacidad
Línea base	Cero mesas de trabajo



Meta	<table border="1" style="width: 100%;"> <thead> <tr> <th style="width: 50%;">Año</th> <th style="width: 50%;">Meta</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2024</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>2025</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>2026</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>2027</td> <td>2</td> </tr> </tbody> </table>	Año	Meta	2024	2	2025	2	2026	2	2027	2
	Año	Meta									
	2024	2									
	2025	2									
	2026	2									
2027	2										
La meta cuatrienal es la del último año del cuatrienio.											
Metodología de medición	<p>Las variables de la medición son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> k. Avance del año (t): número de mesas de trabajo por año. l. Línea base: cantidad de mesas de trabajo realizadas en el año 2023, igual a cero. m. Meta del año (t): cantidad de mesas de trabajo adelantadas. n. Meta cuatrienio: la meta cuatrienio es la meta del último año. o. Es importante tener en cuenta que en la fórmula para establecer el avance cuatrienal, el avance t es el del último año de dicho cuatrienio. 										
Fórmula: expresión matemática del indicador	<p style="text-align: center;">avance t – línea base</p> <p>%Avance del año $t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta } t - \text{línea base}}$</p> <p style="text-align: center;">avance t – línea base</p> <p>%Avance del cuatrienio $t = \frac{\text{avance } t - \text{línea base}}{\text{meta cuatrienio} - \text{línea base}}$</p>										
Periodicidad de la medición	Anual										
Fuente de información, es decir, el sistema del cuál se extrae la información estadística, con indicación del responsable	Reporte de la Oficina Asesora Jurídica										

encargado de el reporte periódico de avances	
--	--

La propuesta de las tres baterías de indicadores para medir la gestión jurídica pública, específicamente en el contexto de la prevención del daño antijurídico, representa un paso significativo hacia la consolidación de políticas públicas más efectivas y eficientes. Estos indicadores se presentan como herramientas valiosas y aplicables que organizan de manera sistemática los esfuerzos en términos de insumos, acciones, productos y resultados. Además, permiten la construcción de cronogramas y presupuestos de manera más eficiente y efectiva, al tiempo que asignan responsabilidades de forma clara. Un aspecto fundamental radica en que estos indicadores garantizan la medición del impacto, un aspecto que hasta ahora ha sido subexplorado en las políticas de la Administración Nacional de la Jurisdicción Especializada (ANDJE) y, aún más, por los Comités de Conciliación de las entidades y organismos públicos.

Sin embargo, el respetado jurado evaluador de esta tesis ha planteado la imperiosa necesidad de llevar a cabo una prueba piloto para poner a prueba la aplicabilidad de la innovadora metodología propuesta. En respuesta a esta recomendación, se optó por emprender una validación rigurosa de los indicadores propuestos. Se implementó un instrumento de validación, basado en el método Delphi, que se apoya en “una visión prospectiva respaldada por la vasta experiencia y la aguda intuición de expertos” (Fernández de Castro, 2013, p. 1).

La metodología empleada comprende la administración de un cuestionario cerrado, con respuestas tipo Likert que abarcan 6 categorías que limitan el riesgo de sesgo, junto con la oportunidad de añadir valoraciones cualitativas al término de las respuestas. Este

método se aplicó durante una exhaustiva ronda de validación, en la que cinco expertos de renombre, tanto nacionales como internacionales, llevaron a cabo minuciosas evaluaciones de los indicadores en cuanto a su relevancia, adecuación, claridad y monitoreabilidad. Además, se llevaron a cabo reuniones de retroalimentación con estos expertos, en las cuales, me permitieron comprender con mayor precisión las razones de la valoración.

Los resultados de esta validación revelan una alta tasa de aprobación, lo que confirma la aplicabilidad y efectividad de los indicadores. Esta metodología de validación ofrece un enfoque sólido para evaluar la efectividad de los indicadores en un entorno controlado y objetivo. En consecuencia, esta tesis no solo presenta una propuesta teórica sólida, sino que también respalda su viabilidad y aplicabilidad práctica, fortaleciendo su valor en el ámbito de la gestión jurídica pública.

El análisis se basó en cuatro criterios fundamentales: relevancia, adecuación, claridad y monitoreabilidad. Estos estándares, comúnmente empleados en la validación de instrumentos de medición, sirvieron como referencia clave para la evaluación de las baterías de indicadores propuestas. Dichas baterías, específicamente diseñadas para las entidades seleccionadas, a saber, la Secretaría de Movilidad, la Secretaría de Educación y la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, reflejan la materialización de la metodología propuesta en la tesis doctoral para la formulación de indicadores destinados a guiar y evaluar la gestión jurídica del Estado.

Medir y evaluar estos aspectos es esencial para la validación efectiva de los indicadores evaluados, ya que cada uno de ellos contribuye significativamente a la calidad y confiabilidad de los indicadores propuestos.

La medición de la relevancia de un indicador es crucial para garantizar que este aporte información significativa y práctica relacionada con los objetivos a los que está vinculado. La relevancia asegura que el indicador esté diseñado para evaluar factores relevantes y esenciales, lo que significa que se centra en aspectos fundamentales del programa o proceso en cuestión. La especificación de metas adecuadas y la construcción del indicador como una relación de dos o más variables confirman que su medición tiene un propósito claro y valioso. Al evaluar la relevancia de un indicador, se garantiza que esté alineado con los objetivos y que contribuye de manera efectiva a la toma de decisiones informadas.

La adecuación de un indicador es esencial para asegurar que este proporcione información suficiente y homogénea, lo que permite a distintos actores llegar a conclusiones similares al interpretarlo. Un indicador adecuado evita ambigüedades y garantiza que los resultados sean coherentes y comparables. Al medir la adecuación, se garantiza que el indicador tenga la capacidad de respaldar juicios terminales sólidos y uniformes sobre el desempeño del programa o proceso evaluado. Esto es fundamental para que los responsables de la toma de decisiones y los interesados puedan confiar en los resultados del indicador y utilizarlos de manera efectiva en la evaluación de políticas y estrategias.

La claridad de un indicador es esencial para que cualquier actor pueda entender de manera precisa lo que se busca medir. Un indicador claro se caracteriza por un nombre autoexplicativo que se relaciona directamente con el método de cálculo. La frecuencia de medición y la unidad de medida deben ser coherentes y bien definidas, lo que garantiza que no haya dudas sobre cómo se recopilan y presentan los datos. La descripción de las

variables involucradas debe ser comprensible y accesible para cualquier persona que consulte el indicador. Al medir la claridad, se asegura que el indicador sea fácil de interpretar y que su uso contribuya a una comunicación efectiva entre los interesados y responsables de la toma de decisiones.

La monitoreabilidad de un indicador es esencial para garantizar que su información sea precisa y accesible. Los medios de verificación deben proporcionar datos precisos y claros, lo que implica conocer la línea base del indicador y los detalles sobre dónde y cómo se pueden consultar estos medios de verificación. La periodicidad de actualización de estos medios debe ser coherente con la frecuencia de medición del indicador. La medición de la monitoreabilidad es fundamental para asegurar que la información esté disponible y sea de fácil acceso para aquellos que necesitan evaluar el desempeño del programa o proceso. Esto permite un seguimiento constante y una toma de decisiones basada en datos sólidos y actualizados.

En líneas generales, las baterías de indicadores concebidas para estas tres entidades distritales, es decir, la Secretaría de Movilidad, la Secretaría de Educación y la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, se alinean de manera satisfactoria con los parámetros establecidos en el instrumento de validación. La valoración emitida por los expertos refleja que las baterías de indicadores cumplen con los requisitos esenciales de relevancia, adecuación, claridad y monitoreabilidad.

La aplicación del instrumento de validación a la primera batería de indicadores, diseñada para abordar la crisis relacionada con el abrumador número de derechos de petición presentados como medio de impugnación de fotocomparendos en la Secretaría de Movilidad, arrojó resultados significativos. En primer lugar, la batería de indicadores se

desarrolló como una medida provisional destinada a implementar un plan de contingencia para resolver la problemática específica. A pesar de recibir el respaldo de los expertos, se recomendó la incorporación de un indicador permanente que evalúe la capacidad de la entidad para resolver el 100% de las peticiones una vez superada la crisis. Como resultado, se creó un cuarto indicador que permite medir el rendimiento de la entidad con claridad y precisión, con el propósito de identificar posibles fallas administrativas que puedan obstaculizar el cumplimiento de dicho objetivo. Los cuatro indicadores propuestos para la Secretaría de Movilidad obtuvieron calificaciones promedio superiores a 4 en todos los criterios de evaluación (relevancia, adecuación, claridad y monitoreabilidad). El único indicador que no alcanzó el promedio esperado, especialmente en términos de claridad, fue el primero, relacionado con el número de derechos de petición vencidos que se deben responder dentro del plan de choque. Los expertos formularon observaciones sobre su denominación. Además, se recibieron recomendaciones en relación al tercer indicador, que se enfoca en las capacitaciones para reducir el abuso del derecho, con el objetivo de desarrollar un indicador de resultado que evalúe el impacto de dichas actividades en la reducción de las peticiones relacionadas con las fotomultas.

Con todo, se formularon algunas observaciones en torno a la fórmula matemática para el cálculo, las de mayor precisión fueron las del Presidente del Consejo de Estado de Chile, dado que al ser las metas temporales (5 meses) debía plantearse el avance desde el promedio de esos periodos.

Todos los indicadores de la batería de la Secretaría de Educación superaron ampliamente el promedio requerido por la metodología en los cuatro aspectos evaluados. No obstante, los expertos ofrecieron recomendaciones específicas en relación al tercer

indicador, que se centra en las mesas de trabajo con la Nación para prevenir el daño antijurídico causado por la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías. Se sugiere una mayor precisión en la descripción de los objetivos de estas mesas de trabajo y se aclara que el Ministerio de Educación Nacional, el FOMAG, la Fiduprevisora y la ANDJE participan en estas reuniones.

Con respecto a la batería de indicadores de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, los resultados obtenidos son altamente positivos en todos los aspectos evaluados. Los expertos otorgaron calificaciones sobresalientes en cada uno de los criterios y, adicionalmente, realizaron recomendaciones para el tercer indicador, que aborda las mesas de trabajo. Se propone una evaluación de las alternativas disponibles para la provisión de recursos que respalden la estrategia de conciliación y se insta a que estos foros de coordinación produzcan resultados concretos.

LOS MASC: UNA PROMESA NO REALIZADA⁷⁴

Ballén (2015), explica que el origen de los MASC en Colombia se remota a 1825, año en el cual se dicta la Ley “que arregla el procedimiento civil de los tribunales y juzgados de la república” que regula entre otras cosas el mecanismo de la conciliación como requisito de procedibilidad. Se trataba de un paso obligado, antes de acudir a la jurisdicción, en asuntos contenciosos, civiles, injurias y divorcios y el procedimiento se adelantaba ante el alcalde del municipio de forma verbal salvo la expedición del acta o constancia de conciliación no declaratoria fallida del procedimiento.

⁷⁴ Frase de Carrillo y Varela (2013) en su estudio sobre la conciliación en lo contencioso administrativo.

Durante el siglo XX, la conciliación, MASC tradicional en Colombia, se desarrolló principalmente en el área del derecho laboral, camino que se inició con la Ley 120 de 1921 (Gómez Lee, 2020). A finales de la década de los 80, se expidió el Decreto 2289 de 1979, por medio del cual se implementaron “sistemas de solución de conflictos entre particulares”, norma que se ocupaba principalmente del arbitraje, pero también consagraba artículos muy generales para regular la amigable composición y la conciliación específicamente en cuanto a su objeto (asuntos susceptibles de transacción).

Nuevamente el nacimiento de nuestro nuevo orden constitucional en 1991 trajo consigo importantes avances. Es así como en ese año se expidió la Ley 23 de 1991, estatuto de los MASC durante algunos años, norma que reguló solamente la conciliación y el arbitraje. La Constitución Política por supuesto marcó un hito histórico, al reconocer por primera vez en una norma de orden superior, la transferencia transitoria de jurisdicciones a árbitros y conciliadores, con lo cual se otorgó rango constitucional a esos dos mecanismos.

En esa misma década, el legislador expidió la Ley 446 de 1998, norma que se expidió con el objetivo principal de descongestionar la administración de justicia y que en materia de MASC se enfocó nuevamente en los tres mecanismos típicos: la conciliación, el arbitraje y la amigable composición. Esta norma fue modificada por la Ley 640 de 2001, la cual se ocupó principalmente de la conciliación como requisito de procedibilidad en todas las áreas del derecho, y la Ley 1536 de 2012, norma que reglamentó en su integridad el arbitraje y la amigable composición. En lo tocante a la conciliación, el año pasado se expidió el nuevo estatuto, vertido en la Ley 2220 de 2022, norma que derogó las disposiciones anteriores en esta materia.

En el campo del derecho contencioso administrativo, a partir del Decreto 4085 de 2011, norma que creó la estructura de la ANDJE y precisó sus funciones, se creó un mecanismo propio de esta área jurídica para resolver conflictos interadministrativos, denominada mediación, que permite solucionar controversias entre entidades y organismos públicos del nivel nacional, y que, como se verá, se ha extendido a la ciudad de Bogotá bajo el liderazgo de la SJD.

Es claro que la legislación colombiana se ha enfocado principalmente en tres MASC tradicionales, conciliación, arbitraje y amigable composición, siendo por supuesto la regulación más profusa y extensa en los dos primeros.

En términos generales, los MASC se dividen en dos grandes tipologías: los autocompositivos propiamente dichos y los heterocompositivos. En los primeros, las partes disponen de la decisión del conflicto mientras que en los segundos es un tercero neutral quien dicta la decisión que zanja la controversia. En ese sentido, en los autocompositivos se tiene la mediación, la conciliación y la transacción, mientras que en los heterocompositivos se encuentran la amigable composición y el arbitraje (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1195, 2001).

Otras clasificaciones, como la norteamericana, presentan tres categorías fundamentales: (i) los de negociación directa de las partes, en los cuales no interviene tercero alguno, (ii) los de asistencia de un tercero neutral, vienen siendo la mediación (conciliación, facilitación y regulación negociada) y los “sistemas híbridos de negociación asistida, que tienen resultados predefinidos y dentro de los cuales se encuentran la evaluación neutral previa, el descubrimiento de los hechos, el defensor de usuarios, consumidores o empleados, el minijuicio, el proceso abreviado ante jurado, la

administración del proceso, el arreglo judicial, el arbitraje no vinculante, la mediación-arbitraje” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1195, 2001). (iii) En tercer lugar, se encuentran los de adjudicación, en los cuales, un tercero toma la decisión por las partes en estos se encuentran “el arbitraje, los sistemas de justicia formal y la justicia impartida por determinadas autoridades administrativas”.

Con base en este contexto normativo y las tipologías expuestas, conviene preguntarse, cuáles de estos mecanismos deben ser impulsados en los modelos de gestión jurídica pública proactivos, es decir, aquellos que se enfocan en la prevención.

Para estos efectos dos ideas se plantean y sobre estos dos pilares se presentará la propuesta para la efectiva implementación de los MASC en los modelos de gestión jurídica pública: (i) es fundamental privilegiar los mecanismos autocompositivos, es decir, aquellos que permiten a las partes, directamente o con la intervención de un tercero neutral, tomar la decisión que soluciona el conflicto sin escalarlo judicialmente y (ii) es necesario buscar alternativas que vayan más allá de la solución y busquen no solo zanjar controversias sino además intenten prevenirlas.

Bajo estas dos premisas, se considera que la conciliación y la mediación, mecanismos autocompositivos por excelencia, son llamados a liderar las políticas públicas de uso de MASC en el ámbito público y son imprescindibles para la solución temprana de conflictos. En este sentido, este capítulo analiza estos dos mecanismos, determinando el estado actual de su desarrollo y las propuestas de mejora que podrían implementarse para impulsar su efectiva aplicación. No se abordará en estas líneas la transacción, debido a la resistencia que genera entre servidores públicos, porque, como destaca Medellín (2013), al

ser un negocio jurídico autónomo genera más preocupación en las Entidades, motivo por el cual su utilización es nula.

En segundo lugar, se formulará una propuesta para pasar de la solución de controversias, a la prevención de conflictos, específicamente en el ámbito contractual, campo en el cual han tomado fuerza el arbitraje y la amigable composición en nuestro país pero a nivel internacional, las organizaciones de ese nivel y otros países han impulsado un mecanismo bien particular, sobre el cual se ha empezado a debatir en Colombia, como son los *dispute boards* conocidos en nuestro contexto como juntas de resolución de disputas o paneles de expertos.

CONCILIACIÓN: HORA DE DEJAR ATRÁS EL FANTASMA DE DRAGACOL

Carrillo y Varela (2013) indican que la conciliación es “una promesa no realizada”, de ahí la frase que hace parte del título de esta sección, puesto que en general, los MASC en el ámbito público lo son.

En nuestra historia reciente, casos como el de DRAGACOL o COMMSA y las investigaciones disciplinarias y penales han estigmatizado este mecanismo y han desincentivado el uso de la conciliación. Hacia el año 2013 y ante los casos de corrupción, se alertaba sobre la necesidad de “blindar” el mecanismo para dotarlo de “transparencia y revisión por instancias superiores” (Carrillo, 2020, p. 140), aspecto que se ha tratado de corregir a través de la Ley 2220 de 2022, norma que ha pretendido impulsar la conciliación en todos los campos del derecho, dados los índices de congestión judicial y la cada vez más dramática situación de los estrados.

Pese a los esfuerzos legislativos e institucionales para forjar una cultura de la conciliación, su uso sigue siendo marginal.

En ese sentido, Carrillo (2020), en un texto publicado por la Procuraduría General de la Nación, indica que en el año 2020, que entre los años 2017 y 2018 se recibieron en el país 131.813 solicitudes de conciliación, de las cuales alcanzaron la etapa de audiencia 80.087. De ese universo de tramites, solamente se conciliaron 9.242 solicitudes, es decir, tan solo el 7,07% de las solicitudes fueron conciliadas. La siguiente gráfica muestra la información discriminada para cada año (Carrillo, 2020):

TABLA 50 SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN 2017-2018 A NIVEL NACIONAL

	2017	2018
SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN RECIBIDAS	61932	69881
AUDIENCIAS	40850	46237
ACUERDOS CONCILIATORIOS	5136	4110
PRETENSIONES	485.2 MIL MILLONES	748.2 MIL MILLONES
VALOR CONCILIADO	322.4 MIL MILLONES	441.9 MIL MILLONES
PORCENTAJE DE AHORRO	33.5%	40.1%

Fuente: Elaboración propia a partir de la información plasmada por Carrillo (2020, p. 20)

A pesar del bajo porcentaje de casos conciliados, el Estado logró un ahorro del 33,5% y del 40,1% en el 2017 y 2018 respectivamente, si se comparan los valores de las pretensiones y los montos efectivamente conciliados aspecto altamente destacable que se suma a la reducción de más de nueve mil casos en la jurisdicción contencioso administrativa (Carrillo, 2020).

Si se analiza el mecanismo desde la perspectiva de la jurisdicción se tiene que, entre los años 2016 y 2018, los jueces y tribunales administrativos recibieron, en primera o única instancia, un total de 309.035 casos conciliables, dentro de los que se encuentran demandas para calificar y acuerdos de conciliación para aprobación. Los acuerdos sometidos al trámite de homologación ascendieron a 15.379, lo cual quiere decir que de la totalidad de casos recibidos en la jurisdicción para esos 3 años, solamente el 4,98% correspondía a acuerdos conciliatorios para homologación, el restante eran demandas (Carrillo, 2020).

Los anteriores datos permiten concluir que del total de casos conciliables, solamente el 4,98% se concilia, el restante de conflictos se ventilan en sede judicial, lo cual es evidencia de una cultura conciliatoria muy baja y unos índices de descongestión, a partir del uso de los MASC, muy deficientes.

Esta reflexión debe complementarse con la tasa de retención de casos en la jurisdicción. Así, para el año 2018, los juzgados y tribunales solo habían evacuado el 59,43% de los casos, el 40% restante engrosó las cifras de los casos pendientes por resolver para el año 2019, a los cuales se suman las demandas presentadas en ese periodo. Esta baja tasa de evacuación de casos contrasta con el número de causas conciliadas que se sometieron a homologación, cuyo porcentaje ascendió al 98,17% (Carrillo, 2020).

En el orden Distrital las cifras tampoco son alentadoras. En cumplimiento de la Directiva Distrital 016 de 2023, las entidades y organismos de la ciudad actualizaron la información relativa a los trámites conciliatorios, arrojando un resultado llamativo. Durante el cuatrienio 2020-2023, el porcentaje de casos sometidos al mecanismo efectivamente conciliados asciende al 5,67%, en el cuatrienio anterior ascendía al 6,60%. (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe conciliaciones, 2023).

Las siguientes tablas detallan esta información:

TABLA 51 SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN 2016-2019 DISTRITO CAPITAL

Periodo 2016 - 2019		Conciliadas		No Conciliadas	
Periodo	Conciliaciones Estudiadas	Cantidad	%	Cantidad	%
2016	1431	111	7,76%	1203	84,07%
2017	1850	87	4,70%	1648	89,08%
2018	1797	117	6,51%	1654	92,04%
2019	2094	158	7,55%	1814	86,63%
Total general	7172	473	6,60%	6319	88,11%

Fuente: Dirección Distrital de Gestión Judicial, 2023

TABLA 52 SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN 2020-2023 DISTRITO CAPITAL

Periodo 2020 - 2023		Conciliadas		No Conciliadas	
Periodo	Conciliaciones Estudiadas	Cantidad	%	Cantidad	%
2020	1629	140	8,59%	1477	90,67%
2021	1728	83	4,80%	1637	94,73%
2022	2683	126	4,70%	2540	94,67%
2023	1249	64	5,12%	1150	92,07%
Total general	7289	413	5,67%	6804	93,35%

Fuente: Dirección Distrital de Gestión Judicial, 2023

Conviene entonces indagar por las causas de esta residualidad de la conciliación y su baja efectividad a la hora de resolver conflictos que involucren entidades y organismos distritales. A continuación, se analiza cada una de ellas.

- a. Inseguridad jurídica para la conciliación de los efectos económicos de actos administrativos:

El artículo 89 de la Ley 2220 establece que se pueden conciliar los efectos económicos de los actos administrativos cuando se de alguna de las causales de revocatoria

directa de las que están contenidas en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, caso en el cual, aprobado el acuerdo por parte de la jurisdicción contencioso administrativo, el acto administrativo se entiende revocado o modificado y sustituido por el acuerdo conciliatorio⁷⁵ (Ley 2220, 2023, art. 89).

De la norma entonces se colige que en tratándose de actos administrativos y por ende de pretensiones de nulidad, simple o con restablecimiento del derecho, debe distinguirse entre la legalidad del acto administrativo y sus efectos económicos, siendo estos últimos el verdadero objeto de la conciliación. En ese sentido, la norma restringe la conciliación a los efectos económicos del acto, por ser estos verdaderamente disponibles o renunciables por las partes, pero la legalidad la ubica en la esfera del orden público, razón por la cual, en principio no es susceptible de acuerdo.

Esta regla fue acogida desde la expedición del artículo 71 de la Ley 446 de 1998 puesto que el artículo 62 de la ley 23 de 1991, primer estatuto de mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestro país, daba a entender que la legalidad de los actos administrativos hacía parte del marco de disposición de las partes, cuando indicaba: “Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el Acta de Conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular” (Ley 23, 1991, art. 62).

⁷⁵ El artículo 71 de la Ley 446 de 1998, derogado por la Ley 2220 de 2022 establecía: “Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”.

Las causales de revocatoria directa a las que refiere el artículo 93 del CPACA son las siguientes: “1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona” (Ley 1437, 2011, art. 93).

Como corolario de lo anterior, una interpretación literal de las normas expuestas permitiría concluir que si se reúnen alguna de las causales de revocatoria directa, sea la de legalidad (primera causal) o las de conveniencia (segunda y tercer causal), es procedente conciliar los efectos económicos de un acto administrativo. Sin embargo, tal y como explica Peláez (2018) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido una jurisprudencia restrictiva a partir de la cual se señala que la aprobación que el juez contencioso hace del acuerdo conciliatorio implica siempre y en todos los casos un juicio de legalidad, es decir, que alegar alguna de las causales de conveniencia, sea porque el acto no es conforme con el interés público o social o porque con él se cause un agravio injustificado a una persona, no es suficiente porque el juez debe velar siempre por el respeto del ordenamiento jurídico, lo cual, transforma el trámite de homologación en un juicio de legalidad, con lo cual prácticamente se hacen inoperantes las causales de conveniencia.

De esta manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado diferencia la figura de la conciliación de la revocatoria directa, por más de que la primera remita a las causales de la segunda. La diferencia fundamental es que en el trámite conciliatorio el acuerdo debe ser revisado por el juez contencioso administrativo en la fase de homologación, lo cual, para el alto tribunal implica siempre un juicio de legalidad y no de conveniencia (Peláez Gutiérrez, 2018, p. 114)⁷⁶.

⁷⁶ Sobre el particular Peláez aclara: “En otras palabras: de acuerdo con el Consejo de Estado, las tres causales de revocatoria se consideran causales de legalidad, y ello implica que el juez deba entrar a

Sobre el particular, en auto del 16 de marzo de 2005, dictado dentro del radicado, estableció, frente a la aplicación de las causales de reparación directa, que “cuando el precepto reseñado hace un reenvío al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que se ocupa de regular las causales de procedencia de la revocatoria directa, no restringe las funciones de control de legalidad a cargo del juez administrativo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 27921, 2005).

En ese sentido, el juez siempre debe hacer control de legalidad, motivo por el cual, la revocatoria directa no es equiparable en estricto sentido a la conciliación de los efectos económicos del acto administrativo. Sobre el particular afirma el alto tribunal:

A pesar de que la norma transcrita remita a las causales del 69 del C.C.A., que usualmente se han distinguido entre las relativas a la conveniencia y las atinentes a la legalidad, lo cierto es que está regulando una figura distinta a la revocatoria directa consagrada en ese artículo: la simple remisión legislativa, con miras a establecer causales para su procedencia, no hace equiparable exactamente la revocatoria que directamente profiere la Administración con la figura de la revocación del acto que se entiende como producto del acuerdo conciliatorio sobre sus efectos (Consejo de Estado, Sección Tercera, 27921, 2005).

En iguales términos, se ha pronunciado el Consejo de Estado en varias oportunidades⁷⁷, por ejemplo, el 18 de julio de 2007 el alto tribunal sostuvo:

determinar que el acuerdo es conforme con el ordenamiento jurídico. Esto implica que la potestad de revocatoria, en todo caso, se fundamente en razones de estricta legalidad; es decir, se tiene como límite el ordenamiento jurídico y no basta con argüir razones de conveniencia para dejar sin efecto un acto administrativo que declara la caducidad del contrato y, en consecuencia, revivir el contrato respectivo. En otras palabras: conciliar mediando razones de conveniencia (causal 2 del artículo 63 del antiguo Código, hoy causal 2 del artículo 93 del cpaca) se admite solo si se respeta el ordenamiento jurídico”.

⁷⁷ Ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección tercera, 17219, 2000; Consejo de Estado, Sección tercera, 16758, 2000.

Causales estas que aplicadas al proceso conciliatorio, tienen todas el carácter de juicio de legalidad, esto es, que el análisis que se realice de los supuestos consagrados en el precepto transcrito, pese al entendimiento que prima facie se pudiera inferir respecto de los 2 y 3, resulta evidente que el estudio de las mismas se circunscribe al terreno del derecho y no al ámbito de conveniencia, dado que, como se explicó, el Juez es de legalidad y no de oportunidad y, por lo tanto, aún en el caso de las citadas causales 2 y 3 del artículo 69 del C.C.A. se tratan de conceptos jurídicos indeterminados que no escapan de la órbita de control legal, como corolario del principio de legalidad propio en el Estado de Derecho (Consejo de Estado, Sección Tercera, 31838, 2007).

En términos prácticos, lo anterior significa que el juez contencioso administrativo solamente aprobará el acuerdo conciliatorio si el acto administrativo es ilegal, de lo contrario, no es factible el acuerdo de voluntades sobre los efectos económicos de una decisión de la administración que es conforme a derecho (Peláez, 2018), lo cual, descarta la posibilidad de conseguir acuerdos interesantes para, por ejemplo, la recuperación del patrimonio público⁷⁸.

Esta es la posición jurisprudencial mayoritaria, aunque existe un pronunciamiento aislado del Consejo de Estado, en el cual se acoge la interpretación amplia, en virtud de la cual cualquiera de las causales de revocatoria directa previstas en el artículo 93 del CPACA

⁷⁸ Peláez Gutiérrez plantea que el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje, permite a los árbitros a pronunciarse sobre el contenido económico de los actos administrativos sin necesidad de acudir a las causales de la figura de la revocatoria directa, con lo cual se produce una dicotomía, en sede de conciliación es obligatorio el test de legalidad a pesar de existir dos causales de conveniencia, mientras que en sede de arbitraje existe mayor libertad puesto que no remite a las causales (2018). En mi juicio esta apreciación no es del todo acertada, dado que el mismo artículo 1 establece que los laudos arbitrales, cuando involucren entidades públicas, deben proferirse en derecho, con lo cual, no se

permite conciliar los efectos económicos del acto administrativo (Ley 1437, 2011, art. 93) (Consejo de Estado, Sección Segunda, 1823-09, 2011).

Con todo, la tendencia jurisprudencial colombiana en esta materia es discutible si se tiene en cuenta que el texto legal no exige que las causales de conveniencia de revocatoria directa deban siempre someterse a un análisis de legalidad del acto, precisamente el artículo 89 de la Ley 2220 de 2022 indica que se pueden conciliar los efectos económicos si se da alguna de las causales (Pelález, 2018).

Aunado a lo anterior, es relevante analizar la ostensible contradicción que emana del texto legal mismo y de la jurisprudencia en lo tocante a las posibilidades conciliatorias cuando la actuación de la administración es un acto administrativo. En efecto, como se explicó al principio, se ha prolijado un principio según el cual la legalidad de los actos administrativos no es objeto de la conciliación puesto que no es un bien susceptible de disposición o renuncia, y en ese sentido son conciliables solo sus efectos económicos, lo cierto es que la consecuencia natural de un acuerdo conciliatorio es el de sustituir o revocar el acto administrativo tal y como lo describe el artículo 89 de la Ley 2220 de 2022 y el antiguo artículo 71 de la Ley 446 de 1998. En ese orden de ideas, es claro que, si el acuerdo sustituye o revoca el acto administrativo, ello implica que las partes disponen sobre la legalidad de este y deciden retirarlo del ordenamiento jurídico, de otro modo no puede explicarse la sustitución o revocatoria.

Sobre el particular, Pelález (2018) explica:

Por una parte, aunque no se establezca en la normatividad y la jurisprudencia considere lo contrario, la conciliación sobre esta materia comporta necesariamente un acuerdo sobre la legalidad del acto: el acuerdo logrado se sustituye al acto

administrativo, el cual desaparece. Si bien en principio no se discute la legalidad del acto, la realidad muestra que el acuerdo aprobado por el juez se sustituye a una decisión unilateral de la administración. Por otra parte, el acto administrativo se beneficia de una presunción de legalidad que desaparece solo cuando el juez administrativo declara su nulidad. Pero en el caso de una conciliación sobre los efectos económicos de un acto administrativo, no existe un pronunciamiento en ese sentido del juez administrativo; el acuerdo de las partes aprobado judicialmente reemplaza, sustituye, al acto administrativo inicial, a pesar de que la revocatoria de un acto administrativo particular comporta siempre una decisión de la administración que retira el acto del ordenamiento jurídico, pero en el caso de la conciliación sobre los efectos económicos de un acto administrativo particular, esta decisión de la administración no existe. En este caso, la decisión unilateral de esta cede frente a la autonomía de la voluntad, esto es, frente al acuerdo de las partes (p. 120).

Los cuestionamientos sobre la supuesta imposibilidad de conciliar sobre la legalidad de los actos administrativos se agudizan si se tiene en cuenta que en sede de arbitraje, los árbitros tienen facultades para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos expedidos en el marco de la gestión contractual en los que no se ejerzan cláusulas excepcionales al derecho común.

En este sentido, Peláez (2018) explica que a partir de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, se ha entendido que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos ejercidas en virtud de poderes excepcionales, lo cual permite concluir que aquellos actos administrativos emitidos durante

la gestión contractual pero que no sean expresión de tales facultades son revisables en sede arbitral (Corte Constitucional, C-1436, 2000).

Este asunto no es de poca importancia puesto que los pactos arbitrales deben versar sobre asuntos que, al igual que la conciliación, sean parte del marco dispositivo de las partes, ergo, si los árbitros pueden dictar decisiones sobre la legalidad de actos administrativos contractuales en los que no se ejerzan cláusulas excepcionales, es porque la legalidad como tal es, en esos términos, parte del universo de disposición con el que cuentan las partes de la cláusula compromisoria o compromiso.

En este sentido, es vital abandonar la interpretación restrictiva sobre la aplicabilidad de las causales de revocatoria directa en el campo de la conciliación y darle igual peso a los numerales 2 y 3 del artículo 93 del CPACA, es decir, a las causales de conveniencia, para impulsar el mecanismo de la conciliación cuando la fuente del daño es una decisión unilateral de la administración.

Las cuestiones de inseguridad jurídica en torno a la conciliación de los efectos económicos de actos administrativos han planteado una serie de dilemas que requieren una consideración cuidadosa. Si bien el artículo 89 de la Ley 2220 del 2023 establece que es posible conciliar los efectos económicos de los actos administrativos cuando se cumplan ciertas causales de revocatoria directa, surgen desafíos al determinar la verdadera extensión de esta posibilidad.

Así las cosas, se ha destacado la distinción crucial entre la legalidad de los actos administrativos y sus efectos económicos en el proceso de conciliación. La legalidad se considera un asunto de orden público y, en principio, no se sujeta a acuerdo o renuncia. En cambio, los efectos económicos de los actos administrativos se consideran disponibles y

renunciables por las partes, lo que los hace aptos para la conciliación. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido una interpretación restrictiva que, en la práctica, convierte el proceso de conciliación en un juicio de legalidad.

Este enfoque restrictivo ha llevado a que el juez contencioso administrativo solo apruebe un acuerdo conciliatorio si el acto administrativo es ilegal, lo que elimina efectivamente las posibilidades de alcanzar acuerdos beneficiosos en casos en los que la legalidad del acto no se cuestiona. Esta perspectiva plantea desafíos significativos en términos de recuperación de patrimonio público y cuestiona la utilidad real de la conciliación en estos contextos.

Además, se ha observado una aparente contradicción en la normativa y la jurisprudencia con respecto a las posibilidades conciliatorias cuando la administración emite actos administrativos. Aunque se ha argumentado que la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de conciliación, en la práctica, el acuerdo conciliatorio implica la revocación o modificación del acto, lo que, de hecho, involucra una decisión sobre su legalidad. Esto plantea interrogantes sobre la verdadera naturaleza de la conciliación en estos casos y cuestiona la coherencia de la jurisprudencia.

En este contexto, se sugiere que se reconsidere la interpretación restrictiva y se otorgue igual peso a las causales de conveniencia (segunda y tercera causal del artículo 93 del CPACA) en el proceso de conciliación. Esto permitiría impulsar la utilización efectiva de la conciliación cuando la fuente del daño es una decisión unilateral de la administración y contribuiría a abordar las cuestiones de inseguridad jurídica que actualmente rodean esta práctica.

b. Inoperancia de los Comités de Conciliación

Los Comités de Conciliación son instancias de decisión de las entidades y organismos públicos, creadas con el fin de impulsar la prevención del daño antijurídico y asegurar el uso transparente, eficiente y eficaz de los métodos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales destaca la conciliación.

Los Comités de Conciliación aparecen en nuestro ordenamiento por primera vez con ocasión de la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 75 incorporó el artículo 65B en el cuerpo de la Ley 23 de 1991, mediante el cual se ordenó a todas las entidades y organismos públicos a integrar tales comités conformado por servidores del nivel directivo para cumplir las funciones que luego se señalaran.

Iniciado el siglo, se expidió el Decreto 1214 de 2000, en el cual se establecieron las funciones de los Comités de Conciliación, norma que fue derogada mediante Decreto 1716 de 2009. Este último Decreto fue derogado a través de la más reciente norma en materia de conciliación, Ley 2220 de 2022. En términos generales, los Comités de Conciliación, a la luz de la primera norma, se concibieron con cuatro funciones principales: a. formular políticas de daño antijurídico y analizar, en esa dinámica, causas de condenas reiteradas y deficiencias administrativas para implementar correctivos, b. establecer los parámetros generales de defensa jurídica de la entidad, c. conocer de cada una de las solicitudes de conciliación en que la entidad sea convocada y definir si la decisión es de conciliar o si existen motivos para rehusarse a ello, d. definir los criterios para la selección de abogados que representan a la entidad (Decreto 1214, 2000, art. 5).

Con el advenimiento del Decreto 1716 de 2009 se modificaron dos aspectos importantes en el ámbito funcional: en primer lugar se adicionó la función de estudiar la viabilidad de las acciones de repetición a partir de fallos condenatorios y conciliaciones

pagados por la entidad, así como establecer la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, en segundo lugar, en el marco de la función de analizar las solicitudes de conciliación se impuso el deber de tener en cuenta “pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada” (Decreto 1716, 2009, art. 19).

La Ley 2220 de 2023 por su parte modificó dos aspectos: aunado al deber de seguir las pautas jurisprudenciales consolidadas al momento de estudiar las solicitudes de conciliación, se obliga a los Comités a respetar las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado, modificación natural dada la entronización de las sentencias de unificación de esta alta corporación a partir del CPACA. En segundo lugar, la ley incorporó la función de emitir autorización para que los conflictos interadministrativos se sometan al trámite de mediación ante la ANDJE o la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto a la conformación del Comité de Conciliación, las normas guardan la misma estructura. Así, los Comités de Conciliación están conformados por el jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado, el ordenador del gasto o quien haga sus veces, el Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad, dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente. Así mismo, sin voto pero con voz, asisten el jefe de control interno, el abogado que represente a la Entidad en el caso y el Secretario Técnico del Comité (Ley 2220, 2022).

En el Decreto 1214, acompañaba además de los anteriores servidores un funcionario de la antigua Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el decreto 1716 por supuesto, se hace alusión a la Dirección de

Defensa Jurídica de la Nación, y en la Ley 2220 de 2022 ese acompañamiento es de un funcionario de la ANDJE, este último con voz y voto a diferencia de sus predecesores que tenían solamente voz.

Con todo, los Comités de Conciliación, no han cumplido las expectativas que se generaron con su creación, por el contrario han sido instancias inoperantes por la estructura misma que el legislador, en otrora el Ejecutivo, diseñó.

En efecto, como indica Peláez (2018), los miembros del Comité que sesionan permanentemente “son designados en razón de sus funciones y cargo dentro de la entidad” y no se exige que tengan formación en determinadas áreas y mucho menos que sean profesionales en derecho, “a pesar de que las decisiones que deben adoptar son jurídicas, económicas, técnicas y especializadas en ciertos casos, lo cual se considera una falla en la composición de los comités” (p. 229).

En ese sentido, la única profesión que se exige es el del jefe de la oficina jurídica, que por supuesto debe ser abogado. En esa medida, es importante también resaltar que al ser el único abogado, por lo menos de manera obligatoria, limita el margen de análisis y decisión de las solicitudes de conciliación, puesto que para cumplir tal cometido con eficacia se “deben tener en cuenta los fallos reiterados y las sentencias de unificación para determinar la gran probabilidad de condena en contra de la entidad en caso de una decisión judicial” (Peláez Gutiérrez, p. 229). En ese sentido, destaca la autora, no existe debate jurídico profundo, habida cuenta que participa, como miembro obligatorio un abogado, el jefe de la oficina asesora jurídica, a lo sumo acompañado del abogado que representa a la entidad en el caso, pero quien no tiene voto.

Igualmente, los miembros del Comité no tienen un conocimiento especializado en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluso, como destaca Peláez (2018) no tienen mayor experticia en otros ámbitos del conocimiento que se requieren para el ejercicio de otras funciones, como lo es la prevención del daño antijurídico⁷⁹.

Esta ausencia de preparación y debate técnico y jurídico, puede llevar a la Entidad a la celebración de acuerdos conciliatorios lesivos para el patrimonio público, tal y como sucedió con el caso Dragacol (El Tiempo, 1999), tal vez el más grave que se haya reportado, o el caso Commsa (Consejo de Estado, Sección Tercera, 31838, 2007), menos impactante porque el acuerdo no fue aprobado por el juez contencioso. A contrapelo, las deficiencias técnicas y jurídicas pueden desembocar en una práctica generalizada, reforzada por el miedo que han producido los casos en cita, como lo es la negación de fórmulas de conciliación en casos que deberían conciliarse, sea por solidez de las pruebas aportadas o por la existencia de precedentes y sentencias de unificación que permiten prever un alto grado de probabilidad de condena en el escenario judicial (Peláez, 2018).

Esta realidad deviene en una limitación ostensible de la conciliación, dado que el Comité de Conciliación es tal vez el actor más importante del esquema a pesar de que no participa de las audiencias, en la medida que le asiste la capacidad jurídica de obligar a las entidades en el marco de acuerdos conciliatorios. Precisamente, el hecho de que no participe de las audiencias ante el Ministerio Público limita aún más las posibilidades de tener debates profundos, habida cuenta que los apoderados deben ceñirse a la decisión plasmada en el acta de la sesión del Comité de Conciliación.

⁷⁹ Para mitigar esta ausencia formativa en MASC, la Ley 2220 establece: “Artículo 46. Los miembros de los comités de conciliación deberán recibir capacitación en conciliación en materia contencioso-administrativa, por lo menos una vez cada año por parte del Ministerio Público de conformidad con los lineamientos impartidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Procuraduría General de la Nación”.

Así las cosas, debe privilegiarse la conformación de los Comités de Conciliación con funcionarios que tengan formación jurídica y en especial que se caractericen por su experticia en el campo de los MASC, ahora bien, si es imposible buscar esta clase de composición, las Secretarías Jurídicas de las ciudades deben acompañar a aquellas Entidades que tienen Comités que presenten mayores dificultades en ese sentido, tal y como lo ha hecho la ANDJE a nivel nacional (Decreto 4085, 2011) o como lo hace la SJD de Bogotá en cumplimiento de lo establecido en el Decreto Distrital 073 de 2023 (art. 7.11).

Como corolario de lo anteriormente expuesto se tiene que, los Comités de Conciliación, a lo largo de su existencia en el sistema jurídico colombiano, han experimentado cambios normativos y funcionales con el propósito de consolidar su rol en la prevención del daño antijurídico y la gestión de los métodos alternativos de solución de conflictos, con especial énfasis en la conciliación como mecanismo eficaz de resolución de controversias. Estos Comités, establecidos por primera vez en la Ley 446 de 1998, representaron un intento de mejorar la gestión de las entidades públicas en términos legales y financieros.

A lo largo del tiempo, la evolución normativa ha modificado las funciones y alcance de los Comités de Conciliación. A pesar de estos cambios, se ha observado que, en la práctica, estos comités no han cumplido plenamente con las expectativas iniciales. Esto se debe, en parte, a la composición de los comités, que generalmente se conforman con servidores de la entidad que no siempre poseen una formación especializada en asuntos legales o en métodos alternativos de solución de conflictos. Esta falta de experiencia técnica y jurídica ha limitado su capacidad para tomar decisiones fundamentales en casos de conciliación.

En este sentido, el Comité de Conciliación se ha convertido en una instancia que, a pesar de su importancia en la toma de decisiones conciliatorias, no participa activamente en las audiencias de conciliación, lo que limita la profundidad de los debates y la toma de decisiones informadas. Esta situación ha llevado a la celebración de acuerdos conciliatorios desfavorables para el patrimonio público o, en el otro extremo, a la negación injustificada de fórmulas de conciliación que podrían ser beneficiosas para la entidad.

Para superar estos desafíos, es esencial reevaluar la composición de los Comités de Conciliación y priorizar la inclusión de miembros con formación jurídica y experiencia en métodos alternativos de solución de conflictos. Además, es fundamental promover un mayor debate y análisis técnico en la toma de decisiones, especialmente en casos de conciliación que involucren un alto grado de probabilidad de condena en el ámbito judicial.

En conclusión, los Comités de Conciliación representan una herramienta valiosa en la gestión de conflictos para las entidades públicas, pero es necesario superar las limitaciones actuales en su composición y funcionamiento. Solo a través de una mayor especialización y un enfoque técnico y jurídico se podrá aprovechar plenamente el potencial de la conciliación como un mecanismo eficiente y eficaz para la resolución de disputas y la prevención del daño antijurídico en el ámbito administrativo.

c. Dificultades en la homologación de los acuerdos de conciliación:

En derecho administrativo, las conciliaciones no culminan con el acuerdo de las partes sino con la homologación, es decir, la aprobación que del mismo hace la jurisdicción contencioso administrativa, requisito que se consagró en la legislación como un mecanismo para garantizar la legalidad y la transparencia de los acuerdos.

La fase de aprobación judicial del acuerdo, de entrada, delata la aversión que existe en Colombia a la conciliación en el ámbito público, se ve en ella un posible foco de corrupción y detrimento del patrimonio público, motivo por el cual un mecanismo autocompositivo no concluye por la voluntad de las partes sino por la revisión de la legalidad que hace el juez, a quien contradictoriamente se le pretende evitar mediante el mecanismo alternativo para no generar más congestión en el sistema judicial (Peláez Gutiérrez, 2018).

Así las cosas, el acuerdo conciliatorio, en el ámbito del derecho administrativo, no es un acto jurídico que preste mérito ejecutivo ni erradica el conflicto sino hasta que goza de aprobación judicial que “garantiza” legalidad y la transparencia.

Peláez (2018) sostiene, criterio que comparto plenamente, que la fase de homologación constituye un obstáculo para la eficacia del mecanismo conciliatorio, puesto que va en contravía de su naturaleza autocompositiva, impone un trámite formal excesivo que además congestiona el sistema judicial que justamente se pretende evitar.

En ese orden de ideas, la razón por la cual existe el requisito de la homologación judicial es ajena al mecanismo alternativo: corrupción. Se incluye entonces una etapa adicional antinatural para combatir este fenómeno tan enquistado en nuestra sociedad que al mismo tiempo pone trabas a la conciliación (Peláez, 2018).

En el sistema francés, tal y como explica Peláez (2018), las homologaciones de las transacciones a nivel público no son obligatorias desde el año 2000, cuando el Consejo de Estado de ese país reconoció que los acuerdos de las partes tienen la virtualidad de solucionar un conflicto con plenos efectos de cosa juzgada. Con esta decisión, se puso a fin a la problemática existente para la época, dada por la negativa de los “contadores

públicos” a pagar las prestaciones de una transacción bajo el argumento de no haber sido aprobada por el juez contencioso, requisito que se generalizó a partir de la jurisprudencia Mergui, providencia de 1971 que había implantado esa fase de revisión para evitar que la administración asumiera pagos por mera liberalidad⁸⁰.

Así las cosas, es viable simplificar el trámite eliminando la fase de homologación judicial, lo cual no significa que los acuerdos ilegales no puedan ser atacados ante la jurisdicción, dado que pueden ser enjuiciados por nulidad absoluta o relativa, tal y como sucede con los contratos de transacción, además, la homologación no es necesariamente garantía de transparencia, las conciliaciones de DRAGACOL o CONIGRAVAS lo demuestran, puesto que en esos casos se dio aprobación a los acuerdos conciliatorios a pesar de ser lesivos para el patrimonio público (Pelález, 2018).

Dadas las especiales características de nuestro medio, cooptado por la corrupción, podría pensarse en la aprobación obligatoria de los acuerdos conciliatorios de altos montos (Pelález, 2018), propuesta que no parece descabellada si se tiene en cuenta que la Ley 2220 de 2022 establece la obligatoriedad del concepto de la Contraloría General si la cuantía del acuerdo supera los dos mil salarios mínimos. Otra posibilidad (Pelález, 2018), es la de restringir la homologación en los casos en los cuales la razón para conciliar es la existencia de sentencia de unificación o precedentes judiciales reiterados, casos en los cuales no parece necesaria la intervención judicial automática.

Dos argumentos adicionales se pueden plantear en defensa de la propuesta de eliminación de la aprobación judicial de los acuerdos. En primer lugar, el conciliador en

⁸⁰ Se aceptaron solamente dos excepciones: “1. cuando mediando el interés general, la conclusión de la transacción tiende a remediar una situación como la creada por una anulación, o por la constatación de una irregularidad que no se puede regularizar, o bien, 2. cuando la ejecución de la transacción se topa con dificultades particulares” (Pelález G, 2018, p. 402).

materia contencioso administrativa es un servidor público cualificado, defensor del ordenamiento jurídico, con específicas funciones en la materia (Peláez, 2018). La conciliación no se adelanta ante un centro de conciliación particular, sino ante un agente del Ministerio Público, un procurador delegado para la conciliación que debe determinar si el acuerdo se ajusta a la ley y si atiende a la jurisprudencia unificada⁸¹; esta función, vale decir, ya fue asignada.

De esta manera, los agentes del ministerio público son conciliadores activos, que tienen a su cargo la protección del patrimonio público, la legalidad, la transparencia y los derechos irrenunciables, motivo por el cual, la intervención judicial posterior puede ser obviada puesto que la Procuraduría da garantías suficientes en esta materia.

En segundo lugar, el artículo 116 de la Constitución Nacional otorga a los conciliadores precisas facultades transitorias para administrar justicia, razón suficiente para

⁸¹ El artículo 91 de la Ley 2220 radica en cabeza del agente del ministerio público la función de velar por el patrimonio público, la legalidad y los derechos irrenunciables. En efecto, el artículo cita los 3 principios de la conciliación administrativa y en cada uno de ellos destaca el papel del agente del ministerio público así: “1. La salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general. En la conciliación en materia de lo contencioso administrativo la actuación se guiará siempre con miras a la protección y salvaguarda del patrimonio público y el interés general, por lo cual el agente del Ministerio Público en su carácter de conciliador deberá actuar y guiar a las partes para que en su fórmula de arreglo de las diferencias no se menoscabe esta salvaguarda y protección.

2. La salvaguarda y protección de los derechos ciertos e indiscutibles. En la conciliación en materia de lo contencioso administrativo el agente del Ministerio Público en su carácter de conciliador deberá actuar y guiar a las partes para que en su fórmula de arreglo de las diferencias no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, partiendo de la garantía de los derechos.

3. Protección reforzada de la legalidad. En la conciliación en materia contencioso administrativa el agente del Ministerio Público velará por que en la fórmula de arreglo de las diferencias no se comprometa la legalidad, salvaguardando que la misma sea conforme a la Constitución Política y la ley, este conforme al interés público o social, no cause un agravio injustificado a una de las partes o a un tercero, o sea lesivo para el patrimonio público.

Igualmente, el artículo 108 en su numeral 8 establece: “Si el agente del Ministerio Público no está de acuerdo con la fórmula de conciliación acordada por los interesados, por considerarla lesiva para el patrimonio público, contraria al ordenamiento jurídico o porque no existen las pruebas en que se fundamenta, así lo observará durante la audiencia y dejará expresa constancia de ello. En este caso podrá suspender la audiencia para que se consulte al comité de conciliación sobre las razones expuestas. En caso de que el comité ratifique la fórmula de conciliación, se dará por terminada la audiencia”.

dar cierre al procedimiento con la simple suscripción del acuerdo, teniendo en cuenta, como se dijo, que en este caso el conciliador tiene una cualificación especial que hace del procedimiento conciliatorio un escenario distinto al que tiene lugar en el derecho común⁸².

No existen mayores investigaciones sobre la eficacia de la fase de homologación, sin embargo, algunos hallazgos importantes pueden destacarse de las existentes, para cuestionar el rol que cumple la jurisdicción contencioso-administrativa en la etapa de aprobación o improbación de los acuerdos conciliatorios.

Vargas (2015) adelantó un estudio sobre los autos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, durante los años 2010 a 2014, en los cuales se decidió no aprobar el acuerdo conciliatorio, tanto de carácter extrajudicial como judicial. Para los efectos de este capítulo el enfoque tendrá lugar sobre las conciliaciones de orden extrajudicial.

La totalidad los autos de improbación de conciliaciones judiciales y extrajudiciales analizados versaban sobre casos de responsabilidad extracontractual y de controversias contractuales, 74% de los primeros y 26% de los segundos (Vargas, 2015), lo cual, no necesariamente significa que en las conciliaciones sobre nulidad y restablecimiento del derecho todas las decisiones son aprobatorias sino que, es posible, existe un déficit de acuerdos en esa materia por la inseguridad jurídica existente en torno a los efectos económicos del acto administrativo, tal y como se explicó en líneas precedentes.

Las causales por las cuales se emitió decisión de no aprobar los acuerdos son las siguientes: (i) ausencia de pruebas, con un 58% por ciento de los casos, (ii) caducidad de

⁸² Con todo, la posición del artículo 116 es criticable, en la medida en que la facultad de administrar justicia implica dictar decisiones obligatorias que hacen tránsito a cosa juzgada, prerrogativa no dada a los conciliadores por obvias razones. Véase Peláez Gutiérrez, 2018.

la acción con un 8%, (iii) aprobación parcial con un 8%, (iv) interposición incorrecta de la acción con un 8%, (v) ausencia de capacidad para conciliar con un 4%, (vi) ilegalidad del acuerdo con un 4% y (vii) lesividad del acuerdo con un 4%⁸³ (Vargas, 2015).

Tal y como demuestra el estudio de Vargas (2015) la causal más común es la de inexistencia de pruebas, con un 58% de los casos. En ese sentido, la investigadora en cita demuestra que el Consejo de Estado aplicó esa causal en un 56% de los casos, mientras que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo hizo en un 44%. Fundamentalmente, el acuerdo conciliatorio se rechaza por cuanto los magistrados consideran que no existen suficientes elementos probatorios para tener por acreditada la responsabilidad. Llama la atención el comentario de la autora, cuando refiere:

En la gran mayoría de casos, esta causa de improbación no aparece ampliamente desarrollada en los autos revisados. Para alegar esta causal, los magistrados enuncian las pruebas aportadas al proceso y con base en ellas finalmente llegan a la conclusión de que estas no son suficientes para demostrar el daño causado por la entidad o la cuantía específica del daño. Sin embargo, es una constante que los magistrados no presentan mayor argumentación en cuanto a la razón por la que consideran que las pruebas no cumplen su propósito de probar que la conciliación se justifica (Vargas, 2015, p. 8).

Para llegar a esa conclusión, Vargas (2015) cita algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, que demuestran que solamente se enlistan las pruebas, pero no se analiza el valor probatorio que le asiste a cada una y la razón por la cual, en conjunto, no permiten acreditar la responsabilidad. De esta manera, la argumentación es simplemente

⁸³ La sumatoria del estudio es 98%, no 100%.

genérica “y no le [Sic] permite a las partes comprender frente a qué aspecto de la responsabilidad hubo una deficiencia probatoria” (p. 8).

Es llamativa esta causal de rechazo en primer lugar porque no existe suficiente motivación, podría justificarse con el hecho de que este no es el escenario para hacer una valoración probatoria profunda porque no estamos frente a un proceso judicial en el que se admita la práctica de pruebas y exista tiempo suficiente para la reflexión sobre el mérito que le asiste a cada medio de convicción. Sin embargo, esta justificación contiene una contradicción evidente, es claro que este no es el escenario para valorar pruebas, precisamente por esa razón no deberían improbarse los acuerdos conciliatorios, por lo menos no debería negarse su aprobación por inexistencia de certeza sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad, habida cuenta que sin juicio no puede cumplirse semejante estándar probatorio.

Es igualmente llamativo, que la jurisdicción rechaza acuerdos de conciliación porque estos son lesivos para el patrimonio público, pero en varias ocasiones se llega a esta conclusión por falta de pruebas que demuestren la responsabilidad (Vargas, 2015), es decir, se mezclan las causales y con base en el mismo juicio probatorio, sin valoración, se concluye la lesión para el erario.

En esta línea, es importante destacar otra de las causales de improbación, esta es, la de la aprobación parcial. La línea constante del Consejo de Estado según Vargas (2015), consiste en que no es dable emitir aprobación parcial a los acuerdos conciliatorios en la medida en que se produciría una sustitución de la voluntad de las partes involucradas en la conciliación, argumento coherente con la naturaleza autocompositiva del mecanismo. No obstante, se comparte este postulado, se critica la inexistencia de un procedimiento o una

etapa para que las partes revisen el acuerdo y lo ajusten en aras de no perder el tiempo y el esfuerzo dedicado en las negociaciones. En esa medida, las partes, que acordaron dirimir sus conflictos de forma amistosa, deben empezar de nuevo todo el procedimiento porque la decisión judicial es de rechazo o improbación simple, con lo cual se pierden los 3 meses que dura aproximadamente el trámite ante el ministerio público y los 6 meses o más que puede durar la etapa de homologación.

Las causales de caducidad de la acción, falta de capacidad para conciliar, denotan las fallas que se presentan en los comités de conciliación antes estudiadas, en estas instancias no todos los integrantes son abogados, motivo por el cual, los acuerdos pueden celebrarse en contravía de algunos postulados básicos, como el tiempo para el ejercicio de las acciones, normas de orden superior, o aspectos técnicos como legitimación y capacidad para disponer de los derechos. Igualmente, el caso de la ilegalidad del acuerdo puede responder a los desafortunados actos de corrupción cuya lucha sigue siendo una tarea pendiente en nuestro país.

No obstante, es claro que la causal más común de no aprobación de los acuerdos es la de insuficiencia probatoria, razón por la que se desechan más de la mitad de los acuerdos conciliatorios. En ese sentido, debe reevaluarse dicha causal y la fase de homologación judicial misma, lo que, sumado al fortalecimiento de los Comités de Conciliación, puede impactar positivamente en el uso eficaz y eficiente de la conciliación como un verdadero mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Las dificultades en la homologación de los acuerdos de conciliación en el ámbito del derecho administrativo en Colombia presentan un desafío importante para la eficacia y eficiencia de este mecanismo. La fase de aprobación judicial, aunque se establece con la

intención de garantizar la legalidad y la transparencia de los acuerdos, a menudo revela una aversión a la conciliación en el ámbito público. Se percibe como un posible foco de corrupción y un potencial detrimento del patrimonio público. Esta contradicción es evidente, ya que se busca evitar la congestión del sistema judicial a través de los métodos alternativos de solución de conflictos, pero al mismo tiempo se imponen obstáculos adicionales, como la homologación judicial, que limitan la autocomposición.

De esta manera, la naturaleza autocompositiva de la conciliación se ve contrariada por esta fase de homologación. No solo introduce un trámite formal excesivo, sino que también sobrecarga el sistema judicial, lo que, irónicamente, se pretendía evitar mediante la promoción de la conciliación como un mecanismo alternativo. La principal razón detrás de esta imposición de homologación es la preocupación por la corrupción, lo que lleva a la adición de una etapa adicional que, en la práctica, no siempre garantiza la transparencia de los acuerdos, como se ha visto en casos de conciliaciones lesivas para el patrimonio público.

Es importante considerar la experiencia de otros sistemas, como el francés, donde las homologaciones de acuerdos públicos no son obligatorias desde el año 2000. Esto reconoce la capacidad de las partes para resolver un conflicto con plenos efectos de cosa juzgada a través de sus acuerdos, sin necesidad de revisión judicial. En Colombia, podría explorarse la posibilidad de eliminar la homologación en casos donde la conciliación se base en sentencias de unificación o precedentes judiciales reiterados, ya que no parece necesaria la intervención judicial automática en estos casos.

Además, es fundamental destacar que los conciliadores en asuntos contenciosos administrativos son servidores públicos cualificados con funciones específicas. La

intervención del Ministerio Público, a través de los conciliadores, ya garantiza la protección del patrimonio público, la legalidad y la transparencia. Por lo tanto, la homologación judicial posterior podría ser obviada, especialmente en vista de las facultades transitorias otorgadas a los conciliadores por el artículo 116 de la Constitución Nacional.

La revisión de la eficacia de la fase de homologación revela la necesidad de replantear este proceso y su papel en el sistema de conciliación administrativa. La causal más común de rechazo de acuerdos es la insuficiencia probatoria, pero esta causal plantea preocupaciones debido a la falta de una motivación adecuada y a la contradicción entre la autocomposición y la valoración probatoria realizada en la homologación.

En conclusión, la revisión de las dificultades en la homologación de los acuerdos de conciliación en el ámbito del derecho administrativo sugiere que es necesario repensar la necesidad de esta fase y su efectividad. La eliminación de la homologación en ciertos casos y la revisión de las causales de rechazo, especialmente la insuficiencia probatoria, podrían contribuir a hacer que la conciliación sea un mecanismo más eficaz y eficiente en la solución de conflictos y la prevención del daño antijurídico en el ámbito administrativo.

d. Déficit presupuestal

Carrillo (2020) advierte que las entidades y organismos públicos no tienen disponibilidad presupuestal para atender todos los casos que son conciliables, “lo cual ha llevado en varios casos a que retrasen el pago de sentencias en firme y que causan intereses moratorios, con el consiguiente detrimento patrimonial” (p. 23). Esta situación es sumamente grave si se tiene en cuenta que, conforme lo establece el CPACA, durante los

10 primeros meses después de la ejecutoria los intereses se calculan con el DTF y a partir de ese momento se aplica la tasa máxima comercial de mora.

Para mitigar esta situación debe acogerse la propuesta de la Procuraduría General de la República, quien ha recomendado que el Ministerio de Hacienda acompañe en los procedimientos conciliatorios más relevantes para asegurar la apropiación de recursos, incluso, propone que se puedan imponer multas si no son partícipes de los procedimientos (Carrillo, 2020). Sobre este aspecto debe anotarse que el nuevo estatuto de conciliación, creó el Sistema Nacional de Conciliación “con el objetivo de coordinar las acciones y aunar esfuerzos interinstitucionales para la promoción, fortalecimiento y desarrollo de la conciliación”; en esta instancia se previó la participación del Ministerio de Hacienda (Ley 2220, 2022, art. 134).

Por lo anteriormente expuesto, el déficit presupuestal en las entidades y organismos públicos, en relación con los casos conciliables, plantea un reto significativo que tiene un impacto directo en la eficacia y eficiencia de la conciliación en el ámbito administrativo. Las consecuencias de esta limitación financiera van más allá de la simple falta de recursos, ya que pueden resultar en retrasos en el pago de sentencias en firme y en la acumulación de intereses moratorios, lo que a su vez genera un claro detrimento patrimonial.

La propuesta de la Procuraduría General de la República, que aboga por la participación del Ministerio de Hacienda en los procedimientos conciliatorios más relevantes, así como la sugerencia de imponer multas en caso de no participación, plantea un enfoque interesante para abordar este problema. Esta medida busca asegurar que se disponga de los recursos necesarios para la satisfacción de las obligaciones conciliatorias de las entidades públicas, minimizando así el impacto negativo del déficit presupuestal.

Además, la creación del Sistema Nacional de Conciliación, tal como se establece en el nuevo estatuto de conciliación (Ley 2220, 2022), ofrece una estructura que permite coordinar acciones interinstitucionales y promover la conciliación como un mecanismo eficaz para la resolución de conflictos. La participación activa del Ministerio de Hacienda en este sistema podría ser clave para garantizar que se asignen adecuadamente los recursos financieros.

En última instancia, reflexionar sobre el déficit presupuestal en el contexto de la conciliación administrativa nos lleva a considerar la importancia de superar este desafío para fortalecer el uso de la conciliación como una herramienta efectiva en la prevención y solución de conflictos en el ámbito público. La propuesta de involucrar al Ministerio de Hacienda y otras instituciones en este proceso refleja la necesidad de un enfoque interdisciplinario y coordinado que garantice la disponibilidad de recursos y evite retrasos innecesarios. Al hacerlo, podemos avanzar hacia un sistema de conciliación más eficaz y eficiente que beneficie a las entidades públicas y, en última instancia, a la sociedad en su conjunto.

e. Debilidad de las estructuras de Defensa jurídica

Aunado a las debilidades de los Comités de Conciliación, sobre los cuales la Procuraduría General de la Nación ha hecho un llamado para que sean instancias de “gerencia jurídica”, se suma la debilidad del cuerpo de abogados que aqueja a algunas entidades.

En efecto, Carrillo (2020) alerta sobre las debilidades de las estructuras y del personal encargado de la defensa jurídica de las Entidades, dado el bajo número de

abogados encargados de atender las audiencias de conciliación, las cuales sobrepasan la capacidad de respuesta. Sobre este punto aclara:

Así, por ejemplo, se encontró que tanto la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como la Policía nacional apenas cuentan con un profesional del derecho para atender las audiencias de conciliación extrajudicial en la que son convocadas en la ciudad de Bogotá (p. 23).

De esta manera, las entidades deben garantizar el número de abogados para la atención adecuada de los casos que se ventilan ante el Comité de Conciliación en el marco de la conciliación extrajudicial, no solo para su estudio en esta instancia, sino también, para la asistencia suficiente y adecuada a las audiencias que adelanta el Ministerio Público.

La debilidad de las estructuras de defensa jurídica en las entidades públicas constituye un desafío significativo que se suma a las cuestiones previamente abordadas en relación con la conciliación administrativa. La limitación en el número de abogados encargados de atender las audiencias de conciliación, que en muchos casos no coincide con la capacidad de respuesta necesaria, es una clara señal de la falta de recursos y personal especializado en defensa jurídica.

Esta debilidad pone de manifiesto la necesidad apremiante de fortalecer las estructuras de defensa jurídica en las entidades públicas. La atención adecuada de los casos que se ventilan ante los Comités de Conciliación, especialmente en el contexto de la conciliación extrajudicial, requiere no solo un estudio exhaustivo de los casos en esta instancia, sino también la participación suficiente y efectiva en las audiencias que lleva a cabo el Ministerio Público.

La importancia de contar con abogados especializados y con la capacidad de responder de manera efectiva a las demandas de la conciliación administrativa no puede subestimarse. La falta de personal capacitado no solo afecta la calidad de la defensa de las entidades públicas, sino que también puede traducirse en retrasos, falta de representación adecuada y, en última instancia, en la pérdida de oportunidades para resolver conflictos de manera eficaz.

Por tanto, la reflexión sobre la debilidad de las estructuras de defensa jurídica nos lleva a reconocer la necesidad de asignar los recursos necesarios y de mejorar la capacitación del personal encargado de esta función. Solo a través de un compromiso real con la mejora de estas estructuras, las entidades públicas podrán aprovechar al máximo el potencial de la conciliación administrativa y garantizar un acceso efectivo a la justicia en el ámbito público. La inversión en recursos humanos y técnicos en este sentido es fundamental para fortalecer la defensa jurídica y, por ende, el sistema de conciliación en Colombia.

f. Desconocimiento del precedente judicial

Con todo, no siempre el desconocimiento de los precedentes judiciales y sentencias de unificación es atribuible enteramente a los Comités de Conciliación. La Procuraduría General de la Nación ha alertado sobre las indebidas posturas de las autoridades fiscales, especialmente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que en algunas oportunidades, por “razones de austeridad fiscal y amparados en la figura del ‘apartamiento administrativo’ ponen en entredicho el carácter vinculante del precedente jurisprudencial, lo que claramente se opone a la solución extrajudicial de conflictos” (Carrillo, 2020, p. 24).

Sobre el particular debe anotarse que la Ley 2220 de 2022 estableció un deber claro de seguimiento de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, incluso, el artículo 247 establece que una vez dictada la sentencia de primera instancia en contra de los intereses de las entidades, los Comités de Conciliación deben analizar si existe sentencia de unificación o pruebas que permitan predecir una sentencia condenatoria en segunda instancia, casos en los cuales deben considerar conciliar antes de presentar un recurso de apelación. El desconocimiento de este deber puede ser castigado por el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público si advierte temeridad en la renuencia a conciliar.

En ese contexto y retomando la metodología para la formulación de indicadores expuesta con suficiencia en esta investigación, es necesario establecer indicadores de gestión y de resultado para medir, por un lado, si los Comités de Conciliación identifican si los casos se encuentran soportados por sentencias de unificación del Consejo de Estado, y si ante tal supuesto realizan sesiones para analizar el caso, tanto en sede prejudicial como ante la existencia de fallo de primera instancia, y por supuesto, para hacer seguimiento a sus decisiones para establecer si en los supuestos del artículo 147 de la Ley 2220 de 2022 se inclina dicha instancia por conciliar.

En suma, el desconocimiento del precedente judicial y las sentencias de unificación representa un desafío significativo en el ámbito de la conciliación administrativa en Colombia. Este problema no solo recae en los Comités de Conciliación, sino que se extiende a las autoridades fiscales, en particular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La tendencia a cuestionar el carácter vinculante del precedente jurisprudencial en nombre de la austeridad fiscal va en contra de la efectiva resolución extrajudicial de conflictos.

La Ley 2220 de 2022 ha establecido de manera clara la obligación de seguir las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Esta ley impone el deber de analizar detenidamente si existe una sentencia de unificación o pruebas que permitan predecir una sentencia condenatoria en segunda instancia. En tales casos, se insta a los Comités de Conciliación a considerar la conciliación antes de presentar un recurso de apelación. Además, el incumplimiento de este deber puede ser sancionado por el juez, ya sea de oficio o a solicitud del Ministerio Público, en caso de detectar temeridad en la negativa a conciliar.

Por lo tanto, es fundamental desarrollar indicadores de gestión y resultados que permitan evaluar si los Comités de Conciliación están identificando adecuadamente los casos respaldados por sentencias de unificación y si están llevando a cabo sesiones para analizar estos asuntos tanto en la etapa prejudicial como en la fase de primera instancia. El seguimiento y la medición de estas decisiones son esenciales para determinar si se está cumpliendo con los preceptos de la Ley 2220 de 2022 y si se está promoviendo una cultura de conciliación que respete y aplique el precedente judicial de manera efectiva.

En última instancia, abordar el desconocimiento del precedente judicial no solo depende de los Comités de Conciliación, sino también de un enfoque colectivo que involucre a las autoridades fiscales y a las entidades públicas en su conjunto. La promoción de la conciliación como una vía eficiente para la resolución de conflictos administrativos implica el reconocimiento y el respeto del precedente judicial, lo que a su vez contribuirá a la reducción de la congestión judicial y al fortalecimiento de un sistema de conciliación que beneficie a todas las partes involucradas.

DISPUTE BOARDS: PREVENIR ES MEJOR QUE SOLUCIONAR

En el ámbito contractual del Estado, el arbitraje se ha consolidado como un mecanismo alternativo para la solución de controversias. Así, Colombia ha madurado, tanto en el ámbito normativo como operativo del arbitraje, consolidando resultados que no pueden desconocerse en la materia y que hacen del mecanismo una opción confiable y con toda seguridad más ágil que el litigio tradicional ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, también es innegable que el arbitraje no previene el conflicto, solo lo resuelve después de su ocurrencia, por esta razón, en este acápite se apela a la imperiosa necesidad de acoger en nuestro contexto un mecanismo de prevención de conflictos, ampliamente desarrollado en otras latitudes, especialmente en el derecho anglosajón, para la consecución exitosa de contratos de largo aliento, especialmente en el sector de la infraestructura, estos son los dispute boards o paneles de expertos.

Chern citada por López (2016), define los paneles de expertos como procesos de resolución realizados en el sitio de trabajo⁸⁴. Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional los define como “aquellos órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución” (López, 2016, p. 67).

⁸⁴ En inglés “job-site’ adjudication process”. López traduce esta frase como “procesos de adjudicación realizados en el sitio de trabajo” sin embargo, la traducción literal de la palabra “adjudication” no se considera conveniente, habida cuenta que en el derecho anglosajón “adjudication” hace referencia a las formas alternativas de resolver conflictos, motivo por el cual acuñamos el término “resolución”.

Los “disputes boards” o paneles técnicos o de expertos, son un mecanismo alternativo de solución de conflictos no tradicionales, podría decirse, de prevención del conflicto en la medida en que tiene influencia durante la ejecución de un contrato, antes del surgimiento de una disputa. Así, a diferencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos tradicionales, los paneles de expertos son procedimientos previos a la conclusión del proyecto de infraestructura, por esa razón se les considera como técnicas exitosas, eficientes en términos de tiempo y costo (Harmon, 2003, p. 674).

Harmon (2003) los define como “acuerdos contractuales” en virtud de los cuáles se conforma un panel de tres expertos, reconocidos y experimentados, seleccionados por el contratante y el contratista. El panel funciona desde el inicio del proyecto y tiene reuniones regulares en el sitio de trabajo para ser informado sobre las obras, el cronograma y sobre la posible ocurrencia de alguna disputa. Con todo, las reuniones se mantienen con independencia de si existen conflictos. Cuando se presenta una controversia, los expertos escuchan a las partes y emite recomendaciones, las cuales pueden ser o no vinculantes (Harmon, 2003, p. 674).

Los *dispute boards* nacen en a mediados de la década del 70 como medio para “reducir conflictos y costos en proyectos de construcción”. Rápidamente lograron acogida en los Estados Unidos, dado el descontento general del sector de la infraestructura con las prácticas litigiosas clásicas, costosas y demoradas (Harmon, 2003, p. 674).

En 1972, el Comité Nacional de Tecnología de Túneles citado por Chapman (2008), emprendió un estudio sobre mejora en prácticas contractuales, lo cual desembocó en que en 1974 se publicara el documento “Mejor contratación para construcción subterránea”, en

la cual se trataba las disputas y el litigio como indeseable. En aplicación e este estudio, en 1975, se utilizó el mecanismo en el túnel Eisenhower de Colorado y a partir de allí ganó su reputación como medio eficiente para la finalización exitosa de proyectos y gestión de disputas.

A pesar de ser una figura de tradición anglosajona, en la década de los ochenta se avizoraron las primeras experiencias en el continente americano. En Honduras, producto de la presión del Banco Mundial, se aplicó un panel de expertos tradicional en el proyecto de construcción de la represa El Cajón, el cual tenía como contratista a una empresa suiza experimentada que contrastaba con la falta de experiencia en esa clase de proyectos de la Compañía de Electricidad de Honduras. El proyecto se concluyó exitosamente (Chapman, 2008).

En 1990, el Banco Mundial publicó el libro “Procurement of Works”, una especie de guía para la celebración de contratos, en el cual incluyó cláusulas para la aplicación de paneles de expertos en su modalidad clásica, es decir, con recomendaciones no vinculantes. En 1995 y 1996, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, publicó una nueva edición de un texto similar que había publicado años antes. En los dos textos se incluyó una nueva modalidad de panel, reconocida por sus siglas DAB (dispute adjudication board), cuya característica diferencial es que las recomendaciones tienen efectos vinculantes provisionales (Chapman, 2008).

Hacia 1999, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores revisó sus minutas contractuales en las que los DAB fueron señalados como forma principal de solución de disputas. Se publicaron dos libros, el libro rojo, de Construcción, en el que el DAB se concibió como procedimiento permanente, desde el inicio, y el libro amarillo

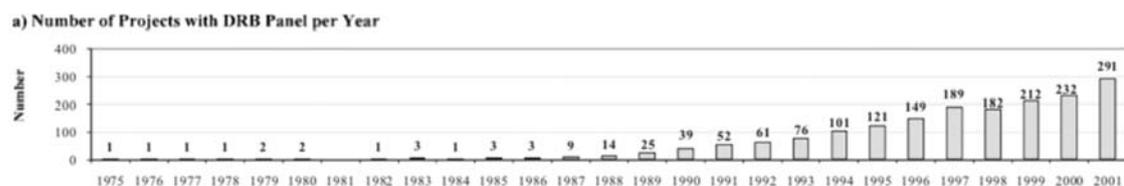
LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

(planta y diseño) y plateado (contratos de llave en mano), en los que el DAB se previó como instancia para solucionar controversias ya existentes. Un año más tarde, el Banco mundial publicó la segunda edición de “Procurement of Works” en el cuál acogió con mayor ahínco el modelo DAB, en donde señaló que los ingenieros que funjan como expertos no tienen que “actuar en la cuasi judicial manera tradicional” para decidir disputas entre las partes (Chapman, 2008).

Chapman destaca que para el año 2007, cerca de 1350 proyectos, avaluados en 140 billones de dólares, habían sido completados o se encontraban en desarrollo aplicando la figura, con una tasa de éxito del 98%, es decir, solo en el 2% de los casos persisten las disputas para formar un conflicto litigioso y en el 1% de esas reclamaciones se mantienen las decisiones de los expertos⁸⁵.

La acogida del mecanismo es irrefutable, en Estados Unidos se ha multiplicado exponencialmente el número de paneles pactados en contratos de infraestructura, tal y como se muestra en la siguiente gráfica:

TABLA 53 NÚMERO DE DISPUTE BOARDS EN EEUU ENTRE 1975 Y 2001



Fuente: Menassa y Peña (2010)

Quizá la percepción del sector permita explicar las razones por las cuales los paneles de expertos se pactan cada vez con mayor frecuencia.

⁸⁵ Para ese momento se habían reportado solamente 30 casos que escalaron el escenario judicial (Chapman, 2008).

En el año 2001 se adelantó una encuesta con sesenta y tres participantes en el quinto encuentro anual del Dispute Review Board Foundation, en Las Vegas Nevada, sus resultados permiten esclarecer algunos aspectos importantes a la hora de pactar paneles de expertos en proyectos de infraestructura (Harmon, 2003).

El 98% de los encuestados coinciden en que las disputas no resueltas generan costos irre recuperables, tales como honorarios de expertos, abogados, árbitros, y el 89% consideró que los paneles de expertos son mecanismos idóneos para la mitigación significativa de tales costos. En ese sentido, los costos impiden iniciar nuevos proyectos con solvencia e incluso implican dividir la atención entre la disputa y los nuevos contratos (Harmon, 2003)

Resulta interesante la visión de los encuestados sobre los conflictos, aspecto que desde el derecho no se tiene en cuenta por estar habituados a ellos. La totalidad de encuestados considera que los conflictos deterioran completamente las relaciones con la contraparte contractual, el 98% ve en las disputas una experiencia que drena física y emocionalmente, el 100% piensa que reduce la satisfacción de los empleados y el 87% considera que los conflictos impactan negativamente en el progreso del sector. Estos costos, dice Harmon, no se recuperan ni siquiera ganando el caso (2003, p. 675).

Precisamente, la presencia del panel de expertos tiene dos importantes efectos: el primero, permite disminuir el número de disputas que escalan al nivel de conflicto litigioso, y en segundo lugar, moldea la conducta de las partes haciéndola más cooperativa, puesto

que les incentiva a resolver los conflictos incluso antes de presentarlos a consideración del panel⁸⁶.

Fundamentalmente se distinguen dos tipos de paneles de expertos: si los dictámenes del panel son recomendaciones, las partes pactan un *DrB* (*Dispute Review Board*), por el contrario, si los dictámenes son decisiones vinculantes, las partes pactan un *DaB* (*Dispute Adjudication Board*) (López, 2016). Al margen de la modalidad, en un 98% de los casos los proyectos de infraestructura culminan sin conflictos pendientes por resolver.

En relación con la forma combinada (*combined dispute board*), destaca López (2016) que en principio los pronunciamientos son recomendaciones, sin embargo, las partes pueden solicitar que la emisión de decisiones obligatorias a lo cual accede el panel sino existe oposición. Estos, aclara la autora, “deben ser entendidos como un híbrido entre los *DaB* y los *DrB*, constituyéndose en una solución intermedia para las controversias que se presenten, al tener un doble enfoque: consensual y vinculante” (p. 68).

No existe una modalidad más eficaz o eficiente que la otra *a priori*, sin embargo algunos criterios pueden tenerse en cuenta para seleccionar el formato que mejor se ajuste al contrato, algunos son de carácter cultural, otros de orden legal y de estructura judicial de los países. Chapman elabora un listado de pros y contras de cada uno de los modelos que se sintetiza en el siguiente cuadro:

⁸⁶ Mayer *apud* Harmon establece: “Entre las personas más creen que el conflicto puede ser exitosamente resuelto, es más probable que busquen la resolución como un objetivo” (p. 676). The more people believe that the conflict can be successfully resolved, the more likely they are to pursue resolution as a goal.

TABLA 54 DRB VS DAB

	DRB	DAB
Pros	<ul style="list-style-type: none"> - Usualmente las partes pueden resolver las diferencias siguiendo las recomendaciones en la medida en que tiene respeto por la contraparte y por los miembros del panel. - El enfoque es cambiante, las decisiones no benefician a una sola de las partes sino que se van ajustando a las necesidades contractuales. - El contexto cultural influye de manera importante. - No existen advertencias sobre procesos judiciales. - Exige menos preparación para las audiencias frente al panel. - Las audiencias son más cortas y simples, además se reducen sus costos asociados. - Las partes buscan evitar posteriores litigios. 	<ul style="list-style-type: none"> - Si es necesario se puede obligar al cumplimiento de las recomendaciones a través de un proceso judicial, cuya complejidad depende de la jurisdicción. - La naturaleza vinculante de la decisión lleva a las partes concentrarse en la disputa permitiendo una solución temprana. - En los contratos de colaboración, como lo es el joint venture, es complejo llegar a consensos a partir de una recomendación no vinculante. - Fenómenos como la corrupción en la jurisdicción puede incentivar el incumplimiento de recomendaciones si estas no son vinculantes (la congestión es otro factor determinante).
Contras	<ul style="list-style-type: none"> - Permite a las partes posponer “el día del juicio final”. - Las partes pueden desconocer las recomendaciones del panel. 	<ul style="list-style-type: none"> - Las disputas por lo general son más difíciles de “pelear” dado que hay más “en juego”. - Las audiencias ante el panel son más costosas, exigen más tiempo y preparación, asó como una mayor documentación.

		<ul style="list-style-type: none"> - Existen altas probabilidades de acompañamiento o representación jurídica. - La decisión sobre la disputa se sustrae de las partes y se entrega al panel. - Algunas disputas son demasiado complejas para ser gestionadas con los límites de tiempo.
--	--	---

Algunas reglas importantes deben tenerse en cuenta a la hora de pactar *dispute boards* en contratos de largo aliento.

- Obligatoriedad de las recomendaciones

Como se indicó, no siempre las decisiones de los expertos carecen de obligatoriedad. Chapman (2008) distingue entre tres tipos de paneles: el panel clásico (DrB- Dispute review board), dispositivo nacido en Estados Unidos en el cual se emiten recomendaciones no obligatorias, los paneles de adjudicación de disputas (DaB-dispute adjudication board) en el cuál se emiten decisiones provisionalmente obligatorias (interim-binding), por lo menos mientras las partes deciden si acuden o no al escenario judicial o arbitral y el panel combinado (CdB-combined dispute board) híbrido entre los dos anteriores y acogido por la Cámara de Comercio Internacional.

- Ámbito de aplicación:

Este mecanismo, si bien nace y se desarrolla en el ámbito de los contratos de infraestructura, se ha expandido a otros sectores como el de los servicios financieros, tecnológico, concesiones de largo plazo y protección del consumidor, lo cual ha tenido

lugar principalmente por el impulso de la Cámara de Comercio Internacional, organismo que en el año 2004 publicó un procedimiento para regular el funcionamiento de los paneles de expertos (Chapman, 2008).

Con todo, principalmente, los paneles de expertos son aplicables en tres tipos de contratos: a. contratos de proyectos internacionales que vinculan a partes con distintos domicilios, b. contratos de proyectos ferroviarios y de infraestructura de transporte, c. contratos de concesión que por lo general se ejecutan a lo largo de varios años, tales como túneles y otras infraestructuras no necesariamente ligadas al transporte (Chapman, 2008).

- Eficacia del panel:

Chapman describe las razones por las cuales, los paneles de expertos reducen significativamente la litigiosidad, pero para comprender este fenómeno es necesario distinguir entre el *DrB* y el *DaB*, es decir, el panel sin obligatoriedad y con vinculatoriedad (2008).

En ese sentido, dos motivos llevan a las partes a no impetrar acciones judiciales o arbitrales cuando han pactado el *DrB*:

- Si bien las recomendaciones no son obligatorias, sí son admisibles en procedimientos posteriores, tales como procesos judiciales o arbitrales, por lo cual, es usual que las partes piensen que los árbitros o jueces se guiarán por tales recomendaciones confiando en la experticia del panel, motivo por el cual, es común que las partes no emitan objeción (Chapman, 2008).
- La dinámica del panel demuestra que las decisiones no siempre favorecen a una de las partes, por el contrario, el flujo natural de las disputas lleva en algunos casos a dictaminar en favor de una y luego en su contra. Las partes deciden entonces

respetar las decisiones en su contra en aras de incentivar a la contraparte a respetar las que salgan a su favor (Chapman, 2008).

- Las recomendaciones de los expertos, si bien no son vinculantes, son persuasivas, equitativas, razonables, lógicas y oportunas, en ese sentido, deben contener información relevante y suministrar puntos útiles para resolver las controversias (Harmon, 2003). En estas características reside la legitimidad de las recomendaciones y por ende que las partes las acojan.
- La encuesta adelantada en el año 2001, sobre la cual se hizo referencia en líneas precedentes, refleja un efecto importante del procedimiento, psicológicamente las partes renuncian a la obligación de mostrarse “duros” en las negociaciones de las disputas, postura natural de cualquier parte contractual que no quiere mostrar debilidades. Las concesiones que hace cada parte, están soportadas por una recomendación técnica, motivo que facilita ceder en favor del otro y de esta manera cooperar para el cumplimiento del objeto (Harmon, 2003).

A contrapelo, en palabras del mismo autor, en el modelo DaB las recomendaciones tienen “dientes” habida cuenta que son vinculantes, por lo cual, si alguna de las partes no las respeta se ve abocado a un incumplimiento contractual.

- Conformación del panel

Un elemento fundamental de los “dispute boards” es la escogencia adecuada de los expertos, ellos brindan tranquilidad a las partes si reúnen tres requisitos fundamentales: a. experiencia, en el sector de la construcción en general y en el tipo de obra de que trata el contrato, b. conocimiento y c. integridad (Harmon, 2003). Arnold y O’Connor *apud*

Harmon establecen que las investigaciones son consistentes en que las partes del contrato ven a los expertos como una “tercera parte neutral” en razón a su educación, entrenamiento y experiencia” (p. 675).

En este último aspecto, es llamativo que el 55% de los participantes de la encuesta citada en líneas precedentes, indicó que el conocimiento de la ley no es un requisito indispensable para la escogencia de los expertos, puesto que se busca solucionar los conflictos con énfasis en lo técnico y económico, aunque el 81% concordó en que era importante tener conocimiento sobre reclamaciones sobre conflictos de la naturaleza de los que se podrían presentar. Igualmente es importante que los expertos actúen como expertos, es decir, sin defender los intereses de la parte que los propuso o escogió (Harmon, 2003).

La regla general es que el panel este compuesto por tres expertos, sin embargo no es una regla inmodificable. Generalmente se recomienda que en contratos pequeños se conforme solamente con un experto, por el contrario, en contratos que versan sobre megaproyectos el panel está conformado por cinco, siete o más miembros, dependiendo de la necesidad⁸⁷. Los miembros no son inamovibles, pueden salir y entrar dependiendo de la etapa del proyecto (diseño, construcción, mantenimiento, entre otros) (Chapman, 2008).

Usualmente cada parte contractual designa a un experto y mancomunadamente designan al tercero, o pueden también designar al presidente del panel y trabajar conjuntamente con este para la designación de los otros dos. Se exige total independencia por lo cual es normal encontrar inhabilidades como haber trabajado para alguna de las

⁸⁷ El aeropuerto de Hong Kong contaba con 7 expertos para cubrir los 20 contratos que se suscribieron en el proyecto y para cada disputa se conformaba un panel de tres expertos. En el túnel de alta velocidad de Londres se conformaron dos paneles, uno de ingenieros para abordar las cuestiones relativas a la construcción, otro de financieros, para estudiar las disputas de ese orden.

partes en el pasado. Si bien, no se exige conocimiento legal a nivel de un abogado, tal y como refiere Harmon, sí es necesario que los expertos tengan conocimientos sobre contratos dado que una interpretación absurda o carente de solidez sobre una cláusula contractual puede minar la credibilidad del panel. Como se indicó, se debe garantizar el derecho de objeción de una designación pero por motivos razonables y la remoción de expertos debe ser motivada en una causa previamente pactada o por común acuerdo entre las partes. Es importante también, como hace la Federación Internacional de Ingenieros, conformar listas de expertos para consulta libre de las compañías interesadas en constituir el panel (Chapman, 2008).

Con todo, los expertos no deben sustituir a las partes, por ejemplo, cambiando los diseños de la obra o aconsejando en aspectos específicos al contratista que determinen como debe construir (Chapman, 2008).

- Reuniones y visitas

Chapman (2008) indica que la frecuencia depende de la naturaleza del trabajo, las actividades adelantadas y el número de actuales y potenciales disputas. Así:

“en proyectos de construcción técnicamente complejos, aquellos donde las condiciones del suelo son conocidas por ser sospechosas, o donde las interfaces y tasas de progreso pueden convertirse en problemas, las visitas deberían ser relativamente frecuentes – de pronto 3 por mes. Esta frecuencia se puede reducir, a decir, cada 6 meses en la medida en que el trabajo progrese” (p. 12).

Las visitas deben combinarse con las audiencias para resolver disputas cuando sea conveniente, con todo, las audiencias normalmente deben adelantarse en el sitio de las obras o cerca (Chapman, 2003, p. 12).

- Audiencias:

Una preocupación importante es el de la justicia de los procedimientos. En este sentido, dos garantías son fundamentales: las partes tienen derecho a ser escuchadas para la solución de las disputas que se presenten y además tienen derecho a escoger los expertos y objetar la elección de la contraparte por razones fundadas (Harmon, 2003)⁸⁸.

Las audiencias para resolver disputas tienen algunas particularidades que vale la pena resaltar. Estas se caracterizan por ser menos formales que una audiencia que se desarrolla en sede arbitral o judicial, normalmente las partes presentan un documento que explica su posición y lo envía a su contraparte y al panel días antes de la audiencia. Estos documentos no se redactan en la típica forma legal, es decir, bajo argumentos de “ataque y defensa”, puesto que esta dinámica conduce desafortunadamente a escalar el conflicto. Tampoco deben tener sustento legal si no es necesario, simplemente deben explicar las razones por las cuales las partes consideran que su posición es correcta, para iluminar así al panel y ayudar a la ejecución del contrato, propósito real de las partes; no obstante es importante citar las previsiones contractuales implicadas y a cuantía de la disputa (Chapman, 2003, p. 13).

⁸⁸ Añade el autor: “Procedimientos justos son aquellos que incluyen consistencia, supresión de inclinaciones, exactitud y comportamiento ético” (Fair procedures are those that include consistency, suppression of bias, accuracy, and ethical behavior) (p. 676).

Algunas reglas especiales se deben tener presente a la hora de practicar audiencias para la resolución de disputas (Chapman, 2003):

1. Al comienzo, las partes pueden explicar la posición vertida en sus documentos previos, luego el panel debe lanzar preguntas iniciales que las partes deben responder de manera concreta.
2. Normalmente se llaman testigos pero no se permite, salvo que sea necesario, contrainterrogatorio de las partes.
3. Los testigos técnicos o peritos no son usuales, dado que el panel ya está compuesto por expertos, aunque se han documentado audiencias en las que ha sido necesaria la intervención de otros expertos, por ejemplo en temas tributarios en un proyecto en China.
4. Escuchados los testigos y realizados los cuestionamientos correspondientes, es normal que los expertos suspendan la audiencia para debatir en privado y dictar una decisión, en algunos casos no es necesaria la suspensión.
5. La decisión debe ser unánime no por mayorías, es inusual que las decisiones unánimes luego sean objeto de controversia en un futuro litigio.
6. Las decisiones se plasman por escrito para conocimiento de las partes, en especial de la parte “vencida”.

Es claro entonces que se trata de un mecanismo de prevención de conflictos a través de la solución rápida y técnica de disputas, durante la ejecución de un contrato, para lo cual puede pactarse una modalidad no obligatoria o una vinculante, pero en todo caso, los procedimientos son sencillos, sin mayor técnica legal puesto que su enfoque es fundamentalmente técnico.

Es igualmente claro que el mecanismo es eficaz puesto que se ha documentado que en el 98% de los casos los contratos culminan con éxito sin “rezagos” de litigiosidad, solo el 2% extienden sus controversias al plano arbitral o litigioso y de ese porcentaje el 1% de sufre algún tipo de modificación por parte de tribunales en comparación con las decisiones de los paneles de expertos.

En este punto la pregunta obligada es si la figura es de recibo en nuestro país, a lo cual se responde desde ya afirmativamente, aunque es necesario hacer algunas precisiones.

En primer lugar, conviene indagar por el fundamento constitucional para el pacto de cláusulas que contengan paneles de expertos. En ese sentido la posibilidad de pactar *dispute boards* no emana de la carta política, el artículo 116 superior otorga a los árbitros y conciliadores facultades jurisdiccionales temporales, pero nada contempla en relación con los paneles de expertos, ni siquiera hace mención a los amigables componedores, mecanismo aceptado en nuestro país y reglamentado en la Ley 1563 de 2012, con el cual, se suele confundir con los *dispute boards*, tal y como lo explicaremos más adelante (Constitución Política, 1991, art. 116).

La ausencia de fundamento constitucional ha llevado a algunos juristas a descartar la aplicabilidad de los *DaB* en nuestro contexto puesto que la inexistencia de facultades jurisdiccionales impide que las decisiones de la junta sean vinculantes. En ese sentido, Gómez Lee (2023), en entrevista semiestructurada, rendida en el desarrollo de esta investigación, advierte que la taxatividad del artículo 116 superior limita la aplicación del panel de expertos a la modalidad tradicional, es decir, *DrB*, aquella en la cual, las decisiones de los expertos carecen de obligatoriedad.

No obstante, no se comparte esta posición, dado que la amigable composición tampoco tiene fundamento constitucional, pero por la autonomía de la voluntad los amigables componedores pueden dictar decisiones vinculantes, tal y como se ve reflejado en la Ley 1563 de 2012 y normas anteriores, como la Ley 446 de 1998 y la Ley 23 de 1991. Esta posición ha sido revelada por el doctor Juan Carlos Quiñones (2023), Vicepresidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura en entrevista semiestructurada realizada durante la investigación.

La negación de los *Dab* en Colombia con base en el artículo 116 constitucional llevaría a concluir que la Ley 1563 de 2012 está viciada de inconstitucionalidad por violación de dicha norma superior al otorgarle a los amigables componedores la facultad para solucionar controversias contractuales con decisiones obligatorias para las partes.

Ahora bien, si bien no existe fundamento constitucional, sí existe sustento legal. Tal y como lo explica Gómez Lee (2023), el artículo 25, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Pública, establece que en virtud del principio de economía, las entidades públicas y los particulares (colaboradores de la administración) deben adoptar “procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”.

En relación con el aspecto legal, si bien es cierto, la posibilidad de su pacto está permitida, los *dispute boards* no tienen procedimiento alguno ni mención por parte de la legislación. Frente a esta ausencia de regulación López (2016) identifica dos riesgos: (i) en primer lugar, que se confunda el panel de expertos con el mecanismo de la amigable composición y (ii) que las partes puedan desconocer abiertamente las recomendaciones que

le sean desfavorables, lo cual es probable dada nuestra identidad cultural, y que no existan mecanismos jurídicos eficaces para hacer cumplir las decisiones de los expertos.

El primer punto es más que un riesgo, es ya una realidad. En nuestro contexto se ha confundido sistemáticamente la figura del *dispute boards* con la amigable composición, incluso se ha intentado aplicar la amigable composición en una especie de modalidad de junta de solución de disputas, tal y como lo reveló el doctor Luis Guillermo Dávila Vinuesa, quien hace parte de uno en la actualidad.

A pesar de sus similitudes, no son mecanismos unívocos. La diferencia más importante tiene que ver con su objeto. La amigable composición, tiene por objeto la delegación a un tercero, “denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición” (Ley 1563, 2012, art. 59). Así las cosas, el objeto de la amigable disposición es la solución o definición de una controversia, mientras que los *dispute boards* tienen un objeto más amplio.

Así las cosas, López (2016) aclara que a diferencia de los tribunales de arbitramento y de los amigables componedores, quienes claramente pueden fungir como “peritos” en la construcción, “los *dispute boards* (...) ofrecen la asistencia necesaria durante las fases previas a la conclusión de la obra, como por ejemplo puede ocurrir con las visitas que sus miembros deben realizar al lugar donde se está realizando la construcción, a pesar de que no se haya configurado controversia alguna”.

De esta manera, y tal y como se vio al analizarse los aspectos más importantes de la figura, los paneles de expertos o juntas de resolución de disputas no se limitan a la solución de controversias, sino que fungen como asesores permanentes para, precisamente,

prevenir disputas, lo cual, como diría Quiñones (2023), lo vuelve “una discusión entre ingenieros”.

En ese sentido, aclara López (2016):

El propósito de tales visitas es precisamente “... *mantener bien informados a los miembros de DB de las actividades y eventos que suceden en el sitio de las obras y, en segundo, de evitar obstrucciones al desarrollo de las obras*”. Con ellas se pretende evitar el surgimiento de conflictos entre las partes, al ser posible prever los errores en materia de redacción y celebración del contrato o del diseño y ejecución de la obra.

Lo anterior demuestra que, a diferencia de los tribunales de arbitramento y la amigable composición, los *dispute boards* se convierten en el mecanismo ideal para prevenir la materialización de daños que se traducirán en aumento de costos y demora en la entrega de la obra, estando lejos de ser tan solo órganos competentes para solucionar los conflictos que pueden surgir en el marco de un contrato o de una relación comercial (p. 70).

La naturaleza de los *dispute boards* más que resolutive es preventiva, razón por la cual, las características de los expertos, la dinámica de los procedimientos y las fases tempranas en las que actúa la junta, le diferencian de la amigable composición, mecanismo alternativo pero no de prevención de conflictos sino de resolución de conflictos. En ese sentido Gómez Lee (2023) explica que la sola traducción (paneles de expertos) denota la diferencia con los demás mecanismos que principalmente se enfocan en la “composición”.

Así, según su criterio, son figuras cercanas pero no iguales.

Por esta razón se vislumbra la necesidad de expedir una regulación que permita a los paneles de expertos de verdaderas prerrogativas que hagan de la figura un mecanismo eficaz para la prevención de conflictos, máxime si se tiene en cuenta que algunos instrumentos jurídicos han pretendido darle impulso, tal y como pasa en Bogotá, que a través de la Directiva 022 de 2018 de la SJD, norma de clara avanzada, prevé su aplicación⁸⁹.

Por último, conviene preguntarse por qué hasta ahora se habla de *dispute boards* en Colombia si la figura nació hace cincuenta años en los Estados Unidos. Sobre el particular, Quiñones (2023) explica que en nuestro país se empezaron a aplicar estándares internacionales en la contratación pública tan solo a partir de la implementación de las concesiones de cuarta generación (4G), las cuales son una aplicación del modelo de contrato internacional de construcción FIDIC. Así, el contrato FIDIC prevé el pacto paneles de expertos como mecanismo para la prevención y solución de disputas, pero Colombia, que hasta ahora ha empezado a aplicar dichos estándares, se ha mantenido fiel a los MASC que tradicionalmente la Ley colombiana ha acogido como mecanismos típicos, estos son, la conciliación, arbitraje y amigable composición.

⁸⁹ La norma establece: “3. Juntas de expertos o examinadores. En los contratos de obra, infraestructura y demás asociados a estos, de mediana y larga duración, y en contratos de complejidad técnica, según las características del caso, se podrá pactar el establecimiento de juntas de examinadores de diferencias o de expertos, para que acompañen a las partes durante el contrato para prevenir disputas.

4. Para las disputas de carácter técnico, se debe identificar previamente, de manera detallada en el contrato, la definición de disputas técnicas, y señalar la naturaleza de las controversias que serán sometidas a este mecanismo alternativo de solución de conflictos”.

De esta manera, estamos en el momento preciso de la historia para avanzar hacia la consolidación de mecanismos de prevención de conflictos, no solo de solución, en un campo tan sensible para el desarrollo del país como el de la infraestructura y la contratación pública, en la cual, la litigiosidad genera costos elevados y sobre todo, mina la efectividad de los contratos para el cumplimiento de los fines del Estado puesto que cada obra en conflicto y sin terminar representa una pérdida casi inconmensurable para el erario y la comunidad en general.

MEDIACIÓN: LAS ENTIDADES ESTÁN CONDENADAS A ENTENDERSE

La mediación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos propio del derecho público, cuyo objetivo principal es evitar o zanjar conflictos existentes y futuros entre entidades y organismos públicos, llamados a mostrar a la sociedad que las disputas no deben necesariamente resolverse en la jurisdicción y que la cultura de la conciliación solventa de mejor manera los conflictos y ahorra costos que son inherentes al funcionamiento de la justicia.

El primer antecedente de la mediación está contenido en la Directiva presidencial 02 de 2003, la cual ordenaba, en el marco del principio de “economía procesal y satisfacción de los fines del Estado Social de Derecho” que antes del inicio de una acción judicial, ocasionada por una controversia entre Entidades y organismos públicos, era necesario agotar mecanismos alternativos de solución de conflictos u otros mecanismos, para lo cual estableció algunas reglas importantes: (i) antes de iniciar el proceso debía intentarse una conciliación en los términos previstos por la normatividad vigente, (ii) en caso de fracasar la conciliación, previo a la presentación de la demanda se debía contar con el concepto de

la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y de Justicia, (iii) si el conflicto se gestaba entre entidades del mismo sector administrativo, la Dirección de Defensa Judicial se encargaba de revisar con el Ministerio o Departamento Administrativo al cual se encontraran adscritas o vinculadas para explorar fórmulas extrajudiciales para darle fin, (iv) si los conflictos surgían entre entidades de sectores distintos, los Ministerios o Departamentos Administrativos a los cuales estuvieren adscritos o vinculados, previa coordinación de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, debían reunirse para intentar fórmulas de terminación de las diferencias, (vi) en caso de fracaso de las anteriores instancias, la misma Dirección de Defensa propondría una fórmula de arreglo que debía enviarse a la Contraloría General de la República para su conocimiento (Presidencia de la República, 2003).

Es importante anotar que la Presidencia ordenó que los procesos vigentes entre entidades debían someterse a estudio a través del mecanismo alternativo de la conciliación con participación de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación (Presidencia de la República, 2003).

No obstante, la mediación como tal nació en Colombia a partir de las normas reglamentarias de la ANDJE, entidad que ejerce las funciones como mediadora entre entidades públicas del orden nacional⁹⁰. Así las cosas, este particular mecanismo no se origina en el plano legal de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que desde la década de los noventa cuentan con estatuto propio, sino que, se gestaron en el seno de las funciones de la Agencia, como parte de las estrategias para reducir la litigiosidad del nivel nacional. De esta manera, la mediación y la función consultiva de la Sala de Consulta

⁹⁰ El artículo 6 establece como función de la ANDJE: "(xii) Participar en los Comités de Conciliación de las entidades u organismos del orden nacional, cuando lo estime conveniente, con derecho a voz".

y Servicio Civil del Consejo de Estado se erigen como mecanismos alternativos específicos del derecho administrativo para la solución de conflictos sin acudir a los estrados judiciales o esperar que se produzca sentencia si la disputa escaló ese nivel.

En ejercicio de sus funciones reglamentarias, el presidente de la república promulgó el Decreto 2137 de 2015, por medio del cual se reglamenta el mecanismo restringiendo su ámbito de aplicación a conflictos que involucren entidades y organismos de 1 orden nacional. El fin consiste en que se facilite la solución de conflictos a través de negocios jurídicos, por ejemplo, conciliaciones, o contratos específicos como son los de transacción, con la intervención de un tercero neutral, el mediador, escogido de la lista que dispone la ANDJE.

El procedimiento inicia por solicitud conjunta de las entidades en conflicto, o unilateral de alguna de ellas o de oficio, es decir, por iniciativa de la ANDJE. En todo caso, el Comité de Conciliación, como órgano rector de la aplicación de los MASC en las entidades, debe emitir autorización para que el proceso pueda adelantarse. Si el procedimiento no tiene la virtualidad de solucionar el conflicto, puede terminar por decisión del mediador con aprobación previa de las partes involucradas, igualmente termina por solicitud conjunta o unilateral de estas.

La mediación se encuentra en pleno auge y la intervención de la ANDJE ha logrado importantes resultados, así se han logrado evitar conflictos antes del inicio de acciones judiciales y terminar otros de manera anormal estando activa la fase jurisdiccional. En ese sentido, no más en lo corrido durante el 2023, la Agencia logró cerrar acuerdos en cuatro casos siendo uno de los más relevantes el de la ANI y la empresa Costera Energy con un impacto económico favorable de cincuenta mil millones de pesos (ANDJE, 2023b).

Sin embargo, los resultados alentadores en el ámbito nacional no reflejan la misma situación en el ámbito regional. En efecto, el ámbito de aplicación del mecanismo, por lo menos en las normas analizadas, se limita al nivel nacional, la ley 2220 de 2022 lo amplió para que funcione en el ámbito local y las funciones como mediador fueron otorgadas al Ministerio Público.

La ausencia de aplicación directa del mecanismo de la mediación a nivel territorial, específicamente en los municipios y distritos, da cuenta del desarrollo del sistema de defensa jurídica del Estado colombiano, que desde sus orígenes hasta su consolidación, es decir, hasta la creación de la ANDJE, se ha enfocado principalmente en la Nación, dejando un poco rezagados a los entes territoriales. Este fenómeno no es exclusivo del ámbito de la Gestión Jurídica Pública puesto que en términos generales, el país tiene una deuda en cuanto a la descentralización se trata. Sobre el particular, Sánchez (2016) afirma: “la descentralización está lejos de ser un mito, pero en una correlativa distancia de ser una realidad”, avances importantes se han dado para lograr un Estado descentralizado pero no hemos falta todavía articular la totalidad del territorio nacional (p. 98).

Para solventar el déficit descrito, Bogotá por ejemplo, ha demostrado que los modelos de gestión jurídica pública territoriales pueden y deben desarrollar el mecanismo, puesto que los conflictos entre entidades representan una fracción no despreciable del universo de procesos judiciales activos en el sector público, lo cual, da cuenta de una desafortunada cultura de litigio y de desdén por la solución autocompositiva de conflictos.

Es así como, el artículo 9, numeral 9.3 del Decreto 430 de 2018, norma que recoge el MGJP de la ciudad, radica en la SJD la competencia para fungir como mediadora en conflictos que vinculen entidades públicas del orden distrital, para la solución de dichas

controversias fuera del rango de actividad de la justicia contencioso-administrativa, evitando así la interposición de demandas o la perpetuación de la disputa en fase judicial. El procedimiento fue objeto de reglamentación mediante la Resolución 212 de 2023, con un esquema sencillo y funciones claras.

El mecanismo ha empezado a adquirir importancia en el modelo de la ciudad y las cifras dan cuenta de ello. Se pasó así, de una mediación en el año 2016 a 10 no más en lo que va corrido del año 2023, siendo el año de mayor número de trámites de este tipo después del 2018 en el cual se adelantaron 14 (Dirección Distrital de Gestión Judicial, informe de litigiosidad junio, 2023) (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de implementación de la figura de la mediación en el Distrito Capital, 2023).

Es importante destacar que en el contexto de lo establecido en la Resolución 212 de 2023, que regula la mediación en Bogotá, la Secretaría Jurídica Distrital ha liderado un total de diez mediaciones. De estas, una fue iniciada de oficio, mientras que las restantes fueron solicitadas por alguna de las partes involucradas. Hasta la fecha, siete de estas mediaciones se encuentran en curso (una de ellas está en fase final de formalización del acuerdo), dos culminaron sin acuerdo debido a la ausencia de un consenso entre las partes, y una concluyó de manera satisfactoria con un acuerdo transaccional que permitió resolver la controversia (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de implementación de la figura de la mediación en el Distrito Capital, 2023).

Es particularmente destacable que, de las tres mediaciones que llegaron a su fin durante el año 2023, una de ellas culminó con un acuerdo transaccional. Este hecho demuestra un nivel de efectividad del 33.33%. Este logro representa un hito importante, ya que permitió resolver las disputas relacionadas con la liquidación del Convenio

Interadministrativo 001 de 2021, firmado entre el Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático y la Secretaría Distrital de Integración Social. Estas disputas surgieron debido a las dificultades para recopilar la documentación de ejecución del convenio, dadas las responsabilidades compartidas de supervisión entre ambas entidades y la falta de un informe final de la Secretaría Distrital de Integración Social. Además, se enfrentaron obstáculos para la firma del acta de liquidación debido a la falta de voluntad de las partes. La intervención de la Subsecretaría Jurídica Distrital, el 4 de agosto de 2023, logró que las partes firmaran el acta de liquidación del Convenio, poniendo fin a la disputa (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de implementación de la figura de la mediación en el Distrito Capital, 2023).

Además, en un logro más reciente, la Secretaría Jurídica Distrital medió con éxito en una disputa que se arrastraba desde hace 50 años entre el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB). Este conflicto estaba relacionado con la entrega pendiente del predio de mayor extensión denominado "Graham Bell". Durante estas cinco décadas, los inmuebles y terrenos asociados a este predio estuvieron bajo la posesión de la ETB. Finalmente, el 23 de octubre de 2023, ambas partes lograron alcanzar un acuerdo que implicó la compra del predio por parte del IDU y la entrega física del bien por parte de la ETB, poniendo fin a una disputa que había perdurado por cinco décadas (Dirección Distrital de Gestión Judicial, Informe de implementación de la figura de la mediación en el Distrito Capital, 2023).

Estas experiencias ejemplifican el valor de la mediación como un mecanismo altamente beneficioso. Este enfoque permite a las entidades y organismos distritales abordar y resolver sus conflictos de manera autocompositiva. Por esta razón, se recomienda

encarecidamente que las Entidades Territoriales, en ejercicio de su autonomía, establezcan sus propios procedimientos para fomentar la creación de espacios de coordinación y diálogo. Esto les permitirá encontrar soluciones eficientes y creativas a sus controversias de manera efectiva.

En ese orden de ideas, las Entidades Territoriales pueden y deben diseñar esquemas propios de mediación para la solución de conflictos interadministrativos sin que sea necesaria la intervención de la ANDJE o el Ministerio Público. Es fundamental que el procedimiento se diseñe e implemente desde una instancia rectora del modelo de gestión jurídica, como sucede en el Distrito Capital a partir de la creación de la Secretaría Jurídica. De esta manera, se solventa el déficit que en esta materia han creado tanto el Decreto 4085 de 2011 y 2137 de 2015 que restringieron la figura al nivel nacional.

CONCLUSIONES

Existen varias tipologías y modelos de gestión jurídica pública, una de ellas es la que distingue entre modelos reactivos y proactivos, los primeros se enfocan en la solución de conflictos una vez han ocurrido, para lo cual, focalizan los esfuerzos en la defensa judicial. A diferencia de los modelos reactivos, los de naturaleza proactiva abandonan esa visión curativa y priorizan la prevención del daño y la solución temprana de conflictos, fases que junto al litigio propiamente dicho y la ejecución de sentencias forman un ciclo de defensa de los intereses públicos.

El modelo de Bogotá forjó bajo la idea de ser un arquetipo proactivo, para lo cual, junto a la defensa judicial, elemento clásico de los modelos reactivos, crea un conjunto de componentes como la asesoría jurídica, la contratación pública, la inspección y vigilancia y por supuesto la prevención del daño.

Pasados 16 años de la creación del MGJP los resultados son altamente positivos, por lo menos en lo que tiene que ver con las últimas dos fases del ciclo: defensa judicial y ejecución de sentencias. En ese sentido se encontró que el modelo capitalino es efectivo en la postulación en juicio puesto que tiene un éxito procesal cuantitativo del 88%, es decir, de la totalidad de procesos del último cuatrienio tiene fallos favorables en ese porcentaje y desfavorables tan solo en el 12%. Por su parte, el éxito cualitativo es del 94,3%, es decir, de la totalidad de pretensiones pecuniarias en contra del Distrito Capital, este se ahorra ese porcentaje, siendo entonces condenado a pagar tan solo el 5,7% de las pretensiones en contra. gana el 88% de los procesos en contra y ahorra a la ciudad el 94,3% de las pretensiones en su contra.

Por el contrario y a pesar de que en esencia el modelo capitalino se concibió como un sistema de carácter proactivo, las dos primeras etapas del ciclo de gestión jurídica del Distrito Capital, estas son, la prevención del daño antijurídico y el uso de MASC, carecen de impacto.

En cuanto a la prevención del daño antijurídico se encontró que, ni a nivel distrital, ni en el plano nacional, es factible medir el impacto de las políticas que las entidades y organismos formulan en cumplimiento de la normatividad vigente y de las metodologías dispuestas por la ANDJE, dada la ausencia total de instrumentos para su medición.

Por su parte y en lo tocante a los MASC se encontró que su uso es completamente marginal, los casos que se solucionan por estas vías alternativas representan una mínima fracción del universo de conflictos en los cuales interviene una entidad u organismo público, v.g. en el campo de la conciliación, sin duda el mecanismo de mayor usanza por la existencia del requisito de procedibilidad, solo se ha conciliado aproximadamente el 5% de los casos conciliables durante el cuatrienio 2020-2023 en la ciudad de Bogotá.

De esta manera, la consolidación de un modelo proactivo de gestión jurídica pública en Bogotá sigue siendo una tarea pendiente, por esta razón, la última parte de la investigación se dedicó a la identificación de los factores endógenos y exógenos que afectan negativamente las dos primeras fases del ciclo de defensa jurídica.

En este punto debe destacarse que la investigación doctoral no se limita a la descripción de estos elementos, sino que además propone nuevas bases metodológicas y enfoques novedosos para la implementación, desarrollo y medición de los modelos de gestión jurídica pública efectivos en el ámbito de la prevención del daño antijurídico y el uso de los MASC, tal y como se expone en las líneas subsiguientes.

La prevención del daño antijurídico es el deber que la ley y la constitución le impone a los funcionarios públicos en aras de precaver situaciones que conlleven a una afectación de los derechos de los ciudadanos y una afectación de los recursos de las entidades públicas y en consecuencia de los ciudadanos.

La prevención del daño antijurídico se ha desarrollado en nuestro país, en los últimos doce años, a partir de la metodología dispuestas por la ANDJE para la construcción de políticas en el seno de los Comités de Conciliación. Con todo, se encontró que esta es una metodología incompleta puesto que no brinda parámetros para la medición del impacto de las políticas de prevención del daño antijurídico por lo que tales lineamientos se limitan al diseño y la implementación, existe entonces un vacío evidente en relación con la medición por una marcada ausencia de herramientas metodológicas para tal fin.

Por lo anterior, se propone en esta investigación una metodología para la construcción de indicadores que articula conceptos y elementos de la ciencia jurídica y la administración pública, herramienta fundamental para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y debe decirse, en general para lograr una efectiva gerencia que oriente la actividad jurídica hacia objetivos claros que a su vez sean susceptibles de medición y seguimiento constantes, aspecto que facilita las alertas tempranas y una mejor toma de decisiones.

Este enfoque metodológico se sustenta en un principio atribuido, aunque sin certeza, a William Thomson Kelvin: “lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre”. En el ámbito del Derecho hemos sido reacios a incorporar indicadores para medir nuestra gestión, fundamentalmente desarrollamos cierto desdén por los resultados dada la conocida

aplicación del derecho de las obligaciones para explicar nuestro quehacer. Así, se ha dicho que las obligaciones profesionales de los abogados son de medio y no de resultado, por ende hemos forjado una especie de aversión a la medición puesto que entendemos que nuestra actividad solo puede valorarse en términos cualitativos. A contrapelo, esta investigación demuestra que es posible medir la gestión jurídica sin desconocer la esencia impredecible de nuestra profesión.

Considerando un enfoque interdisciplinario, este trabajo fusiona categorías desarrolladas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) en su metodología para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico con herramientas diseñadas por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) para la construcción de indicadores de medición de políticas públicas. Como resultado, se presenta un catálogo de indicadores, que si bien no es exhaustivo, se acompaña de directrices procedimentales para su creación. Este catálogo tiene la finalidad de orientar los planes de acción en el ámbito de la prevención y, en particular, de guiar de manera adecuada el seguimiento y la medición integral del impacto de tales políticas en lo que respecta al comportamiento litigioso de las entidades y organismos públicos.

Este enfoque metodológico se aplicó exitosamente en tres entidades públicas específicas, lo que permitió adaptar los indicadores a sus características y necesidades particulares. Además, las baterías de indicadores resultantes fueron sometidas a un riguroso proceso de validación basado en el método Delphi, contando con la evaluación de cinco expertos nacionales e internacionales de reconocida trayectoria en el campo de la gestión jurídica pública y la medición de políticas en una ronda de valoración y escenarios

adicionales de retroalimentación. Los conceptos favorables emitidos por estos expertos respaldan la solidez y eficacia de los indicadores desarrollados.

El grupo de expertos seleccionados para esta evaluación se compone de destacados profesionales con amplia experiencia en el ámbito de la defensa del Estado a nivel internacional, nacional y regional, así como de especialistas en la construcción de indicadores. El grupo está integrado por Raúl Letelier Wartenberg, Presidente del Consejo de Defensa del Estado de Chile, reconocido por su profundo conocimiento en defensa estatal; Helver Alberto Guzmán Martínez, Director Asesoría Legal de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, quien aporta una perspectiva nacional clave; Freddy Gustavo Orjuela Hernández, Secretario Jurídico de la Gobernación de Cundinamarca, con experiencia en la aplicación práctica de estrategias legales; María Stella González Cubillos, Directora de Defensa Judicial y Extrajudicial de la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, que brinda una visión desde el ámbito regional; y Andrés Fernando Agudelo Aguilar, Director de Programación, Seguimiento a la Inversión y Planes de Desarrollo Locales de la Secretaría de Planeación del Distrito Capital de Bogotá, quien aporta una perspectiva local y experticia en indicadores de gestión. Estos expertos son fundamentales para garantizar una evaluación rigurosa y completa de los indicadores propuestos.

Además de la propuesta en el ámbito de la prevención del daño, se extiende la metodología para incluir un catálogo de indicadores, que también es no taxativo, abarcando la totalidad de la estructura de los modelos de gestión jurídica pública. Este enfoque representa un aporte fundamental en un contexto donde la tradición jurídica ha estado históricamente alejada de la medición. La combinación de estándares del Departamento

Nacional de Planeación (DNP) para la medición de políticas públicas con las particularidades y requisitos específicos del Derecho Público, enfocada en la transformación de la gestión jurídica, ilustra una dirección crítica que tanto los territorios como la Nación deben seguir para avanzar hacia la consolidación de modelos proactivos, centrados en la prevención y la resolución temprana y alternativa de conflictos. Este enfoque responde a la necesidad de integrar la medición en un contexto legal donde esta práctica es menos común, lo que representa un avance significativo en el campo de la gestión jurídica pública.

En relación con los MASC, segundo aspecto de la propuesta de esta investigación doctoral, se indicó que su uso es claramente marginal. En ese sentido, la inexistencia de incentivos para su utilización y por el contrario la existencia de obstáculos para su adecuada implementación, reducen a estos mecanismos a meros trámites obligatorios o residuales, y en todo caso carentes de impacto real en la solución temprana de conflictos y la reducción sostenida de demandas y procesos de naturaleza judicial.

Para contribuir en la solución de este punto sensible de la gestión jurídica pública, se propone un enfoque que parte de dos premisas: (i) es fundamental privilegiar los mecanismos autocompositivos, es decir, aquellos que permiten a las partes, directamente o con la intervención de un tercero neutral, tomar la decisión que soluciona el conflicto sin escalarlo judicialmente y (ii) es necesario buscar alternativas que vayan más allá de la solución y busquen no solo zanjar controversias sino además intenten prevenirlas, es decir, es necesario avanzar en la construcción de mecanismos alternativos de prevención de conflictos (MAPC).

Bajo la primera premisa, se destaca la relevancia de la conciliación y la mediación como mecanismos autocompositivos fundamentales en el ámbito público. Sin embargo, se reconoce que la conciliación ha enfrentado desafíos que han obstaculizado su éxito en este ámbito. En este sentido, se han formulado recomendaciones con el propósito de revitalizar la conciliación y consolidarla como una herramienta esencial para la resolución temprana de conflictos. En lo que respecta a la mediación, un mecanismo más reciente, se describe su proceso de incorporación y desarrollo a nivel nacional, así como la posibilidad de que las Entidades territoriales establezcan sus propios esquemas de mediación sin depender de la ANDJE o el Ministerio Público. Estas acciones representan pasos significativos hacia la promoción de la mediación en el ámbito público.

En relación con la segunda premisa, se plantea una propuesta que va más allá de la solución de controversias para enfocarse en la prevención de conflictos, particularmente en el ámbito contractual. Aunque el arbitraje y la amigable composición han cobrado importancia en el país, a nivel internacional se ha promovido un mecanismo específico, los dispute boards o juntas de resolución de disputas, sobre el cual se ha iniciado un debate en Colombia. Sin embargo, persiste la falta de claridad sobre las posibilidades reales de su aplicación en el contexto jurídico local. Por lo tanto, se presentan consideraciones fundamentales para una implementación efectiva de los dispute boards, teniendo en cuenta las particularidades de nuestro sistema jurídico. Estas propuestas buscan fortalecer la gestión de conflictos en el ámbito contractual y contribuir a un marco más efectivo y eficiente en la prevención y resolución de disputas.

En el ámbito de la conciliación, este déficit obedece a distintos factores: inexistencia de indicadores para medir el impacto del uso de los MASC, inseguridad jurídica para la conciliación de los efectos económicos de actos administrativos causada por las interpretaciones restrictivas de la jurisprudencia sobre la aplicación de las causales de revocatoria directa de actos administrativos en sede de conciliación, inoperancia de los Comités de Conciliación, dificultades en la homologación de los acuerdos de conciliación, déficit presupuestal, debilidad de las estructuras de Defensa jurídica y desconocimiento del precedente judicial y de las sentencias de unificación.

Frente a este diagnóstico, en la investigación se emiten recomendaciones para la consolidación del mecanismo, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- La jurisprudencia nacional debe abandonar la interpretación restrictiva que ha adoptado el Consejo de Estado en relación con la aplicabilidad de las causales de revocatoria directa de los actos administrativos en el campo de la conciliación, habida cuenta que la exigencia de un juicio de legalidad en todos los casos vuelve obsoletas las causales de conveniencia y de contera restringe de manera excesiva las posibilidades de conciliar cuando la fuente del daño se halla en una decisión unilateral de la administración. En ese sentido debe acogerse una interpretación extensiva que permita un tratamiento independiente a cada una de las causales.
- Los Comités de Conciliación deben ser repensados. En primer lugar, debe privilegiarse su composición por funcionarios con una formación disciplinar jurídica, dados los precisos conocimientos que exige el análisis de un caso que es sometido al conocimiento del Comité en sede de conciliación y por supuesto, debe garantizarse la experticia de sus integrantes en solución alternativa de conflictos.

En caso de imposibilidad para conformar los Comités de Conciliación con funcionarios de estas características, las entidades que en los territorios ejerzan el rol de ente rector del MGJP deben acompañar a los Comités de Conciliación para asegurar que sus funciones se ejerzan con mayor rigor jurídico y cumpliendo los fines de la conciliación, tal y como sucede en Bogotá con el acompañamiento de la SJD o a nivel nacional con la participación de la ANDJE. Igualmente, la normatividad nacional debe ser modificada para encontrar un medio que permita la participación del Comité de Conciliación en las audiencias de conciliación, dado que el diálogo con la contraparte es inexistente bajo el modelo actual en el que a la diligencia asiste el abogado de la Entidad con un certificado del Comité que contiene la decisión de conciliar o no.

- El trámite de homologación de acuerdos conciliatorios que se surte ante la jurisdicción contencioso administrativa debe eliminarse o restringirse. Esta etapa es antinatural puesto que desconoce la esencia autocompositiva del mecanismo conciliatorio y además hace más dificultoso el trámite. El caso de Dragacol es claro ejemplo de que la intervención judicial posterior no es sinónimo de legalidad, por el contrario sí lo es de demora en el procedimiento. Al día de hoy, con la intervención del Ministerio Público y la Contraloría General de la Nación no se justifica la fase de homologación.

En todo caso, si no se aceptara la eliminación de esta fase se debería restringir y evitar cuando exista una sentencia de unificación que ampare la decisión del Comité de Conciliación en el sentido de conciliar total o parcialmente.

- Las autoridades del sector hacienda deben participar activamente del procedimiento conciliatorio para garantizar para acabar la desconexión que existe los Comités de Conciliación y las entidades encargadas de la planeación anual del presupuesto. En ese sentido, tal y como lo propone el Ministerio Público, debe establecerse un sistema de multas por incumplimiento de esta función que no es más que una expresión concreta del principio de coordinación.
- Deben establecerse indicadores de gestión para establecer si ante la presencia de una sentencia de unificación y el cumplimiento de los presupuestos para su aplicación, los Comités de Conciliación deciden o no conciliar. Este indicador debe proyectarse en el ámbito de la conciliación prejudicial y especialmente en el caso de dictarse una sentencia condenatoria en el marco del análisis que exige la Ley 2220 de 2022.

Por otra parte, se encontró que la tendencia a judicializar los conflictos jurídicos no es ajena a las entidades y organismos públicos, procesos donde las partes, demandantes y demandados son entidades que pertenecen a la administración nacional, municipal o distrital.

En el marco de los conflictos interadministrativos, la mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que hasta ahora empieza a posicionarse como escenario para la autocomposición de controversias entre entidades y organismos públicos y a la fecha su desarrollo ha tenido lugar principalmente en el ámbito nacional, existiendo así un rezago notorio en el nivel territorial, habida cuenta que el Decreto dado que las normas de su creación y reglamentación tienen aplicación tan solo en el nivel nacional a través de las funciones que ejerce la ANDJE. Nada dice entonces la normatividad sobre la

aplicación de este mecanismo a nivel territorial, este vacío produce un rezago importante en los departamentos, municipios y distritos que debe ser solventado desde estas entidades territoriales en el marco de la autonomía que la Constitución y las leyes le confieren.

En este contexto, se resalta la importancia de que las Entidades territoriales sigan el ejemplo de Bogotá, que ha establecido su propio marco de mediación a través de normativas específicas, incluyendo la Resolución 212 de 2023 que regula su procedimiento. Vale la pena destacar que esta iniciativa ya ha demostrado su eficacia, evidenciada por casos concretos de éxito que han surgido como resultado de la implementación de dicha resolución.

En el campo de la gestión contractual, los modelos de gestión jurídica pública deben apostar por la creación de Mecanismos Alternativos de Prevención de Conflictos Contractuales, es decir, evolucionar de la solución (arbitramento y amigable composición) a la prevención, para lo cual, es factible pactar cláusulas que permitan el acompañamiento permanente de paneles de expertos o juntas de resolución de disputas, mecanismo de origen anglosajón, conocido como los *dispute boards*. Este mecanismo, a diferencia de los tribunales de arbitramento y la amigable composición, permite prever y solucionar disputas desde el inicio de la ejecución de contratos especialmente de infraestructura de mediano y largo plazo, a través del acompañamiento continuo de expertos, por lo general sin formación jurídica, y el desarrollo de audiencias menos formales que las de los mecanismos alternativos clásicos. En efecto, en Estados Unidos se ha demostrado que tan solo el 2% de los contratos que operan a través de *dispute boards* generan litigiosidad en el sistema tradicional o en la justicia arbitral.

Contrario a lo sostenido por parte del foro académico e institucional en nuestro país, la aplicación de los *dispute boards* está plenamente permitida por el principio de autonomía de la voluntad de las partes y es factible pactar paneles en la modalidad *Dab* (Disputed Adjudication Boards), por esta razón, el artículo 116 de la Constitución Política no puede ser un obstáculo para su aplicación. Si bien es conveniente la expedición de una norma que regule la figura para asegurar la vinculatoriedad de las decisiones de los expertos, su ausencia no impide su pacto y ejecución.

Así las cosas, las Entidades Territoriales, en el marco de su autonomía deben impulsar el pacto de los paneles de expertos en contratos de infraestructura, tal y como Bogotá ha empezado hacer con ocasión de la Directiva 022 de 2018 expedida por la SJD.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, la investigación doctoral contribuye al campo del Derecho Público en la medida en que, por una parte, propone una metodología basada en indicadores para la implementación, desarrollo y medición de modelos de gestión jurídica pública que no limiten su efectividad al litigio y al éxito procesal, tanto para la estructura general de los sistemas como para el seguimiento y medición de las políticas de prevención del daño antijurídico, y por otro lado, presenta un enfoque novedoso para consolidar el uso efectivo de los MASC en el ámbito público. Lo anterior, a partir de un enfoque interdisciplinar, que articula exhaustivos argumentos de carácter jurídico con categorías propias de la administración pública.

No obstante, es importante aclarar que existe una limitación inherente a la delimitación metodológica de la investigación. En efecto, desde el principio se anunció que se utilizaría un enfoque de estudio de caso, con una unidad de análisis, esta es, el MGJP de la ciudad de Bogotá. De esta manera, los hallazgos, principalmente emanan de la

experiencia del Distrito Capital en la materia, por lo cual, para su extrapolación a otros territorios del país, deben establecerse características y condiciones de los modelos que hayan desarrollado, por ejemplo, si se pretende aplicar el estudio para Cali o Medellín, ciudades que recientemente decidieron construir su propio modelo.

No obstante, la tesis también tiene una vocación de generalidad, razón por la cual muchos de los hallazgos y conclusiones se presentaron de forma universal para ser aplicados en la nación y otras entidades territoriales, sin perjuicio de que futuras investigaciones permitan una aproximación a la cuestión desde las características propias de esos sistemas.

Es de destacar también, que en este proceso no solo tuve la oportunidad de contribuir al campo de conocimiento, sino que pude reflexionar sobre la importancia que para las Facultades de Derecho tiene el análisis interdisciplinar. En ese sentido, revisados algunos planes de estudio de distintos programas de Derecho del país, se encontró una ostensible ausencia de espacios académicos dirigidos a la apropiación de herramientas de gerencia para el desempeño de funciones públicas y privadas. En ese sentido, es necesario fortalecer, en el pregrado y en sede posgradual, la comprensión de fenómenos a partir de visiones que permitan unir categorías jurídicas sólidas con conocimientos de otros campos del conocimiento para lograr transformaciones más contundentes de nuestra realidad social.

Por último, se hace un llamado a todos los jefes de oficinas jurídicas del país y directores de entidades que prestan servicios jurídicos al Estado colombiano para tomar acciones que redunden en la consolidación política de prevención del daño antijurídico efectivas que reduzcan la litigiosidad y la producción de perjuicios, y que ante el conflicto

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

se impulsen verdaderamente mecanismos alternativos de solución, lo cual, permitirá forjar una nueva cultura que se aproxime a la controversia desde una perspectiva responsable con la sociedad, el sistema de administración de justicia y los recursos públicos, tan necesarios para asegurar derechos esenciales para el desarrollo del país.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos, libros y capítulos de libro

Agudelo, G. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En O. Agudelo (ed), *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (17-44)*. Universidad Católica.

Álvarez, H. N. (2007). Responsabilidad extracontractual en el Departamento de Cundinamarca t recomendaciones para evitar el daño. En H. Olano (ed), *Prevención del daño antijurídico (125-209)*. Universidad de la Sabana – Gobernación de Cundinamarca.

Ballén, E. (2011). *Involución de la conciliación prejudicial e inconstitucionalidad del parágrafo dos, del artículo 52 de la ley 1395 de 2010*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/f30a4776-9865-42f3-b719-cf6096f478a8>

Barnard, C. (1938). *The functions of the executive* (1a ed.). Harvard University Press.

Barreto Cardoso, D. C. (2020). Algunas reflexiones sobre democracia y burocracia y sus incidencias en el caso colombiano. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 15(2), 209-230. doi: <https://doi.org/10.15332/19090528/6248>

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Benard, Y. (2007, 29 de noviembre). *Políticas de Defensa Judicial y de prevención de la Responsabilidad del Estado francés* [Conferencia]. III Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, Colombia.

Besley, T., Coate, S. (2016). Fuentes de ineficiencia en una democracia representativa. En P. Iacovone (Ed.), *Regímenes Políticos, orígenes y efectos* (pp. 265–302). CAF.

Borda, V. E. (2005, 12 de diciembre). *La Gerencia Jurídica y las Políticas públicas* [Conferencia]. II Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, Colombia.

Bourdieu, P. (1993) Génesis y estructura del campo burocrático. *Actes de la recherche Sciences sociales*. 96-97, 49-62

Bustamante, A. (1998). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.

Caballero, L. (s.f.) *La Gestión Jurídica Pública en Colombia: dos décadas de logros y retos*. Trabajo fue preparado para el ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Cárdenas Etizalde, M., Cortés Cáceres, F., Escobar Latapí, A., Nahmad Sittón, S., Scott Andretta, J. y Teruel Belismelis, G. (2013). *Metodología para la aprobación de indicadores de los programas sociales*. CONEVAL.

https://www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/Publicaciones%20oficiales/METODOLOGIA_APROBACION_DE_INDICADORES.pdf

Rincón Martínez, A. M., Obando Peralta, E. C., Durand Azcárate, L. A. y Alza Collantes, C. J. (2023). Ética, Estado y Gestión Pública en América Latina. *Revista Venezolana De Gerencia*, 28(101), 284-399. <http://doi.org/10.52080/rvgluz.28.101.24>

Carrillo Flórez, F., & Varela S., D. F. (2013). Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 56, 123-176.

Carrillo, F. (2020). Pasado, presente y futuro de la conciliación. En C. Medina (ed), *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia (13-27)*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Cuello, G. (2009). *El daño especial. El daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio.

Chapman, P. (2003). Dispute boards on major infrastructure projects. *Management, Procurement and Law*, 129, 7-16. doi: <https://doi.org/10.1680/mpal.2009.162.1.7>

De Fuentes Bardají, J. (2007, 29 de noviembre). *Modelo Español de Defensa Jurídica* [Conferencia]. III Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, Colombia.

De la Garza Montemayor, D., Yllán, E. & Barredo D. (2018). Tendencias en la administración pública moderna: la nueva gestión pública en México. *Revista Venezolana de Gerencia*. 23(81), 31-48.

Domínguez, G. (2000). Gerencia municipal e indicadores de gestión. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

Fernández de Castro, F. (2013). Validación mediante método Delphi de un sistema de indicadores para prever, diseñar y medir el impacto sobre el desarrollo local de proyectos de investigación en el sector agropecuario. *Revista Ciencias Técnicas Agropecuarias* 22(3), 54-60). <http://scielo.sld.cu/pdf/rcta/v22n3/rcta10313.pdf>

Gómez, I. (2020). La caracterización de los MASC en Colombia. En C. Medina (ed), *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia* (29-116). Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Grafe, F. (2014). *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina*. (Documento de debate # IDB-DP-338). Banco Interamericano de Desarrollo.

Harmon, K. (2003). Effectiveness of Dispute Review Boards. *Journal of Construction Engineering and Management*, 129(6), 674-679. doi: 10.1061/(ASCE)0733-9364(2003)129:6(674)

Jarramillo, S. I. & Buchely, I. L. (2019). La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo. En I. Jarramillo & L. Buchely (eds), *Etnografías burocráticas. Una nueva mirada a la construcción del Estado en Colombia* (9-36). Universidad de los Andes.

Jiménez, A. (2014). *Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico*. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/Boletines-prensa/Documents/manual_prevencción_v4_imprensa.pdf

Kliksberg, B. (2015). Hacia una gerencia social eficiente. Algunas cuestiones clave. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 44(175), 15-29. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1999.175.49109>

Larbi, G. (1999). *The New Public Management Approach and Crisis States*. (UNRISD Discussion Paper No. 112). United Nations Research Institute For Social Development.

López, I. V. (2016). *La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/44401>

Maestre, M. L. (2020). El método de caso (The Case Method). En D. Páramo, S. Campo & L. Maestre (eds), *Métodos de Investigación Cualitativa. Fundamentos y aplicaciones* (205-249). Editorial Unimagdalena.

Madariaga, M. (1993). *Seguridad jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Meltzer, A., Scott, F. (2017). Una teoría racional sobre el tamaño del gobierno. En P. Iacovone (Ed.), *Desarrollo institucional y conflicto, De la geopolítica a la distribución del ingreso* (pp. 163–180). CAF.

Medina, D. (2006). *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Menassa, C. y Peña, F. (2010). Analysis of Dispute Review Boards Application in U.S. Construction Projects from 1975 to 2007. *Journal of Management in Engineering*, 26(2), 65-77. <http://doi.org/10.52080/rvgluz.28.101.24>

Montecinos, E. (2012). Gestión municipal participativa: entre la nueva gerencia pública y la gobernanza democrática. *Revista Venezolana de Gerencia*, 17(58), 345-364.

Morales, M. (2014). Nueva gestión pública en Chile: orígenes y efectos. *Revista de ciencia política*, 34(2), 417 – 438.

Páramo, D. (2020). Investigación cualitativa: una aproximación básica. En D. Páramo, S. Campo & L. Maestre (eds), *Métodos de Investigación Cualitativa. Fundamentos y aplicaciones* (17-48). Editorial Unimagdalena.

Parsons, T. (1996). El aspecto político de la estructura y los procesos sociales. En D. Easton (Ed.), *Enfoques sobre teoría política* (pp. 174). Amorrortu editores.

Peláez, J. (2013). Defensa Jurídica Pública de la Auditoría General de la República y de los Órganos de Control Fiscal Territorial (Un Desarrollo del Programa “Pedagogía, Prevención y Control Social en la Lucha Frontal Contra la Corrupción” Documento Técnico de Base del Proyecto). Auditoría General de la República.

Peláez, V. (2018). *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado.

Peláez, J. C. (2020). La defensa jurídica pública en Colombia: un importante camino recorrido, un largo camino por recorrer. *Revista Eurolatinoamericana De Derecho Administrativo*, 7(2), 89–136. <https://doi.org/10.14409/redoeda.v7i2.9564>

Preuss Lazo, A. (2021). Orígenes de la defensa judicial del fisco en Chile: antecedentes histórico-jurídicos previos a la creación del consejo de defensa del estado en 1933. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección historia del derecho chileno]*, XLIII 611-635.

Restrepo Medina, M. (enero-junio 2018). Modelos de Defensa Jurídica del Estado: una aproximación comparada de los casos de Chile, España y Estados Unidos. *Revista*

Diálogos de Saberes, (48) 47-65. Universidad Libre (Bogotá).

<https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.48.2018.4597>

Retortillo, S. (1983). La creación de la Dirección General de lo Contencioso. *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre (100-102), 1875-1898.

Retortillo, S. (1986). La Defensa en Derecho del Estado. Madrid: Editorial Civitas S.A.

Rincón Martínez, A. M., Obando Peralta, E. C., Durand Azcárate, L. A. y Alza Collantes, C. J. (2023). Ética, Estado y Gestión Pública en América Latina. *Revista Venezolana De Gerencia*, 28(101), 284-399. <http://doi.org/10.52080/rvgluz.28.101.24>

Rodríguez, V. G. (2005, 12 de diciembre). *Instalación* [Conferencia]. II Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, Colombia.

Ruiz, Leobardo. (2006). La Nueva Gerencia Pública: Flamante mito de un viejo paradigma Espacios Públicos. *Espacios públicos*, 9(17), 239-251.

Sánchez, A. (2017). Aproximación al concepto de genealogía en Nietzsche y Foucault. *La torre del Virrey. Revista de Estudios Culturales*. 22, 195-203. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6742897>

Sánchez, H. (2016). La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto. *IUSTA*. 45 julio-diciembre, 81-106. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.04>

Sarmiento García, M.G. 2001. La teoría objetiva de la responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución. *Revista de derecho Privado*. 7 (dic. 2001), 35–50.

Tamayo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico*. Bogotá: Temis.

Valdez Zepeda, A. (2022). Modelo de Gestión Pública: Arquetipo Burocrático y Post-burocrático. *Revista Venezolana de Gerencia*, 27(100), 1332-1344. <https://doi.org/10.52080/rvgluz.27.100.3>

Vargas García, P. (2015). ¿Por qué los jueces no aprueban las conciliaciones administrativas? Garantismo judicial y deficiente gestión procesal de las entidades. *Revista de Derecho Público*, 34, 1-34. doi: DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.18>

Veleño, Q. M. (2007, 29 de noviembre). *Modelo de Defensa Jurídica en Bogotá Distrito Capital* [Conferencia]. III Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, Colombia.

Weber, M. (2000). *¿Qué es la burocracia?*. Ediciones Elaleph.com

Wittman, D. (2016). Por qué las democracias producen resultados eficientes. En P. Iacovone (Ed.), *Regímenes Políticos, orígenes y efectos* (pp. 225–264). CAF.

Von Ihering, R. (2018). *La lucha por el Derecho*. Madrid: Editorial Dikynson (Trad. Antonio Posada). (Obra original publicada en 1872)

Documentos e informes institucionales

Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. (2021). *Memoria de la Abogacía 2020*. Gobierno de España.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2023). *Informe de Litigiosidad, corte a marzo 31 de 2023*. Gobierno de Colombia.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2023b). *Informe de Gestión, primer trimestre 2023*. Gobierno de Colombia.

Departamento Nacional de Planeación. (2003, 20 de octubre). *Renovación de la Administración Pública* (Documento CONPES 3248). Bogotá D.C., Colombia: DNP.

Departamento Nacional de Planeación. (2003, 20 de octubre). *Líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la nación y para la valoración de pasivos contingentes* (Documento CONPES 3250). Bogotá D.C., Colombia: DNP.

Departamento Nacional de Planeación. (2014, 02 de octubre). *Mejora normativa: análisis de impacto* (Documento CONPES 3816). Bogotá D.C., Colombia: DNP.

Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas. (s.f.). *Guía para la construcción y análisis de indicadores*. Gobierno de Colombia.

Departamento Nacional de Estadística. (s.f.). *Guía para Diseño, Construcción e Interpretación de Indicadores*. Gobierno de Colombia.

Departamento Nacional de Estadística. (s.f.). *Línea Base de Indicadores*. Gobierno de Colombia.

Dirección Distrital de Gestión Judicial. (2023) *Informe de litigiosidad*. Distrito Capital.

Dirección Distrital de Gestión Judicial. (2023) *Informe de implementación de la figura de la mediación en el distrito capital*. Distrito Capital.

Dirección Distrital de Gestión Judicial. (2023) *Informe sobre conciliaciones*. Distrito Capital.

Ministerio de Hacienda, Consejo Nacional de Defensa del Estado. (s.f.). *Balance de Gestión Integral año 2018*. Gobierno de Chile.

Secretaría Jurídica Distrital. (2023). *Informe Trimestral de Litigiosidad del Distrito Capital*. Alcaldía Mayor de Bogotá.

Universidad Adventista de Chile. (s.f.). *Guía para validar instrumentos de investigación*. Chile.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de octubre de 1992) Sentencia 5946. [M.P. Juan De Dios Montes Hernández)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de noviembre de 1992) Sentencia 7130. [M.P. Julio Cesar Uribe Acosta]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (13 de agosto de 1992) Sentencia 7274. [M.P. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (17 de febrero de 1993) Sentencia 7340. [M.P. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de diciembre de 1993) Sentencia 8019. [M.P. Carlos Betancur Jaramillo)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de julio de 1993) Sentencia 8025. [M.P. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (05 de agosto de 1994) Sentencia 9880. [M.P. Daniel Suarez Hernández]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (03 de febrero de 1995), Sentencia 9142. [M.P. Carlos Betancur Jaramillo)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (08 de mayo de 1995) Sentencia 8118. [M.P. Juan de Dios Montes Hernández)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (04 de septiembre de 1997) Sentencia 10251. [M.P. Ricardo Hoyos Duque)

Consejo de Estado, Sección tercera. (09 de marzo de 2000) Auto 16758. [Germán Rodríguez Villamizar]



Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de junio de 2000) Sentencia 12548. [María Elena Giraldo Gómez]

Consejo de Estado, Sección tercera. (10 de agosto de 2000) Auto 17219 [M.P. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (16 de abril de 2005) Auto 27921. [M.P. Ruth Stella Correa Palacio]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (18 de agosto de 2007) Auto 31838. [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (31 de agosto de 2006) Sentencia 15772. [M.P. Ruth Stella Correa Palacio]

Consejo de Estado, Sección Segunda. (20 de enero de 2011) Auto 1823-09. [M.P. Gerardo Arenas Monsalve]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (17 de octubre de 2013) Sentencia 23354. [M.P. Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de abril de 2019) Sentencia 41830. [M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (06 de agosto de 2020) Sentencia 46947. [José Roberto Sáchica Méndez]

Corte Constitucional, Sala Plena. (05 de febrero de 1996) Sentencia C037 [M.P. Vladimiro Naranjo Mersa].

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de agosto de 1996) Sentencia C0336. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de octubre de 2000) Sentencia C-1436. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de noviembre de 2001) Sentencia C1195. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de febrero de 2006) Sentencia C038. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de agosto de 2011) Sentencia C0644. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Plena. (05 de julio de 2018). Sentencia SU072. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Suprema de Justicia. (10 de diciembre de 1886). Sentencia Gaceta Judicial.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (10 de diciembre de 1937). Sentencia Gaceta Judicial. [M.P. Pedro Antonio Gómez Naranjo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (26 de noviembre de 1935). Sentencia Gaceta Judicial. [M.P. Eleuterio Serna R]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (17 de agosto de 1939). Sentencia. [M.P. Pedro Antonio Gómez Naranjo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (26 de marzo de 1941). Sentencia. [M.P. Arturo Tapias Pilonieta]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (30 de junio de 1941). Sentencia. [M.P. Arturo Tapias Pilonieta]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (12 de agosto de 1941). Sentencia. [M.P. Hernán Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (14 de marzo de 1942). Sentencia.

[M.P. José M. Blanco Núñez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (26 de marzo de 1942). Sentencia.

[M.P. José M. Blanco Núñez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (22 de junio de 1942). Sentencia.

[M.P. Aníbal Cardoso Gaitán]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (15 de mayo de 1944). Sentencia.

[M.P. Aníbal Cardoso Gaitán]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (05 de julio de 1944). Sentencia. [M.P.

Jorge Gutiérrez Gómez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (11 de junio de 1945). Sentencia.

[M.P. Victor Cock]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (23 de febrero de 1949). Sentencia.

[M.P. Eleuterio Serna R]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (11 de mayo de 1949). Sentencia.

[M.P. Luis Rafael Robles]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (26 de octubre de 1951).

Sentencia. [M.P. Agustín Gómez Prada]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (02 de noviembre de 1956).

Sentencia. [M.P. Manuel Buenahora]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (28 de febrero de 1958). Sentencia.

[M.P. Arturo Valencia Zea].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (30 de junio de 1962). Sentencia.

[M.P. Carlos Pérez Trujillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (24 de julio de 1962). Sentencia.

[M.P. Ramiro Araujo Grau]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (31 de agosto de 1962). Sentencia.

[M.P. Carlos Pérez Trujillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (06 de noviembre de 1962).

Sentencia. [M.P. Luis Carlos Zambrano]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (30 de noviembre de 1962).
Sentencia. [M.P. Carlos Pérez Trujillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (17 de junio de 1964). Sentencia.
[M.P. Luis Carlos Zambrano]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (23 de julio de 1964). Sentencia.
[M.P. Luis Carlos Zambrano]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (30 de septiembre de 1964).
Sentencia. [M.P. Carlos Pérez Trujillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (26 de noviembre de 1964).
Sentencia. [M.P. Efrén Osejo Peña]

Normatividad

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de junio de 1991). *Constitución Política de Colombia.*

Alcaldía Mayor de Bogotá. (02 de noviembre de 2001). *Por el cual se delegan funciones del Alcalde Mayor y se precisan atribuciones propias de algunos empleados de la Administración Distrital.* [Decreto Distrital 854 de 2011].

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Alcaldía Mayor de Bogotá. (30 de septiembre de 2003). *Por el cual se adopta la estructura interna de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 331 de 2003].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (29 de junio de 2005). *Por el cual se efectúan unas delegaciones y asignaciones en materia de representación legal, administrativa, judicial y extrajudicial del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones en la materia.* [Decreto Distrital 203 de 2005].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (26 de junio de 2006). *Por el cual se adopta la estructura organizacional de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 267 de 2006].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (18 de diciembre de 2007). *Por el cual se adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital, y se efectúan unas delegaciones y asignaciones de funciones del Alcalde Mayor en materia de representación judicial de Bogotá D.C.* [Decreto Distrital 581 de 2007].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (12 de noviembre de 2009). *Por medio del cual se modifican las denominaciones y las funciones de unas dependencias de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. y se dictan otras disposiciones en la materia* [Decreto Distrital 502 de 2009].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (28 de diciembre de 2011). *Por el cual se adopta el Modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital* [Decreto Distrital 654 de 2011].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (02 de agosto de 2016). *Por medio del cual se establece la estructura organizacional de la Secretaría Jurídica Distrital, y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 323 de 2016].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (05 de abril de 2018). *Por medio del cual se establecen disposiciones para el ejercicio de la representación judicial y extrajudicial de las Entidades del Nivel Central de Bogotá, D.C., se efectúan unas delegaciones y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 212 de 2018].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (30 de julio de 2018). *Por el cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Pública del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 430 de 2018].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (20 de diciembre de 2019). *Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto Distrital 323 de 2016 y se dictan otras disposiciones* [Decreto Distrital 798 de 2019].

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Alcaldía Mayor de Bogotá. (24 de marzo de 2021). *Por medio del cual se establecen lineamientos para el ejercicio de la representación judicial y extrajudicial de Bogotá D.C., y se efectúan unas delegaciones* [Decreto Distrital 089 de 2021].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (29 de diciembre de 2021). *Por medio del cual se adopta el Plan Maestro de Acciones Judiciales para la Recuperación del Patrimonio del Distrito Capital.* [Decreto Distrital 556 de 2021].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (29 de diciembre de 2022). *Por medio del cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Anticorrupción para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones.* [Decreto Distrital 610 de 2022].

Alcaldía Mayor de Bogotá. (15 de febrero de 2023). *Por medio del cual se establecen directrices y lineamientos dirigidos a los Comités de Conciliación en el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones.* [Decreto Distrital 073 de 2023].

Concejo de Bogotá. (09 de junio de 2006). *Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá, D. C., 2008 – 2012 "BOGOTÁ POSITIVA: PARA VIVIR MEJOR".* [Acuerdo Distrital 308 de 2006].

Concejo de Bogotá. (30 de noviembre de 2006). *Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, distrito capital, y se expiden otras disposiciones.* [Acuerdo Distrital 257 de 2006].

Concejo de Bogotá. (12 de junio de 2012). *Por el cual se adopta el plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas para Bogotá D.C. 2012-2016 Bogotá Humana*. [Acuerdo Distrital 489 de 2012].

Concejo de Bogotá. (31 de marzo de 2016). *Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo 257 de 2006, se crea el Sector Administrativo de Gestión Jurídica, la Secretaría Jurídica Distrital, se modifican las funciones de la Secretaría General, y se dictan otras disposiciones*. [Acuerdo Distrital 638 de 2016].

Concejo de Bogotá. (09 de junio de 2016). *Por el cual se adopta El Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C. 2016 - 2020 "Bogotá Mejor Para Todos"* [Acuerdo Distrital 645 de 2016].

Concejo de Bogotá. (11 de junio de 2020). *Por medio del cual se adopta el Plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas del Distrito Capital 2020-2024 "Un nuevo contrato social y ambiental para la Bogotá del siglo XXI*. [Acuerdo Distrital 761 de 2020].

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil. [Ley 84 de 1873].

Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.* [Ley 489 de 1998].

Congreso de la República. (09 de julio de 2003). *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.* [Ley 819 de 2003].

Congreso de la República. (30 de diciembre de 2003). *Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios.* [Ley 872 de 2003].

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* [Ley 1437 de 2011].

Congreso de la República. (04 de mayo de 2011). *Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1444 de 2011].

Congreso de la República. (06 de julio de 2012). *Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.* [Ley 1551 de 2012].

Congreso de la República. (12 de julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1563 de 2012].

Congreso de la República. (09 de junio de 2015). *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.* [Ley 1753 de 2015].

Congreso de la República. (30 de junio de 2022). *Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones.* [Ley 2220 de 2022].

Gobierno Nacional. (30 de noviembre de 1991). *Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal.* [Decreto Ley 2700 de 1991].

Gobierno Nacional. (21 de julio de 1993). *Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.* [Decreto Ley 1421 de 1993].

Gobierno Nacional. (10 de enero de 2012). *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.* [Decreto Ley 019 de 2012].

Gobierno Nacional. (13 de abril de 2012). *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.* [Decreto 734 de 2012].

Gobierno Nacional. (01 de noviembre de 2012). *Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.* [Decreto 4085 de 2011].

Gobierno Nacional. (26 de mayo de 2015). *Esta versión incorpora las modificaciones introducidas al Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública a partir de la fecha de su expedición.* [Decreto 1083 de 2015].

Gobierno Nacional. (30 de mayo de 2017). *Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.* [Decreto 915 de 2017].

Gobierno Nacional. (04 de noviembre de 2015). *Por el cual se modifica la denominación del Capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, se crea una sección en el mismo y se adiciona otra.* [Decreto 2137 de 2015].

Gobierno Nacional. (13 de diciembre de 2019). *Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*. [Decreto 2269 de 2019].

Gobierno Nacional. (02 de julio de 2021). *Por medio del cual se modifica el artículo 2.2.22.2.1. del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, con el fin de incorporar la política de Compras y Contratación Pública a las políticas de gestión y desempeño institucional*. [Decreto 742 de 2021].

Secretaría Jurídica Distrital. (11 de noviembre de 2020). *Plan de Acción y de Gestión — Meta 487- Plan de Desarrollo Distrital*. [Circular 035 de 2020].

Secretaría Jurídica Distrital. (24 de febrero de 2021). *Lineamientos para la implementación de los artículos 14, 16 y 17 del decreto distrital 189 de 2020*. [Directiva 025 de 2018].

Secretaría Jurídica Distrital. (24 de febrero de 2021). *Lineamientos para la implementación de los artículos 14, 16 y 17 del decreto distrital 189 de 2020*. [Directiva 003 de 2021].

Secretaría Jurídica Distrital. (09 de junio de 2022). *Adopción de la política de defensa jurídica del distrito capital - documento metodológico y guía de implementación*. [Directiva 006 de 2022].

LA GESTIÓN JURÍDICA PÚBLICA

Secretaría Jurídica Distrital. (27 de diciembre de 2022). *Banco Virtual de Políticas de Conciliación y Políticas de Prevención del Daño Antijurídico de las Entidades y Organismos distritales..* [Circular 062 de 2022].

Secretaría Jurídica Distrital. (08 de marzo de 2023). *Adopción del “manual para el seguimiento y representación judicial del distrito capital como víctima en el marco del ordenamiento jurídico penal colombiano.* [Directiva 004 de 2023].

Secretaría Jurídica Distrital. (31 de marzo de 2023). *Por la cual se reglamenta la mediación de controversias jurídicas que se presenten entre organismos y/o entidades distritales* [Resolución 212 de 2023].

Secretaría Jurídica Distrital. (31 de marzo de 2023). *Por la cual se reglamenta la mediación de controversias jurídicas que se presenten entre organismos y/o entidades distritales* [Resolución 212 de 2023].

Presidencia de la República. (20 de febrero de 2003). *Orden sobre métodos alternativos de solución de conflictos entre las entidades estatales* [Directiva 002 de 2003].

Páginas de internet y artículos periodísticos

Redacción El Tiempo. (1999, 22 de diciembre). En qué consiste el escándalo Dragacol. *El Tiempo*.

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos (2023). Bomberos Bogotá.

Bogotá: *Nuestra historia*. <https://www.bomberosbogota.gov.co/content/nuestra-historia>