

Procesos judiciales contra el Estado y su defensa por parte de Colombia * *Legal proceedings against the State and its defense by Colombia*

Rodrigo Hernández Polanía

Candidato a Magíster en Derecho Público
Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Colombia
rodrigph@hotmail.com

Orlando Liz Durán

Candidato a Magíster en Derecho Público
Especialista en Alta Gerencia, Universidad Surcolombiana, Colombia
orlando.liz@equiposgleason.com

Recibido: 20/10/2020 Aprobado 18/01/2021
DOI: 10.25054/16576799.2638

RESUMEN

El Estado colombiano desde la Carta Política de 1991 generó un desarrollo normativo general, entre ello, impuso que las actuaciones de las entidades públicas tengan un apego a los fines y principios establecidos en el régimen constitucional, de ello, que se haya establecido la regla y carga de responsabilidad patrimonial de las entidades públicas por sus acciones y omisiones, donde generen un daño contra cualquier persona, sin que este tenga el deber jurídico de soportarlo; lo anterior como garantía y tranquilidad de las personas en la consecución de los bienes jurídicos tutelados por parte del sistema jurídico.

En ese contexto, las reclamaciones y requerimientos judiciales y administrativos de las personas no fueron de esperar. La carga de responsabilidad del Estado es clara y desde la vigencia constitucional a la fecha han sido diferentes situaciones en las que los agentes públicos generaron afectaciones y perjuicios a las personas, de ello, que el sistema de responsabilidad del Estado sea un tema de gran desarrollo jurisprudencial.

La carga judicial de las diferentes entidades públicas de los diferentes órdenes, es un asunto que no fue abordado de forma oportuna, generando el reconocimiento y pago de indemnizaciones por condenas judiciales o conciliaciones, que desencadenó en la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como institución encargada de la protección y vigilancia de las reclamaciones judiciales, con el ánimo de tener una representación judicial efectiva del Estado y con ello evitar incidencias fiscales innecesarias o disminuirlas al máximo.

PALABRAS CLAVE

Defensa del Estado; Daño Antijurídico; Administración Pública y Derechos.

* Artículo de investigación.

ABSTRACT

The Colombian State, since the Political Charter of 1991, generated a general normative development, among which, it imposed that the actions of public entities be consistent with the purposes and principles established in the constitutional regime, of that, that the rule and burden of financial liability of public entities for their actions and omissions have been established, where they cause damage to any person, without that person having the legal duty to bear it; the above as a guarantee and tranquility of the people in the achievement of the legal assets protected by the legal system.

In this context, people's claims and judicial and administrative requests were not to be expected. The State's burden of responsibility is clear, and since the Constitution came into force, there have been different situations in which public agents have caused affectations and harm to individuals, making the State's system of responsibility a matter of great jurisprudential development.

The legal burden of the different public entities of the different orders is an issue that was not addressed in a timely manner, generating the recognition and payment of compensation for judicial convictions or conciliations, which led to the creation of the National Agency of legal defense of the State, as an institution responsible for the protection and monitoring of judicial complaints, with the aim of having an effective judicial representation of the State and thus avoid unnecessary tax incidents or reducing them as much as possible.

KEYWORDS

Defense of the State; Anti-Legal damage; Public Administration and Rights.

INTRODUCCIÓN

El Estado se estructuró como el principal garante de derechos de las personas y ejecutor de los postulados constitucionales y legales, donde se desprende el deber de brindar condiciones óptimas a los ciudadanos en las que se respeten sus bienes jurídicos, de ello, surgen diferentes obligaciones para el desarrollo de la sociedad, conforme a las exigencias de los sistemas democráticos y el papel preponderante de la persona en el desarrollo normativo.

Ahora, en el sistema jurídico colombiano, desde la Constitución Política se generó un sistema complejo de principios de cumplimiento de la administración pública, donde el Estado debe desarrollarlos en favor de las personas y grupos sociales. La carga de las entidades públicas es mayor y ello le genera el deber funcional de satisfacer las necesidades básicas de toda la sociedad.

En la actividad del Estado puede generarse vulneraciones de derechos de las personas, con la carga de responsabilidad administrativa por la

acción y omisión de los agentes públicos, de ahí se generan las diferentes reclamaciones administrativas y judiciales. Por lo anterior, la defensa Judicial es una de las actividades esenciales e importantes del Estado, dadas las condiciones y posición de las entidades públicas frente a la población.

Así las cosas, la defensa del Estado conlleva la construcción de un marco jurídico que permita potenciar la defensa en derecho de la administración y conseguir una actuación eficaz que también permita un gasto eficiente del dinero público y genere resultados conforme a los intereses de la entidad pública, dado que el problema de las demandas interpuestas contra el Estado se da por las pretensiones económicas de indemnizaciones y reparación de los presuntos daños infligidos por las actuaciones del Estado o de sus agentes, las cuales deben ser controladas para evitar un punto crítico de las finanzas del Estado.

Entonces la defensa del Estado debe ir más allá de la asistencia y defensa judicial, dado que

las consecuencias y actuaciones de las entidades públicas deben enfocarse en la consolidación de mecanismos, para evitar la existencia de hechos constitutivos de daños y generar un control antes y después de la condena judicial, como debería ser el seguimiento de la responsabilidad del generador del daño a la cual el Estado debe sufragar, es decir, aplicar los mecanismos judiciales de repetición para la recuperación de los dineros cancelados. Por todo lo anterior, se estructuró la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con la finalidad de la prevención del daño antijurídico, defensa y protección de los intereses de la Nación, donde esté implicada una entidad de la administración pública, pero que, a criterio propio, la entidad no tiene toda la estructura para tener una cobertura general de las entidades del Estado.

Así las cosas, el trabajo permite identificar y contextualizar la incidencia judicial y fiscal de la defensa del Estado, pues hasta hace poco se abordó los efectos de la adecuada defensa de las entidades públicas, por ello, el aporte que se obtiene es una clara situación de la actividad que la administración ha presentado respecto del problema del aumento del pago de condenas y reparaciones a terceros por perjuicios cometidos.

1. ANTECEDENTES DE LA DEFENSA DEL ESTADO

Los diferentes Estados en su actividad y ejercicio han presentado un sin número de obligaciones adquiridas por el Estado por garantizar el desarrollo de la sociedad, lo que conllevó a que se asumieran deberes en razón a las nuevas exigencias de los sistemas democráticos y el papel preponderante de la ciudadanía como agente de las relaciones institucionales (Hernández, 2013), lo anterior, en razón al sistema jurídico constitucional, pues las nuevas constituciones, constituyeron la base del reconocimiento de los derechos de las personas, generando múltiples conflictos contra el Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

El acompañamiento, asistencia y gestión de la defensa jurídica del Estado es el centro de atención en varios países latinoamericanos, en razón a las implicaciones jurídicas y fiscales, por ello, las agencias de defensa jurídica en la región tienen su

finalidad en la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que se derivan de las sentencias contrarias a los intereses públicos, además, los organismos de defensa jurídica del Estado tienen efectos económicos para las arcas públicas que puede generar una deficiente gestión de los servicios jurídicos del Estado, por las consecuencias en los costos para las cuentas públicas (Grafe, 2014).

Ahora, la defensa Judicial del Estado es una de las actividades esenciales e importantes en los Estados modernos, habida cuenta los esquemas políticos y sociales establecidos, quisieron pasar de un Estado menos responsable, como ocurre con el Estado Liberal, que no tendría mayores obligaciones jurídicas, permitiendo que los litigios y condenas en su contra no eran tan representativos, pero con la adopción del Estado de Bienestar, llevó al aumento de la responsabilidad jurídica y del riesgo judicial con el aumento de funciones y prestaciones del Estado (Alvarado, 2012), pues los requerimientos y las necesidades de las personas han incrementado en razón al desarrollo de la sociedad y de cada una de las actividades que desarrolla en su cotidianidad de forma particular como de manera general.

La tendencia de los casos judiciales en los que el Estado es el demandado se debe por las reformas normativas e institucionales que se dieron en América Latina en las dos últimas décadas, en razón que las modificaciones legales permitieron una mayor cobertura de los derechos a la persona y colectividad (Grafe, 2014), situación que llevó a los estados tener un mayor ámbito de responsabilidad.

La defensa del Estado recae en la construcción de un marco jurídico que permita potenciar la defensa en derecho de la Administración, además de conseguir una actuación eficaz, y también permita un gasto eficiente del dinero público, que puede ser distribuido en resolver problemas de la sociedad civil (Tornos, 1987); quien asuma la defensa del Estado tiene una gran responsabilidad entorno a la presión y el

trasfondo de cada proceso, pues la indebida diligencia representación tiene consecuencias de carácter pecuniario.

Ahora bien, se debe resaltar que en varios países iberoamericanos se están desarrollando y estructurando diferentes situaciones que permitan articular la Defensa Jurídica del Estado de una manera más audaz y eficaz, pero, las estructuras son aún muy básicas y presentan problemas por la ausencia de una estructura encargada de la Defensa del Estado con el compromiso de una Gerencia Jurídica Pública (Peláez, 2013). Los planteamientos realizados en pro de fortalecer la representación estatal carecen de la complejidad necesaria, además de una institución con dedicación exclusiva para esos fines, con las facultades necesarias para adoptar las decisiones concretas a favor de los intereses del Estado.

Respecto a la situación en Chile, existe un Consejo de Defensa del Estado, el cual ha realizado acciones de planificación con un grupo interdisciplinario conformado por diferentes profesionales y lograr una diversidad de disciplinas, para lograr un trabajo articulado y una adecuada orientación y planeación estratégica, con proyección respecto de la interpretación de las regulaciones en ordenamiento jurídico chileno (Peláez, 2013).

En España, existe un sistema establecido por un cuerpo de abogados del Estado, adscrito al Ministerio de Justicia, el cual está integrado dentro de la “Abogacía General del Estado y Dirección del Servicio Jurídico del Estado”, creado desde el año de 1881. Asimismo, en relación con Francia, el modelo de Defensa Jurídica se genera, con gran manejo de la información, es decir, un sistema de información sistematizada en una base de datos al que tiene acceso cualquier persona que requiera información relacionada y específica acerca de un proceso judicial en contra del Estado, además, la posibilidad a que todas las personas obtengan información de cómo utilizar los mecanismos jurídicos para hacer respetar sus derechos (Peláez, 2013), siendo un sistema que permite una reciprocidad de información tanto de los intereses de las personas como los intereses del Estado, así, existe un acceso libre de información.

1.1. Antecedentes de la defensa delestado colombiano

Con la Constitución Política de 1991 cambiaron los principios de la administración pública, pues el Estado colombiano se convirtió el garante de los preceptos constitucionales, como lo son los derechos personales y sociales, de lo que se desprende el manejo de la administración, y la estructura de la responsabilidad del Estado con base en el artículo 90 de la Carta Política, además del concepto de derechos a favor del ciudadano y en sentido amplio a toda la población, pues cuando una entidad pública genera algún daño a la persona tendrá que repararla en razón a la responsabilidad del Estado, la cual es ordenada por el Juez de lo Contencioso Administrativo.

La defensa del Estado es un tema de preocupación en Colombia, donde se ha discutido desde el año 2000 la necesidad de una política pública orientada a los problemas de las entidades públicas como es el control de los procesos que se adelantan contra el Estado; la sistematización de la información; generar una única estrategia de defensa del Estado y, establecer de forma clara los criterios de actuación, seguimiento y responsabilidad, frente a los funcionarios encargados de la vigilancia (Departamento Nacional de Planeación, 2012).

Adicionalmente, un punto importante corresponde a la institucionalidad coherente y eficiente en la defensa de los intereses del Estado, dado que la defensa de las entidades públicas debe manejarse bajo criterios y estrategias efectivas y concretas para evitar una pérdida indebida de recursos por condenas que no debieron constituirse o las cuales pudieron tener un menor valor al establecido por el operador judicial. La defensa del Estado no es solo evitar su condena, también corresponde a evitar cualquier incidencia mayor de la prevista.

La generación de las reparaciones y condenas contra el Estado se da por la existencia de daños antijurídicos contra el Estado, los cuales

no sólo afectan las finanzas públicas, dado que los recursos que se destinan para los pagos de sentencias no se programan presupuestalmente para ese fin. El daño antijurídico conlleva que la sociedad pierda credibilidad de las actuaciones de las personas que en nombre del Estado ejecutan sus funciones y, la defensa jurídica y patrimonial del Estado es un tema de competencia y de valores éticos en quienes representan al Estado y el quehacer político y administrativo (Urrego, 2015).

El origen jurídico de las reparaciones se encuentra inmersas en la figura jurídica denominada de la responsabilidad civil del estado establecida en el Artículo 90 de la Constitución Política, pues bajo ese criterio es que se condena al Estado, por lo que, existen riesgos para el Estado, por los postulados normativos, aunado los aspectos sustanciales de los principios, las normas y los criterios adicionales, que desarrollan la responsabilidad y elementos que regulan los procedimientos de las acciones (Ministerio de Hacienda, s.f.).

Adicionalmente, se debe dar importancia que así como existe una posible “bomba pensional” por la falta de reformas, también se puede hablar de una “bomba de condenas al Estado”, lo que llevaría a una crisis económica que afectaría a toda la población (Velandia, 2015), por ello, es necesario que se adopten medidas para disminuir el número de demandas contra el Estado, pero más que las demandas, es reducir los pagos por indemnizaciones, que se puede conseguir con un trabajo articulado y constante de las entidades, en muchos casos las condenas son por errores de la entidad en su defensa judicial, más que la existencia del daño, es la falta de diligencia en la actuación judicial, dada la naturaleza de la justicia contenciosa administrativa.

Ahora, la gestión de la defensa jurídica de los Estados es el centro de atención en varios países en América Latina, en razón a sus consecuencias, desde la óptica jurídica como fiscal, de ahí el origen de las agencias de defensa jurídica en la región, pues

la preocupación de los Estados por los riesgos patrimoniales que pudieran derivarse de sentencias contrarias a los

intereses públicos, por ello, gran parte de la carga de trabajo de organismos de defensa jurídica del Estado tiene efectos económicos en las finanzas de las entidades públicas (Grafe, 2014, p. 4).

Sin olvidar que el equilibrio fiscal se ve amenazado por el incremento desmesurado de la actividad judicial contra el Estado, pero lo preocupante es que se le cataloga como un litigante frecuente en perder; el Estado, modeló el comportamiento de la administración pública en los estrados judiciales, para efectos de valorar los pasivos contingentes, permitiendo así calcular anticipadamente la probabilidad de fallo condenatorio (Burbano, 2013) y la posible indemnización que la entidad debe asumir.

Entre ellas, las obligaciones adquiridas por el Estado para garantizar el desarrollo armónico de la dinámica social, aunada las exigencias de los sistemas democráticos (Burbano, 2013), sin dejar a un lado el papel activo de la ciudadanía ante la administración, ejerciendo control y exigiendo el cumplimiento de las obligaciones legales de la entidad, en favor de la ciudadanía.

El problema de las demandas interpuestas contra el Estado se da por las pretensiones económicas de indemnizaciones por la reparación por el daño infligido por las actuaciones del Estado o de sus agentes, llevando a un punto crítico las finanzas del Estado, pues cuantificar las pretensiones, implica la existencia de riesgos fiscales como pasivos contingentes (Grafe, 2014), al mismo tiempo que, el presupuesto del Estado tiene la particularidad de tener rubros específicos para su uso, lo que implica que los dineros que se deben destinar por las sentencias condenatorias implican un pasivo complejo de solventar.

En el territorio colombiano las demandas en contra de las entidades públicas es una situación de especial cuidado, pues no se había visto como un problema de gran magnitud, pero luego de las condenas y

pretensiones litigiosas, la proyección de reparación económica es muy riesgosa para los intereses del Estado, sin dejar a un lado que existen muchas más consecuencias, como en los medios de control de Nulidad, en los que se generan efectos jurídicos.

Respecto de la pérdida de los procesos judiciales, es una consecuencia lógica de la falta de política integral de Defensa Judicial del Estado, para prevenir los litigios y sus resultados negativos, abordando con estrategias que permita a la entidad en particular y en general al estado colombiano controlar los procesos judiciales y evitar condenas desfavorables. (Guarín, 2015)

El nacimiento de la agencia de defensa del Estado responde precisamente al interés de desarrollar un andamiaje institucional por la que el Estado pueda recurrir para orientar sus actuaciones (Gutiérrez, 2014), especialmente el acompañamiento judicial en los procesos de gran incidencia jurídica para el Estado, observándose una posición unificada de las acciones administrativas como judiciales y reducir el margen de una posible condena contra las entidades públicas.

2. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO COLOMBIANO

El Estado colombiano garantiza el derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia, pues constituye un pilar constitucional, de ahí que en el momento en que las personas requieran, pueden acceder a la administración de justicia de forma gratuita, autónoma y eficiente (Herrán, 2013), evidenciándose lo anterior en las diferentes reclamaciones administrativas y judiciales de las personas, para efectos de alcanzar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados por la existencia de un daño antijurídico en su contra y que atentó su integralidad como persona.

Producto de las demandas y sus respectivas condenas, surgen los pasivos contingentes, que se derivan de fallos contra el Estado o conciliaciones, que generan el reconocimiento de indemnizaciones a terceros. Desde el año 2000 al año 2012 se estima que se han realizado pagos de sentencias y conciliaciones por valor de \$4,093 billones

(Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012), cifra que demuestra un hueco presupuestal altísimo del Estado por las diferentes condenas impuestas al Estado.

Uno de los temas que menos se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico colombiano, pese a su innegable importancia, es la defensa jurídica de las entidades públicas, siendo un tema de vital importancia en la sostenibilidad y legitimidad en el desarrollo del Estado (Bolaños, 2015), del cual no se había estructurado un sistema eficaz para proteger los intereses generales de la población, pues los dineros para pagos son parte del presupuesto que afecta y altera los beneficios de los particulares.

Además, en Colombia las demandas contra las instituciones de carácter público, son un problema de gran incidencia, el cual data de viejas épocas, pero que nunca había sido visto con la importancia que ameritaba y solo con el incremento significativo de las demandas en contra de la Nación y sus diferentes entidades (Guarín, 2015), llevó a que los gobiernos buscaran medidas y soluciones para frenar el aumento de reparaciones económicas que alteran la sostenibilidad del sistema y conlleva una disminución de la inversión del Estado en las necesidades básicas de las personas.

Las diferentes entidades tanto a nivel local y nacional han aunado esfuerzos por la defensa del Estado, para efectos de la articulación y adopción de estrategias de defensa que permiten la prevención y la generación de resultados favorables a la administración pública. Pero en el desarrollo adecuado de los procesos por parte de la defensa judicial y su contratación, es necesario que las entidades cuenten con todos los elementos necesarios de información, respecto de los conceptos emitidos por las entidades encargadas de la vigilancia y control, bases de datos que requieren ser completas, de fácil acceso y actualizadas de manera permanente (Fajardo y Guzmán, 2010).

Acerca de la historia del concepto de gestión jurídica estatal en Colombia, se debe mencionar que esta es nueva, pues si bien el Estado ha sido demandado y ha ejercido su defensa judicial y mediante los instrumentos jurídicos que la Ley permite, se puede mencionar que existe una tendencia de crecimiento en el reconocimiento de responsabilidad del Estado por los diferentes cambios como los del político y social, dejando a un lado el sistema constitucional de Derecho a un constitucionalismo protector y garante, es decir, un Estado que responde como asegurador universal de los derechos de todas las personas (Alviar, López, y Rodríguez, 2017), situación que sin duda alguna genera un alto impacto financiero en el Estado, con las demás consecuencias propias de este.

Ahora, se debe mencionar que según cifras del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a junio de 2017, existían cerca de 230.000 litigios en curso contra 160 entidades del orden nacional, con pretensiones cercanas a los \$17.7 billones para el período 2017-2028, a lo anterior no se agrega el costo fiscal de las sentencias de acciones populares, laudos arbitrales, de acciones de grupo y de acciones de tutela, en razón que no existe información económica fiable, que permita un valor constante y exacto, pero si se observan las cifras de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado, el número de procesos y estimado del cálculo de la deuda contingente, sería aún más alta, además del cálculo estimado (Ministerio de Hacienda, s.f.).

Conforme a lo anterior se puede deducir que no existe una articulación clara de las diferentes entidades públicas para efectos de tener una contextualización clara y veraz de la situación actual de la cantidad de dinero que el Estado ha tenido que cancelar en razón a las indemnizaciones y reconocimiento pecuniarios a terceros, por la comisión de un daño.

Aunado lo anterior, es de resaltar que en Colombia no existen registros confiables sobre el quehacer litigioso del Estado, lo cual impide generar una idea objetiva sobre la situación en que se encuentra la defensa de los intereses de las diferentes entidades públicas, tanto en sede administrativa y judicial, además, para efectos de la prevención del daño antijurídico (Peláez,

2013). Situación que genera diferentes estrategias y posiciones de defensa del Estado respecto a un asunto que para los entes de vigilancia debería ser asumida en forma concreta, pero sin existir esos parámetros conlleva una posible pérdida del litigio.

Siendo importante que se efectúe un proceso efectivo de consolidación de los efectos y consecuencias de las actuaciones públicas, para que se puedan generar alertas tempranas o prevención, respecto de la posible consecuencia de un daño antijurídico, de tal manera que se puedan evitar a tiempo el perjuicio, además de lograr el desarrollo de estrategias de actuación que garanticen la no generación de esas conductas que generan daños y, que por sí generarán vulneración de derechos y garantías de los administrados (Peláez, 2013).

Por otra parte, sería importante pensar que tanto la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, además de que publiquen periódicamente las estadísticas de las entidades públicas, también ejerzan control, vigilancia y sanción para efectos de exigirles, la presentación y consecución de medios de control de repetición o llamamiento en garantía de aquellos funcionarios responsables por las condenas en la que la entidad fue afectada, además, de un control del Congreso de la República para que estas entidades disminuyan el número de demandas y condenas en su contra, en contraste con la reducción o aumento de su presupuesto de funcionamiento en forma proporcional (Velandia, 2015).

La defensa del Estado debe ir más allá de la asistencia y defensa judicial, las consecuencias y actuaciones de las entidades públicas deben enfocarse en la consolidación de mecanismos para evitar la existencia de hechos constitutivos de daños, dado que puede presentarse en una entidad una violación constante y sistemática de los derechos de los ciudadanos, de la cual ya existan condenas, situación que debe ser controlada y erradicada en la entidad, además, el control posterior y establecimiento de responsabilidades sean una

situación directamente proporcional a las condenas que surjan.

En la defensa del Estado se deben fortalecer muchos elementos tanto de la actividad administrativa de las entidades públicas, como los mecanismos de capacitación, prevención, vigilancia y control de las actuaciones de los diferentes funcionarios, todo lo anterior es el punto de partida para generar una confianza tanto en la propia entidad como frente a los administrados, es decir, tener legitimidad respecto de la labor realizada en la entidad.

Adicionalmente, se debe articular los procesos de asesoría y representación judicial, dado que en muchas entidades públicas no hay funcionarios que tengan la vinculación laboral permanente, se ha dejado esa actividad a contratistas lo que genera falta de continuidad de los procesos, por eso, es importante que un funcionario en provisionalidad o de planta tenga esta actividad, pues será esta persona quien pueda tener todas las herramientas y conocimiento del caso para su adecuada representación judicial. Así mismo, se debe ejecutar de forma concreta los mecanismos de repetición contra los funcionarios, es más debería generarse una investigación a los funcionarios que no cumplan con este deber funcional, pues la tradición y experiencia muestra que este tipo de figuras no se usa por las entidades, siendo la excepción encontrar acciones de repeticiones contra los responsables de las condenas.

Por último, existe una situación bastante particular en las diferentes entidades, como se ha mencionado, el nuevo gobierno llega con su personal de confianza, eso ha generado que quienes en su ejercicio profesional, en su momento demandaron la entidad pública por diferentes situaciones, con la condena del caso, posteriormente tengan el asesoramiento del pago y cumplimiento de esos fallos judiciales, punto que se deja como situación de sorpresa por el manejo que se da en las actuaciones del Estado.

3. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO

En Colombia se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio de la Ley 1444 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, que como es una entidad descentralizada del orden nacional, posee personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio, con el objetivo principal de la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, como también la defensa y protección efectiva de los intereses del Estado en todas las actuaciones judiciales de las entidades públicas, para efectos de lograr la reducción de la responsabilidad patrimonial y su incidencia presupuestal, entre otras funciones enmarcadas en el respeto de los derechos fundamentales (L. 1444/2011. Art. 05).

En el proceso de organización administrativa, entre los cambios el más relevante para los intereses del Estado fue la creación de la anterior entidad especial, dada la necesidad de un organismo enfocado a la vigilancia y protección del Estado en asuntos de carácter judicial. La Agencia fue reglamentada por medio del Decreto 4085 de 2011, donde se estableció como su objetivo el de:

Artículo 03°. Alcance de la Defensa Jurídica del Estado. Para efectos del presente decreto, entiéndase la defensa jurídica de la Nación como el conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del Estado y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público.

La defensa jurídica de la Nación comprende todas las actividades relacionadas con: (i) la identificación y prevención de conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas y del daño antijurídico generador de

responsabilidad patrimonial para el Estado; (ii) la administración, control y procesamiento de la información relativa a la Defensa Jurídica del Estado; (iii) la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos; (iv) la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir; (v) la definición de estándares para la defensa judicial de las entidades públicas; (vi) la evaluación de los resultados de la defensa jurídica del Estado y del cumplimiento de sentencias y conciliaciones, y (vii) la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición. (D. 4085/2011, Art. 03)

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tiene como finalidad la prevención del daño antijurídico y defender y proteger los intereses litigiosos de la Nación, en procesos donde esté implicada una entidad de la administración pública o se vea inmersa la conducta de un servidor público o un acto proferido por una autoridad del orden nacional (ANDJE, 2015b), además, la agencia desarrollará políticas, aunado la actividad de coordinar la defensa y ejercer la representación de los intereses litigiosos de la Nación de manera general, permitiendo continuidad en los procesos judiciales y minimizándolos. Así mismo, la Agencia debe expedir protocolos y lineamientos dirigidos a objetivos específicos con la característica de que estos deben ser observados para las entidades públicas del orden nacional y para los profesionales del derecho encargados de las actividades de representación de la entidad.

Adicionalmente, se debe mencionar que existen tres frentes de acción de la Agencia, que corresponden a la estructura de un sistema único de información de procesos, la defensa jurídica de los intereses del estado, la formulación de políticas y la elaboración de estrategias para la prevención del daño, para actuar, intervenir y defender al Estado, generando una adecuada administración de lo público en el marco de la eficiencia, austeridad y resultados (Urrego, 2015), en todas las actuaciones

del Estado, de tal manera que las facultades otorgadas a la entidad tienen un gran margen para abordar cualquier asunto que considere oportuno y necesario para lograr proteger los derechos del Estado y de las personas, dado que se busca disminuir en gran medida la carga pecuniaria por las decisiones judiciales.

Ahora, se debe mencionar que entre las funciones de la agencia está la de asesorar los procesos de defensa judicial de los Municipios de cuarta, quinta y sexta categoría; conforme a la reglamentación expedida, para efectos de la fijación de los parámetros y procedimientos que permitan a los municipios acceder a dicha asesoría (L. 1551/2012, Art. 46), dada las condiciones y necesidades propias de cada entidad territorial, aunado la actividad de asesoría a las demás entidades públicas del orden nacional. La actividad de la Agencia conlleva un trabajo mancomunado con las entidades públicas, pues cada entidad tiene la obligación de tener a su cargo el personal adecuado para su representación, en razón que la Agencia actúa como acompañante y asesor de los procesos judiciales, más no asume la titularidad directa del trámite, sin negar que puede hacerlo en los casos que lo considere pertinente. Lo anterior tiene serias complicaciones, en razón que en Colombia existen 1.102 municipios, de los cuales 1038 son de cuarta, quinta y sexta categoría (Contaduría General de la Nación, 2018), situación que genera un gran problema de cobertura a todo el país; en la práctica se observa que la Agencia sólo se hace participe en los procesos de relevancia para el Estado y que pueda generar un impacto fiscal considerable, pues lograr la asesoría a todos los municipios se torna difícil, por ello, la entidad clasifica y selecciona los trámites administrativos y judiciales para efectos de hacerse participe por razones de pertinencia e incidencia en el debate jurídico como implicaciones fiscales.

Adicionalmente la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, estableció que:

Artículo 610. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, podrá actuar en cualquier estado del proceso, en los siguientes eventos:

1. Como interviniente, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado.
2. Como apoderada judicial de entidades públicas, facultada, incluso, para demandar.

(L. 1564/2012, Art. 610).

Las diferentes regulaciones establecidas por el legislador y gobierno, han dado diferentes facultades a la Agencia, que se generan difíciles de lograr en razón a la cantidad de actividades y actores involucrados, pues, además de todo el acompañamiento y/o asesoría a los municipios que establece la norma, también tendrá competencia para las entidades de cualquier orden, pero no sólo eso, ante cualquier proceso ya sea administrativo o judicial que genere graves consecuencias al patrimonio e intereses del Estado.

La Agencia en Colombia está encargada de asumir todas las demandas, requerimientos y disputas internacionales, donde este de por medio el Estado colombiano. Las tareas del Estado están inmersas en los fines y funciones constitucionales, pero se debe contener los hechos que reproducen las reclamaciones de las que es sujeto, dado que afectan la esfera de las instituciones públicas y provocan las demandas en contra del Estado (Gutiérrez, 2014), es decir, un acompañamiento preventivo del daño generador de condena.

Por otra parte, se debe abordar, que la Agencia considera la política de prevención de daño antijurídico del Estado, como una necesidad de los

comités de conciliación en la instancia administrativa, para que estudie, analice y formule políticas sobre prevención del daño antijurídico, de lo cual, la Agencia diseñó un Manual de aplicación obligatoria, donde se adopta la metodología a las entidades para que formulen, apliquen y hagan seguimiento a sus políticas de prevención del daño antijurídico (ANDJE, 2015a).

La defensa patrimonial del Estado en Colombia tiene como foco las demandas y exigencias que afectan la capacidad presupuestal, por ello, la agencia responde precisamente al interés de desplegar una estructura institucional para poner sus actuaciones a la vista en materia jurídica. Pues se trata de entrar a defender de manera adecuada los fines y funciones del Estado, para que en el marco de las propias acciones que genera la entidad no se presenten episodios de faltas u omisiones por la vía jurídica (Gutiérrez, 2014).

Respecto de la eficiencia y oportunidad de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se debe considerar que su actividad no es la adecuada ni cumple su finalidad:

(...) es necesario mencionar que la ANDJE, no supe las funciones que cumplen cada una de las entidades estatales que actualmente tienen una representación judicial del Estado: “(...) Las referidas funciones en cabeza de la Agencia, no sustituyen ni derogan las competencias que en primera instancia, cada entidad y organismo del nivel nacional tienen en relación con la representación judicial del Estado y que se concretan en sus respectivos representantes legales, las oficinas jurídicas, los apoderados y los comités de conciliación. (Salas, 2015, p. 8)

Aunado lo anterior, la carga que posee la entidad pública es mucha en razón a las entidades públicas por brindar asesoraría, además, el Código General del Proceso da facultades a la Agencia para que intervenga en los diferentes procesos donde considere

necesario defender los intereses patrimoniales del Estado, sin importar la jurisdicción o proceso, que si bien es una posibilidad a la hora de intervenir será una carga adicional.

Otro punto importante para tratar es la centralización de los funcionarios encargados de la representación judicial, si bien, el foco de los procesos judiciales más importantes está en la capital del País, también es cierto que varios asuntos de relevancia institucional se han presentado en otros lugares, pero eso es un punto que permite muchas situaciones a favor y en contra, lo importante es que se logre un proceso efectivo en el acompañamiento con los municipios distantes.

Por último, otra crítica que se hace es que los lineamientos de la Agencia es los documentos especializados proferidos por la entidad no tienen carácter obligatorio frente a las entidades estatales (Salas, 2015), situación altera un poco la dinámica del comportamiento y adhesión de las demás entidades, permitiendo la libertad de la estrategia y direccionamiento judicial,

CONCLUSIONES

El Estado en su papel garante de los derechos de cada persona se ve inmerso en la constante posibilidad de verse inmerso en una posible afectación de los derechos de otra persona, dadas muchas situaciones generadoras del daño, donde la entidad pública por prestar un servicio público puede generar un perjuicio a un tercero o, en los casos donde el Estado tiene el deber funcional y obligación legal de realizar determinada actividad, pero por su descuido generó afectaciones de derechos.

El origen jurídico de las reparaciones está inmersa en la figura jurídica de la responsabilidad del estado establecida en el Artículo 90, pero más que la consolidación del daño, son otros factores los que pudieron causar las diferentes condenas, como ocurre en los errores en la defensa judicial los profesionales encargados de dicha actividad, además de una falta de continuidad por parte de los encargados de la representación judicial, dado que no es un secreto que la asesoría y defensa judicial en las entidades públicas varía conforme a la

llegada de nuevas administraciones y ello genera un nuevo gabinete.

Ahora, la defensa del Estado debe tener mayor incidencia, en su asistencia y asesoramiento, dado que las medidas de representación no debe ser solo ante el trámite judicial, por lo contrario, necesita un elemento previo y posterior, es decir, el primero como medio de prevención de los daños ya reconocidos, para efectos no incurrir en ellos y erradicarlos de forma directa y, el segundo, consiste en la recuperación de los dineros cancelados por la condena impuesta, siendo indispensable el inicio de los mecanismos de repetición contra los funcionarios responsables de la sanción económica, de la cual el Estado no debió asumir, de tal manera que se pueda obtener la reparación pecuniaria cancelada. Por lo anterior, se debe fortalecer los procesos de sanciones contra los funcionarios responsables y evitar una desviación considerable de los recursos públicos.

Por último, se debe mencionar que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, no cuenta con todos los mecanismos e infraestructura para abordar la asesoría y asistencia judicial a todas las entidades en las cuales tiene el deber de acompañar, dado que las entidades públicas constituyen un gran número respecto de las entidades territoriales y de los diferentes órdenes de la estructura del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-. (2015a). *Circular Externa 11/2014*. Bogotá: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- II. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-. (2015b). *Manual para la*

- defensa jurídica del estado en el proceso constitucional de tutela.* Bogotá: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla13_25021_5.pdf
- III. Alvarado B. R. (2012). *Defensa judicial del Estado: Elementos para su construcción (Colombia 1.991-2.011)*. Universidad Libre, Bogotá, Colombia.
- IV. Alviar, H., López, D., y Rodriguez, C. (2017). *¿Justicia Mediante Litigio? Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*. Centro DJS. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_40.pdf
- V. Bolaños, E. (2015). La defensa jurídica del estado. *administración pública & control*, 23, 51-56.
- VI. Burbano, M. J. (2013). *Defensa jurídica del estado colombiano en la actividad litigiosa: ¿Una estrategia de eficacia judicial o un presupuesto de garantía patrimonial?* Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
- VII. Contaduría General de la Nación. (2018). *Categorización de Municipios*. Bogotá: Contaduría General de la Nación.
- VIII. Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Documento Compes 3722*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- IX. Fajardo, A., y Guzman, C. (2010). El daño antijurídico del Estado y los medios alternativos de solución de conflictos-Estado del arte. *Civilizar*, 10(19), 43-64.
- X. Grafe, F. (2014). *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/%C2%BFes-efectiva-la-defensa-jur%C3%ADdica-del-Estado-Perspectivas-sobre-la-gesti%C3%B3n-del-riesgo-fiscal-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>

- XI. Guarín, C. (2015). *El sistema de defensa judicial del estado colombiano y su incidencia en la creciente litigiosidad*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- XII. Gutiérrez, J. (2014). Estructura reglamentaria de la agencia para la defensa jurídica y patrimonial del Estado en Colombia. *VIA IURIS*, 51-69.
- XIII. Hernández, M. (2013). *Defensa jurídica del estado colombiano en la actividad litigiosa: ¿Una estrategia de eficacia judicial o un presupuesto de garantía patrimonial?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- XIV. Herrán, O. (2013). El alcance de los principios de la administración de justicia frente a la descongestión judicial en Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16(32), 105-122.
- XV. Ministerio de Hacienda. (s.f.). *Informe de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública: Presentación*. https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-039711%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- XVI. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2012). *Obligaciones Contingentes: Metodologías del caso colombiano*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- XVII. Peláez, J. C. (2013). *Defensa jurídica pública de la Auditoría General de la República 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*. Bogotá: Auditoría General de la República.
- XVIII. Salas, C. (2015). *La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y sus lineamientos en materia de responsabilidad objetiva: La Privación injusta de la libertad y los accidentes de tránsito en vehículos oficiales*. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Tornos, J. (1987). La defensa en derecho del estado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(20), 263-269.
- XIX. Urrego, G. (2015). La defensa jurídica y patrimonial del Estado

colombiano: un reto institucional en el marco de la gubernamentalidad. *Ánfora*, 22(38), 61-83.

General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

- XX. Velandia, P. (2015). *Organización de un sistema de prevención jurídica de la responsabilidad del estado*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XXI. Colombia. Decreto 4085 de 2011, Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- XXII. L 1444/2011, Art. 05. 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.
- XXIII. L. 1551/2012, Art. 45. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
- XXIV. L. 1564/2012. Art. 610. Por medio de la cual se expide el Código