



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



Contenido

1. PRESCRIPCIONES GENERALES
2. SUBCAUSAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL
3. LINEAMIENTOS PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL
4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACIÓN TEMPRANA
5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



CIRCULAR EXTERNA

No. 09

Bogotá D.C., 11 de marzo de 2015

PARA: Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores, Gerentes, Jefes de Oficina Jurídica, Secretarios Generales, Secretarios de los Comités de Conciliación y Apoderados de las entidades públicas del orden nacional.

DE: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

ASUNTO: Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico en materia de contratación estatal y estrategias generales de defensa jurídica.

1. PRESCRIPCIONES GENERALES

1.1. Marco de competencias. La Ley 1444 de 2011 y el Decreto Ley 4085 de ese mismo año, que la desarrolla parcialmente, establecen las competencias generales y particulares de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, las cuales le permiten expedir lineamientos -con carácter vinculante para las entidades públicas del orden nacional y para sus abogados, según establece el inciso segundo, del numeral 2, del artículo 6 del Decreto Ley 4085 de 2011- referidos al ejercicio de las actividades que componen el ciclo de defensa jurídica del Estado.

Asimismo, de acuerdo con los objetivos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a esta le compete analizar las providencias judiciales y arbitrales y realizar estudios sobre las principales causas generadoras de litigios en contra del Estado.

1.2. En atención a sus propias competencias y teniendo en cuenta que el diseño y la ejecución de la contratación pública constituyen motivo frecuente de controversias y litigios contra entidades estatales del orden nacional, la Agencia estudió las

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



providencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, durante los años 2012 y 2013, en procesos adelantados contra entidades estatales del orden nacional por asuntos contractuales y enriquecimiento sin causa, y los laudos arbitrales de los mismos años, proferidos en procesos contractuales seguidos contra entidades nacionales ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de identificar las causas de los litigios de esa índole.

De acuerdo con los resultados de la investigación antes mencionada, el incumplimiento del contrato estatal constituye la mayor causa de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ante la justicia arbitral y, asimismo, es causa frecuente de las condenas más cuantiosas por la actividad contractual de las entidades estatales del orden nacional.

1.3. En consideración a que, según lo demuestran las conclusiones del estudio en mención, las entidades estatales desconocen, con relativa frecuencia, el principio general de derecho según el cual, las partes de un contrato válidamente celebrado están obligadas a ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna (arts. 1602 y ss. C.C.), la Agencia encuentra necesario insistir en el cumplimiento de los parámetros normativos que orientan la contratación estatal e instar a los servidores públicos que intervienen en la gestión de esta actividad a adoptar las correspondientes acciones de corrección y mejora.

2. SUBCAUSAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL

2.1. El incumplimiento del contrato estatal se concreta, principalmente, en las siguientes conductas antijurídicas:

2.1.1. Desatención de previsiones contractuales expresas. Las entidades estatales en reiteradas oportunidades se han abstenido de, o se han negado a, cumplir las estipulaciones de sus contratos, sin una razón que ante la jurisdicción justifique su comportamiento y las exima de toda responsabilidad.

En efecto, en los casos analizados se encontró que para los jueces y árbitros las entidades estatales no honran sus compromisos contractuales porque no se atienen a la letra de sus contratos. Así, se abstienen, por ejemplo, de pagar las obras, bienes o

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



obligaciones convenidas en los contratos, exigen trámites y requisitos no establecidos en aquellos y/o en los documentos que los conforman. Situaciones todas que configuran incumplimiento y por las cuales, en la medida en que la negativa a cumplir no esté precedida o justificada por una razón eximente de responsabilidad, como usualmente sucede, da lugar a condenas económicas en contra del Estado.

2.1.2. Interpretación incorrecta de las cláusulas contractuales. El incumplimiento del contrato estatal se deriva, en otros casos, de confusiones en el entendimiento de sus estipulaciones, por la falta de claridad y precisión de éstas o por la falta de correspondencia entre ellas mismas o entre ellas y el texto de los demás documentos que conforman el contrato o a los que este se remite expresa o tácitamente como, por ejemplo, el pliego de condiciones, el estudio previo, el anexo de especificaciones técnicas, entre otros. Este hecho impide la ejecución íntegra, efectiva u oportuna de las prestaciones que corresponde satisfacer a las partes del contrato y, por lo tanto, deriva, también, en el incumplimiento del pacto contractual y en las consecuentes condenas económicas en contra del Estado.

2.1.3. Violación del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato. El incumplimiento de los contratos estatales también se origina en la ausencia o deficiencia de los estudios y análisis previos que deben preceder la estructuración y celebración de aquéllos. Es decir, de la falta de planeación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad que se requiere satisfacer, a la estimación de los recursos presupuestales requeridos y disponibles para la financiación del contrato, a la verificación de que éste se ajusta al plan de compras de la entidad, a la comprobación de que los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos) son suficientes para la ejecución del contrato, a la adecuada valoración de los riesgos asociados al proceso de contratación y a la ejecución del respectivo contrato, a la confirmación de que la entidad cuenta con los permisos, licencias, predios, consultas, entre otros, cuando éstos se requieren, y a la comprobación de que el ente estatal tiene establecido el esquema para intervenir y controlar la ejecución del contrato.

La omisión de una adecuada y suficiente planeación y preparación del proceso de escogencia o selección del contratista y del correspondiente contrato se refleja en dificultades tales como la extensión o suspensión de los plazos de la licitación o concurso o su declaratoria de desierta y, las más de las veces, en la necesidad de variar el contrato para ajustarlo a la realidad de las cosas mediante modificaciones como la prórroga o suspensión de su plazo de ejecución, la supresión o adición de obras,

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



trabajos, suministros o servicios. Hechos estos que propician la oportunidad para que el contratista se sustraiga de su oferta y formule reclamaciones económicas por sobre costos originados en la extensión de los plazos contractuales, por ejemplo.

Cabe advertir que circunstancias fortuitas también pueden ocasionar suspensiones y extensiones del plazo del contrato y modificaciones de su alcance; sin embargo, en estos casos, tales variaciones del contrato no tienen la misma trascendencia desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

3. LINEAMIENTOS PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

3.1. El cumplimiento de los fines del Estado depende, en gran medida, de la cabal y oportuna ejecución de los contratos que sus entidades y agentes celebran para satisfacer necesidades colectivas y garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos que requieren los administrados. En este orden, la conducta de los servidores públicos que intervienen en la gestión contractual es determinante para el logro de los cometidos estatales y es por esta razón que la Agencia exhorta a la estricta y rigurosa observancia de la normatividad que regula la contratación administrativa y al cumplimiento de las reglas y postulados que presiden la administración de bienes ajenos y gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, tal como expresamente lo dispone el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

3.2. La prevalencia del interés público involucrado en la contratación administrativa impone deberes de conducta y comportamiento que los contratantes están obligados a acatar durante todas las etapas contractuales. En lo que se refiere a los organismos y agentes estatales, estos deberes se concretan en el cumplimiento de diferentes actuaciones, gestiones y actividades durante las etapas de preparación (precontractual), ejecución (contractual) y liquidación (pos contractual) del contrato.

Con la finalidad de asegurar resultados óptimos y evitar la improvisación en la gestión pública que, en la generalidad de los casos, acarrea gastos innecesarios, el legislador ha previsto que, desde antes de la celebración del contrato, los servidores públicos involucrados en la gestión contractual adelanten un ejercicio de planeación para identificar y dimensionar la necesidad que se requiere satisfacer, así como las características y las condiciones técnicas, de costo y calidad de los bienes, obras o servicios que van a contratarse.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Entonces, sin importar la envergadura de la necesidad por satisfacer o del bien o servicio que se requiera para solventarla, es imprescindible e ineludible contar con estudios previos serios y completos que justifiquen la conveniencia y oportunidad de la contratación y definan con claridad las especificaciones y condiciones técnicas del bien o servicio que se requiere.

3.3. Adicionalmente, es indispensable verificar la existencia de recursos presupuestales suficientes para atender los compromisos económicos que demande el contrato y de los permisos y autorizaciones que, eventualmente, se requieran.

3.4. En esta fase contractual las entidades deben atender con especial diligencia la precisión, claridad y calidad de los documentos que integrarán el futuro contrato, en el sentido de cerciorarse de que contienen y transmiten, con exactitud, sus requerimientos y las estipulaciones que ellas están dispuestas a pactar y a cumplir y que, entre las distintas cláusulas y documentos que lo conformarán, existe la debida correspondencia y univocidad.

Los documentos que conforman el contrato deben regular, completa y suficientemente, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que aquel habrá de ejecutarse. En la medida de lo posible, el conjunto de sus estipulaciones y cláusulas debe ser auto contentivo y auto suficiente para regular la relaciones de las partes y las eventuales situaciones que puedan presentarse en el curso de su ejecución y liquidación o, en su defecto, prever procedimientos y/o mecanismos que permitan solucionar las contingencias que puedan afectar su desarrollo. En todo caso, constituye una buena práctica establecer, desde la fase de planeación del contrato, el modo en que procederán los contratantes para salvar los vacíos u omisiones de sus estipulaciones.

3.5. Con el fin de mitigar el riesgo de incurrir en ambigüedades que propicien diferentes modos de entender e interpretar el contrato, es aconsejable: i) organizar sus estipulaciones y documentos de modo lógico, cronológico y/o por materias; ii) agotar el tema de una condición en una misma cláusula, con el objeto de no fragmentarla, dispersarla ni repetirla, parcial o totalmente, en diferentes contextos; iii) incorporar glosarios con la definición de palabras o términos que tengan significado especial o técnico y usar siempre estas mismas palabras y términos para referirse a una misma cosa; iv) establecer el orden de prelación o la jerarquía de los documentos que conforman el contrato; v) verificar que las minutas, pro formas y/o formularios, que se utilicen para hacer constar el contrato y/o sus anexos por escrito, guarden la debida

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



correspondencia y concordancia con el tipo de negocio jurídico que pretende celebrarse y coincidan entre ellos mismos y con los demás documentos del contrato; y vi) utilizar un lenguaje sencillo, coherente y claro.

3.6. Durante la ejecución del contrato, a las entidades estatales les corresponde, de conformidad con las disposiciones de los artículos 4, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993, ejercer la dirección, control y vigilancia del cumplimiento de las prestaciones derivadas de aquél, facultades que se les confiaron en razón de la relevancia del interés colectivo involucrado en los contratos estatales y con el exclusivo propósito de asegurar la realización de los cometidos del Estado implícitos en todas sus negociaciones.

La dirección y control de los contratos comporta la potestad de definir y adoptar las decisiones necesarias para evitar su afectación o paralización. La vigilancia, en cambio, implica, por una parte, el seguimiento al desarrollo o ejecución del contrato, para verificar que se lleve a cabo de acuerdo con las especificaciones y condiciones convenidas, y, por otra, conlleva la competencia para formular orientaciones, impartir instrucciones u órdenes y, en fin, coordinar la ejecución del contrato mediante la gestión de asuntos de distinta índole: operativa, administrativa, técnica, contable, financiera y legal, cuya extensión depende de la naturaleza y complejidad de las prestaciones a cargo del contratista.

Así, está claro que la dirección y control del contrato y la vigilancia de este mismo son atribuciones distintas aunque tienen la misma finalidad. Por lo tanto, deben ejercerse conforme a los roles específicos y las funciones que la ley o el reglamento asigna a cada servidor público en particular.

3.6.1. La vigilancia exige conocimiento de la materia propia del contrato, experticia en la ejecución de actividades similares a las que constituyen el objeto del negocio y disponibilidad para ocuparse, permanentemente, de los trámites y diligencias necesarios para impulsar su ejecución. En consecuencia, es imprescindible que la intervención y constante supervisión del desarrollo del trabajo objeto del contrato la ejerzan funcionarios y/o contratistas que tengan suficiente idoneidad técnica para constatar el cumplimiento de las condiciones convenidas y disponibilidad para dispensarle la atención que requiera.

La cercanía con las actividades del contrato, el conocimiento especializado y la experticia, así como razones de economía y celeridad, habilitan a sus interventores y/o supervisores a impartir orientaciones e instrucciones, conceder autorizaciones y, en fin,

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



tramitar asuntos de rutina o de naturaleza técnica que no incidan ni afecten la relación contractual propiamente dicha. Sin embargo, estas atribuciones no incluyen la facultad de adoptar decisiones que introduzcan modificaciones a la relación jurídica y afecten la relación contractual, prerrogativa que es privativa de los jefes o representantes legales de las entidades del Estado o de sus delegados, en caso de que aquel transfiera, mediante este mecanismo legal, las funciones de dirección y control del contrato a otro funcionario.

3.6.2. En efecto, las disposiciones del numeral 5º, artículo 26, de la Ley 80 de 1993, asignan a los representantes de las entidades la responsabilidad de dirigir la actividad contractual; es decir que, en general, a ellos les corresponde impartir instrucciones y reglas para el manejo de aquella, orientarla, conducirla, verificar la cumplida ejecución de sus directrices, ejercer la facultad de expedir los actos administrativos mediante los cuales se concretan las potestades contractuales excepcionales que tiene la administración pública y adoptar medidas sancionatorias y/o que impliquen cambios, por mínimos que sean, de las estipulaciones inicialmente convenidas.

En este orden de ideas, se entiende que los representantes legales de las entidades del Estado ejercen el control integral de la actividad contractual soportados en los conceptos y dictámenes periódicos o extraordinarios que deben rendirles los funcionarios y/o contratistas a quienes corresponde intervenir en cada una de las etapas del contrato. Así, pues, quienes tienen inmediatez con el proceso de contratación y con el contrato mismo están obligados a rendir informe de sus actividades, del estado de los asuntos a su cargo y a reportar sus hallazgos de orden técnico, jurídico, administrativo u operativo al jefe de la entidad o a su delegado y son responsables por la veracidad y consistencia de la información que reporten, en tanto que quienes ejerzan el control de los procesos contractuales son los llamados a adoptar, oportunamente y con base en los avisos que les comuniquen los primeros -a menos que tales informes ofrezcan serios motivos de duda-, las medidas y correctivos pertinentes para garantizar la cumplida ejecución de la actividad contractual estatal.

3.6.3. Por otra parte, la responsabilidad de velar porque los contratos se ejecuten en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas, comporta, además de la verificación de que el contratista cumpla las prestaciones que le corresponden, impedir, mediante acciones comprobables y ajustadas a derecho, que este ejecute obras, trabajos o servicios que no estén expresamente previstos en el contrato.



3.6.4. La responsabilidad de vigilar la ejecución del contrato también impone a los agentes del Estado la obligación de comprobar que la entidad pública satisface oportuna y efectivamente sus propias obligaciones y atiende las necesidades del contrato, en la forma y tiempo requeridos y convenidos en aquél. Por lo general, los contratos aparejan compromisos recíprocos para las partes, así que las entidades también asumen compromisos vinculantes y, en muchos casos, correlativos a los que tiene el contratista, de modo que el incumplimiento de aquellas afecta, de una u otra forma, el normal desarrollo del contrato y la satisfacción de los intereses colectivos.

Es principio general de derecho y del trato común entre las personas que los contratos válidamente celebrados deben cumplirse y, en consecuencia, que las partes deben estar dispuestas a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente. Exigir al contratista que cumpla sus obligaciones pero negarse o abstenerse de cumplir las que le corresponden a la entidad constituye una conducta abusiva que, en más de una de las providencias estudiadas, acarrió las más duras críticas de los jueces y de los árbitros.

3.7. En los casos que ordena la ley o cuando así lo hubieren convenido las partes, los servidores públicos y/o contratistas encargados de su intervención, vigilancia y/o supervisión deben disponer, en cuanto concluya el plazo de ejecución del contrato, sin ninguna dilación, todo lo necesario para liquidarlo. El Estatuto de Contratación Administrativa -Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos- si bien establece pautas generales en relación con el contenido del acta de liquidación y el plazo para firmarla, cuando las partes no han convenido nada al respecto, no fija un procedimiento para el cierre del contrato, permitiéndole a aquellas acordar las actividades y trámites que estimen necesarios para finiquitarlo.

3.7.1. En este orden de ideas, resulta de suma importancia que las entidades establezcan protocolos y formatos para orientar las actuaciones de esta etapa, las cuales deben dirigirse a: i) valorar y verificar la calidad y conformidad del producto contratado con respecto a las de las especificaciones convenidas, y ii) a cuantificar las prestaciones ejecutadas por ambas partes.

3.7.2. Asimismo, es de máxima utilidad que los encargados de la vigilancia del contrato rindan informe escrito o levanten acta en la que sienten constancia, el mismo día del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, sobre el estado final de su objeto, reportando, principalmente, si hubo ejecución total o parcial y si el conjunto del producto o alguna de sus partes presenta defectos o deterioro.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



4. LINEAMIENTOS PARA LA CONCILIACIÓN TEMPRANA

4.1. La conciliación no es un simple trámite formal carente de propósito sino una oportunidad legal para que las partes de un conflicto puedan solucionarlo mediante sus propias propuestas de arreglo. Las controversias contractuales también pueden dirimirse mediante este mecanismo que les permite a las entidades del Estado construir fórmulas para resolver las diferencias con sus contratistas. Por lo tanto, es imperativo que analicen cada asunto en particular para que puedan decidir, razonadamente, cuando procede aceptar o proponer una solución conciliatoria y precaver un posible litigio. Esta es precisamente la finalidad de las disposiciones del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, norma que torna obligatoria la conciliación extrajudicial, toda vez que dispone tramitarla como requisito de procedibilidad de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entonces, sin perjuicio de las funciones del comité de conciliación, las entidades públicas deben organizar procedimientos y disponer una metodología para la evaluación y estudio de las solicitudes de conciliación por causa de su actividad contractual.

4.2. Cuando la entidad deba comparecer a un trámite conciliatorio para solucionar diferencias derivadas de un contrato, es necesario que verifique: i) que no haya operado la caducidad de la acción que pretenda interponer el interesado; ii) si la acción estuviere vigente, en los términos de las disposiciones del literal j), del numeral 2, del artículo 164, del CPACA, debe surtirse el análisis que sea necesario para establecer, con el material probatorio que aporte el convocante y/o con la evidencia que sobre el contrato obre en la entidad o esta pueda recaudar, la ocurrencia del supuesto fáctico en el cual se sustenten las pretensiones económicas del contratista y la influencia decisiva de estos hechos en la producción del daño cuya reparación se reclama.

4.3. Tratándose de situaciones relacionadas con el cumplimiento del contrato, y siempre que la entidad encuentre probado el fundamento fáctico de la respectiva solicitud de conciliación, debe proseguir el análisis del caso concreto, con el fin de establecer si los hechos tienen origen en el incumplimiento de obligaciones expresas asumidas por el ente estatal en virtud del respectivo contrato. Para este efecto, es indispensable confrontar las reclamaciones formuladas por el contratista en la solicitud de conciliación con las estipulaciones del contrato, entendiendo por estas el conjunto de los documentos que lo conforman.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



4.3.1. De acuerdo con las conclusiones del estudio citado en esta circular, la Agencia pudo establecer que en todos aquellos casos en los cuales las entidades estatales frustraron la cumplida ejecución del contrato por falta de planeamiento y/o se abstuvieron o negaron a cumplir previsiones contractuales expresas, sin que concurriera alguna eximente de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato), la responsabilidad patrimonial del Estado resultó comprometida. Así las cosas, cuando del examen o comparación de las cláusulas contractuales con las reclamaciones del contratista se deduzca que la causa de estas últimas la constituye la falta de diligencia y cuidado en prever con anticipación los recursos humanos, físicos, financieros, entre otros, para encarar la celebración y ejecución de un determinado contrato y/o la desatención de previsiones contractuales expresas, el comité de conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas en materia de cumplimiento contractual y proceder a conciliar en los casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

4.4. Cabe advertir que, si bien el acuerdo conciliatorio es una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, las fórmulas de arreglo deben sustentarse en pruebas y razonamientos que lo respalden y evidencien su conveniencia para los intereses patrimoniales de la Entidad. Por lo tanto, los acuerdos para conciliar las diferencias derivadas de la actividad contractual deben reunir ciertos requisitos fijados por reiterada jurisprudencia sobre este particular: i) la acción debe estar vigente; ii) deben fundamentarse en pruebas suficientes sobre el asunto materia de la conciliación; iii) no pueden ser lesivos para el patrimonio público ni contravenir el ordenamiento jurídico y (iv) las partes deben estar debidamente representadas, so pena de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo los impruebe, según sus propios lineamientos en la materia.

5. LINEAMIENTOS PARA LA DEFENSA JUDICIAL

5.1. Los estudios jurisprudenciales y empíricos realizados por la Agencia sirven de fundamento para exhortar a las entidades públicas a atender los siguientes lineamientos, para la defensa de los intereses del Estado en procesos derivados de su actividad contractual:

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



5.1.1. Constituir apoderados con experiencia en el litigio y, especialmente, en la materia del contrato objeto de la litis, es un factor que contribuye a la estructuración de una adecuada defensa del caso concreto.

La selección del apoderado requiere sustentarse en criterios objetivos, tales como su formación académica y experiencia profesional, que deben ser afines con la materia del litigio, pero, también, es necesario que consulte otros aspectos que redundan en una mejor atención del proceso como, por ejemplo, la inexistencia de conflictos de interés y la compatibilidad de las tesis jurídicas de la entidad con las de su futuro abogado, en lo que se refiere al asunto materia del respectivo proceso.

En todo caso, para la selección de apoderados procede tener en cuenta las disposiciones del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, según las cuales, los abogados contratados o vinculados por las entidades estatales no podrán litigar, en ningún caso, "contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones".

5.1.2. Abrir y mantener actualizado un expediente físico y digital de cada caso. Llevar y conservar el archivo de la información relevante y un registro sobre las actuaciones surtidas, los argumentos expuestos, la jurisprudencia consultada y lo acontecido durante cada intervención, facilitan el seguimiento del proceso. Además, en los eventos en que sea necesario sustituir un apoderado, permite que cada uno de los que asuman la representación de la entidad pueda acceder a una base de datos completa del proceso y tener una relación sobre los aspectos relevantes del debate jurídico que redundará en una gestión más eficiente.

5.1.3. Definir una estrategia de defensa de la entidad y conservarla a lo largo del proceso constituye una buena práctica que responde a criterios de alta calidad y eficiencia, como exige la protección del patrimonio público.

5.1.4. La contestación de la demanda debe estar precedida, en cada caso, del análisis de los presupuestos legales de la acción. El manejo adecuado de esta temática es determinante para oponerse a la demanda, como quiera que los errores de esta naturaleza pueden conducir a la terminación anticipada del proceso y no advertirlos a tiempo aboca a la entidad estatal a enfrentar innecesariamente un proceso judicial.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



Con frecuencia, las condiciones mínimas de procedibilidad de la acción contractual representan motivo de confusión, agravada por los cambios normativos como el introducido por la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, con el fin de evitar errores comunes, se recomienda el estudio permanente de la legislación aplicable a cada litigio, como también de la jurisprudencia relacionada con las materias procesales y sustanciales comprometidas en el debate; especialmente, temas como:

- El criterio prevalente para definir el juez competente,
- La legitimación en la causa (activa y pasiva),
- La forma de computar el término de caducidad cuando se demanda un acto precontractual, contractual o cuando, particularmente, el litigio está relacionado con un contrato estatal que no fue liquidado.

Asimismo, al contestar la demanda procede evaluar la pertinencia del llamamiento en garantía a los supervisores, interventores o cualquier otro tercero obligado a cumplir en caso de una condena, sin desestimar, ni desatender, el estudio y la formulación de las excepciones que resulten procedentes.

5.1.5. Contestar oportunamente la demanda, así como intervenir a tiempo en las actuaciones procesales que establece la ley para exponer los argumentos y las pruebas que tiene la Entidad en oposición a las pretensiones del demandante, son derechos de las entidades del Estado que no están sujetos a la libre disposición de los funcionarios a su servicio. Los servidores públicos en su condición de administradores de bienes ajenos, están obligados a ejercer los mecanismos previstos en la ley para que aquellas presenten sus argumentos y la justificación y prueba de sus actuaciones.

5.1.6. Contestar los hechos de la demanda con fórmulas generalizadas y/o evasivas como “es cierto”, “no es cierto”, “no me consta”, “que se pruebe”, “me atenderé a lo que se pruebe en el proceso”, sin ninguna otra fundamentación, resulta altamente inconveniente porque, en la medida en que no están fundadas en razones, documentos o pruebas, son respuestas ambiguas e incompletas.

Es aconsejable un análisis detallado sobre cada uno de los fundamentos fácticos de la demanda, en relación con los cuales la entidad debe formular su oposición o manifestación de acuerdo. Se recomienda aclarar los hechos que presenten dudas, completar aquellos que están sesgados e incluir aquellos que consideren necesarios

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



para establecer la realidad contractual. Asimismo, la entidad debe aportar o solicitar las pruebas que sustenten sus propias afirmaciones sobre el sustento fáctico de la demanda.

5.1.7. El estudio de las piezas del proceso es fundamental para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Si la participación en el proceso no está articulada con una intervención coherente, seria y razonada, sustentada en el análisis del caso, las pruebas y jurisprudencia reiterada en casos similares, la defensa se torna en aparente y puramente formal, sin vocación para prosperar.

5.1.8. Presentar en los alegatos de conclusión una evaluación del desarrollo del proceso y evidenciar o resaltar los factores o elementos que impidan una decisión favorable a los intereses del demandante, en particular, los fundamentos fácticos o jurídicos no demostrados con la prueba recaudada y obrante en el proceso.

5.1.9. La interposición de los recursos que posibilitan la revisión de las decisiones judiciales no puede responder a una decisión automática y mecánica, sino que debe obedecer a una evaluación ponderada y sensata del caso particular, con el fin de evitar desaciertos que hagan más gravosa la situación de la entidad como, por ejemplo, apelar la sentencia de primera instancia contraria a los intereses estatales, a pesar de que en el proceso obren pruebas claras de su responsabilidad y de que no se aporten elementos adicionales para contradecirlas; caso en el cual el monto de la condena puede aumentar debido al incremento de los correspondientes intereses moratorios.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO
Directora General

Revisó:
Proyectó:

Diana Fajardo Rivera
Evelyn Julio Estrada