



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

1

Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico

Marzo de 2013

Documentos Especializados

*de la Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del Estado*



Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

www.defensajuridica.gov.co

Dirección General

Adriana María Guillén Arango

Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica

Martha Lucia Rivera

Equipo técnico

Investigador principal: Juan Carlos Garay

Asistente de investigación: Diana Cardozo

Diseño y diagramación

Miguel Olaya

Impreso por

Giro-Graphos Ltda.

1ª Edición

© Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Calle 70 n.º 4-60, Bogotá, D.C.

Teléfono: 255 8955

ISSN: 2339-417X



Contenido

- 5 Presentación
- 7 Introducción
- 8 Competencia de los comités de conciliación en materia de prevención del daño antijurídico
- 9 El litigio en nombre de entidades estatales: precedentes a nombre del interés público
- 12 La necesidad de una estrategia de prevención del daño antijurídico
- 13 La política de prevención del daño antijurídico como responsabilidad de cada entidad pública
- 14 La política de prevención del daño antijurídico como herramienta de administración pública
- 20 Recomendaciones para la formulación de política de prevención del daño antijurídico
- 21 Notas
- 21 Referencias



Presentación

El objetivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es reducir las condenas impuestas al Estado por los organismos judiciales mediante políticas públicas que reduzcan la incidencia del daño antijurídico y estrategias que mejoren la defensa judicial de las entidades que conforman el Estado colombiano. Con esa meta de actuación, la Agencia pretende utilizar el conocimiento interdisciplinario a su disposición en áreas de Derecho, Economía y Administración Pública a fin de que sus intervenciones obtengan el mayor impacto posible. Como manifestación de ese compromiso, la idea rectora de la Agencia es que sus intervenciones se sustenten en un riguroso uso de la evidencia estadística y cualitativa con la que cuenta para que la defensa jurídica del Estado sea técnica y de calidad.

En tal sentido, y con el espíritu de apoyar una investigación del más alto nivel académico, la Agencia se complace en presentar la serie de **Documentos Especializados**, mediante la cual formalizará los resultados de las investigaciones que fundamentan sus intervenciones en políticas públicas.

Los **Documentos Especializados** de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado constituyen una herramienta de divulgación y aprendizaje que permite que las ideas, lecciones y conocimiento que es adquirido por las Direcciones de la Agencia, sea transmitido a los lectores. Esa herramienta permite que los sustentos teóricos y empíricos de las investigaciones que



adelantamos sea explícito y sus supuestos hagan parte del discurso y de las prácticas públicas para construir una defensa jurídica del Estado participativa y efectiva.

Como primer número de la serie **Documentos Especializados** se ha escogido la publicación de la “Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico”. En esta guía, la Dirección de Políticas y Estrategias de la Agencia expone las razones por las cuales cada entidad debe formular una política propia y única de prevención del daño, y cómo esa política es un elemento importante para la administración pública, con la capacidad de mejorar los procesos internos de las entidades, que de ser aplicada podría mejorar la eficiencia y eficacia del sector público.

El lector cuenta con un documento que la Agencia espera que se convierta en herramienta para mejorar la administración pública colombiana.

Adriana Guillén Arango
Directora

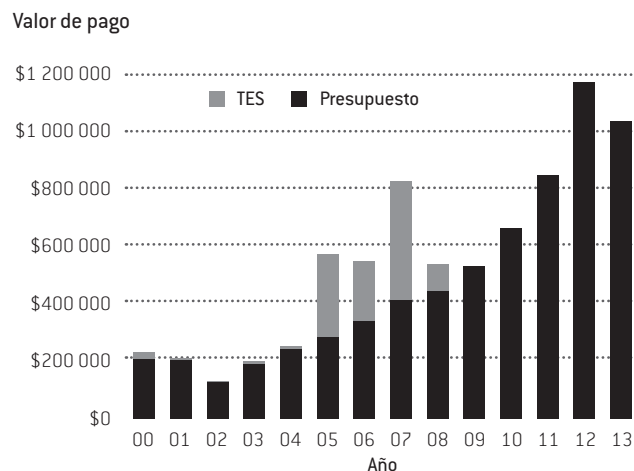


Introducción

Uno de los principales riesgos para la sostenibilidad de las finanzas públicas del país es la imposición de condenas por parte de la jurisdicción contenciosa como consecuencia de las actuaciones generadoras de daño antijurídico. Las erogaciones por sentencias y conciliaciones continúan con una tendencia creciente y exponencial. En 2012 el valor de las condenas se incrementó en un 39%. Estas erogaciones en los últimos once años han crecido 432% —de \$219 000 millones en 2000 a \$1 165 347 millones en 2012—. Para 2013, en el presupuesto se apropiaron \$1 029 431 millones por tal concepto (ver figura 1).

Con el fin de detener esa tendencia de mayores pagos por condenas judiciales, el párrafo del artículo 5 de la Ley 1444 de 2011 autorizó la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En ejercicio de esa facultad, el Gobierno

Figura 1. Pagos de sentencias y conciliaciones en millones de pesos constantes de diciembre de 2012



Fuente: Subdirección de Análisis y Consolidación Presupuestal de la Dirección General de Presupuesto Nacional y Subdirección de Financiamiento Interno de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional. Nota: La cifra del 2013 corresponde a la apropiación para este año.

Nacional expidió el Decreto 4085 de 2011. El artículo 6 de este Decreto dispone que es función de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “[f]ormular, aplicar, evaluar y difundir las políticas

La Dirección de Políticas y Estrategias considera que las sistemáticas condenas contra del Estado son un síntoma de problemas administrativos de las entidades

públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos”.

A su vez, dentro de la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se creó la Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica, que tienen como una de sus funciones, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 18, “[p]ropo-
ner, implementar y hacer seguimiento a la política pública de prevención del daño, las conductas y los actos antijurídicos”.

En ejercicio de esa función se formula el presente documento, que contiene mecanismos para proponer política preventiva del daño antijurídico en las entidades públicas.

La Dirección de Políticas y Estrategias considera que las sistemáticas condenas contra del Estado son un síntoma de problemas administrativos de las entidades, que no se adaptaron al contexto de la Constitución Política de 1991, específicamente al aumento de garantías de los administrados, lo cual demandaba un correlativo aumento de la eficiencia y eficacia de la administración pública. Para prevenir la ocurrencia de actos, hechos y decisiones que generan daño an-

tijurídico y de condenas, la política de prevención debe comenzar mejorando los procesos de toma de decisiones estatales y la identificación de las causas generadoras de perjuicios a los particulares.

Así mismo, la Dirección de Políticas y Estrategias considera que no es conveniente un control centralizado de la actividad pública en materia de generación de políticas (Hayek 1945). Por el contrario, corresponde a cada entidad, utilizando su conocimiento en relación con el funcionamiento, contexto y restricciones que enmarcan su respectiva actividad, diseñar su propia política de prevención. Esa conclusión se encuentra respaldada en el ordenamiento jurídico, por cuanto el Decreto 1716 de 2009 ordena que cada comité de conciliación formule políticas sobre prevención de daño antijurídico.

En este contexto, la Dirección de Políticas y Estrategias presenta a continuación una guía general para que cada comité cuente con las herramientas que le permitan generar su propia política de prevención, de manera estandarizada y comparable, para realizar seguimiento a su propia actividad administrativa.

Competencia de los comités de conciliación en materia de prevención del daño antijurídico

El Decreto 1716 de 2009 (“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el



artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”) determina en su artículo 16 que:

El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y **formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico** y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

Parágrafo único. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto. (Resaltado fuera de texto.)

De acuerdo con esta disposición reglamentaria, en cada entidad existe un órgano de coordinación interno con la función expresa de actuar como sede de formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico.

Esta política de prevención consiste en el uso consciente y sistemático de los recursos a cargo de la entidad a través de mandatos y sobre prioridades de gasto¹ relacionadas con la reducción de eventos de daño antijurídico. De esta manera, el comité de conciliación es la instancia que debe adoptar las decisiones relacionadas con la manera en que la entidad asume los eventuales litigios en su contra².

El litigio en nombre de entidades estatales: precedentes a nombre del interés público

Un aspecto importante del litigio en nombre y representación de las entidades estatales es que lo defendido son decisiones y actuaciones relacionadas con la actividad de generación e implementación de políticas públicas³. Debe recordarse que las políticas públicas son el uso consciente y sistemático de recursos públicos a través de decisiones legales, administrativas, regulatorias y sobre prioridades de gasto relacionadas con un tema específico que se pretende solucionar. Cuando el

Lo defendido en nombre y representación de las entidades estatales son decisiones y actuaciones relacionadas con la actividad de generación e implementación de políticas públicas



Estado actúa, debería hacerlo en desarrollo de una decisión consciente y sistemática dispuesta para resolver un problema en el ámbito de sus competencias legalmente otorgadas⁴. La defensa jurídica del Estado no se da en un contexto aislado de las demás actividades de una autoridad administrativa. El hecho, acto, operación o decisión que da origen a un litigio proviene de una serie de actividades anteriores que se enmarcan dentro de las políticas públicas a cargo de una entidad pública.

Uno de los aspectos importantes del proceso de implementación de las políticas públicas a cargo de las autoridades administrativas en un Estado Social de Derecho es que sus actuaciones y actividades están sujetas al control de legalidad de sus actos por la jurisdicción⁵. En este sentido es importante considerar que el control judicial de las actuaciones de la administración pública es un mecanismo institucional que está dispuesto para evitar su arbitrariedad y también tiene como objetivo controlar que las decisiones del Gobierno estén alineadas con los objetivos de política y los procedimientos de la actuación administrativa en ellos contenidos, dispuestos por la Constitución Política y en la legislación (McCubbins, Noll y Weingast 1987). En efecto, las decisiones judiciales pueden alterar fundamental y sustancialmente las decisiones de la administración. La perspectiva de comprender el litigio administrativo como un elemento adicional y esencial del ciclo de la polí-

tica pública, encaminado a controlar el contenido sustancial de la actividad administrativa, permite entender la importancia estratégica del litigio para la entidad pública.

Bajo esta perspectiva debe considerarse que las decisiones administrativas tienen la capacidad de afectar la distribución de beneficios y de las cargas públicas; es decir, las decisiones estatales determinan los recursos disponibles para los particulares. La característica esencial del Estado es su poder de constreñir, capacidad que es utilizada para tomar decisiones sobre la distribución de los beneficios de los cuales los administrados pueden disfrutar y de las cargas que los particulares deben soportar (Stigler 1971). Así, la administración pública, al ejercer sus funciones legalmente conferidas, está tomando decisiones generales y concretas que afectan el uso de recursos públicos o que están imponiendo una carga a los administrados. La facultad constitucional de controlar la actividad administrativa⁶, otorgada a los jueces, no solo les permite cuestionar las decisiones y actuaciones del Gobierno sino que también convierte a la jurisdicción en un foro en que se desarrolla la competencia por obtener recursos del Estado y evitar las cargas públicas.

La competencia por recursos públicos que se lleva a cabo en la jurisdicción, se realiza bajo unas reglas institucionales especiales que delimitan las posibilidades de actuación de los actores que en



ella participan. Esas reglas institucionales son los procedimientos dispuestos por el legislador para el trámite de las acciones judiciales en contra del Estado y permiten que tanto los demandantes como las entidades estatales presenten sus argumentos al juez que, en un ambiente de imparcialidad regido por las reglas formales o informales que determinan la actuación jurisdiccional, decide.

Sin embargo, estas reglas, por sí solas, no impiden que la asimetría en el interés por el resultado de los procesos afecte, en el largo plazo, el contenido de las prestaciones y derechos reconocidos por la jurisdicción. El mecanismo por el cual unos derechos o intereses tienen una eventual ventaja en la arena judicial sobre otros se fundamenta en la capacidad de generación de precedentes. La actuación judicial, incluso en las jurisdicciones de derecho civil (Moreno 1995), no es de simple adjudicación de un caso concreto bajo reglas absolutamente claras. La labor del juez es de interpretación y de dotar de sentido las palabras contenidas en el cuerpo normativo que haya sido identificado como aplicable al caso sobre el que se debe decidir (Dworkin 1982). De esta manera, la selección de la regla aplicable y la manera en que esa regla debe ser leída y aplicada al caso concreto es labor del juez. Al realizar esa tarea, el juez está creando una regla de general aplicación que, para garantizar la igualdad y la consistencia en el trato, propia de un Estado Social de Derecho, debería ser aplicada a

La resolución de disputas a través de los jueces no solo es una herramienta de resolución de conflictos entre las partes, sino también un mecanismo para crear o interpretar normas que regulan la vida social

los demás casos de características similares. Por esta razón, la resolución de disputas a través de los jueces no solo es una herramienta de resolución de conflictos entre las partes, sino también un mecanismo para crear o interpretar normas que regulan la vida social (Cooter 1989).

De acuerdo con lo expuesto, los precedentes judiciales tienen la capacidad de producir reglas de comportamiento. Sin embargo, la posibilidad de que la jurisdicción genere reglas permite que las partes con un interés intenso en una interpretación favorable para ella acudan reiterada y sistemáticamente a la jurisdicción para obtener un precedente que le reconozca los beneficios buscados (Rubin 1977). Los grupos homogéneos y bien organizados, con mayores posibilidades de reducir los problemas de personas que disfrutaban los beneficios del grupo sin contribuir con los costos de su obtención (Stigler 1974), tienen ventajas adicionales si obtienen precedentes favorables de la jurisdicción. Este es uno de los privilegios con los que cuentan los denominados “jugadores que repiten” para obtener beneficios del ordenamiento jurídico u oponerse al cambio legal o jurisprudencial que los elimine





(Galanter 1974). Es decir, a través de continuos litigios y de la obtención de decisiones de la jurisdicción los precedentes judiciales favorables a los intereses intensos tienen la tendencia a permanecer en el ordenamiento jurídico.

El cambio jurídico a través de precedentes es liderado por los abogados litigantes, que representan intereses concentrados en el cambio de la interpretación y el contenido sustancial del derecho (Rubin y Bailey 1994). Así, en principio, las partes que tienen un mayor interés y mejores recursos para litigar tendrán mayores posibilidades de obtener precedentes favorables. Por el contrario, las que dispongan de menores recursos, o sean menos agresivas ante la jurisdicción, pueden verse privadas de la oportunidad de obtener reglas favorables a sus intereses.

Sin duda, las oportunidades disponibles a los intereses particulares para obtener precedentes con reglas favorables a ellos también están disponibles para los abogados del Estado, quienes deberían emplear los recursos a su cargo para obtener precedentes a favor del interés público (Berenson 2009).

La necesidad de una estrategia de prevención del daño antijurídico

Este contexto nos permite apreciar que la actividad litigiosa no consiste en un simple ejercicio del denominado *silogismo jurídico*. La actividad

jurídica relacionada con un conflicto es esencialmente una “*actuación estratégica*”. La persona que se considera afectada por una decisión o actuación estatal debe decidir si acude a la jurisdicción o no. La presentación de la demanda dependerá de su percepción de probabilidad de éxito y de los costos de presentar su reclamación (Shavell 1982).

Sin embargo, esa decisión no es la única actividad estratégica en el desarrollo de un litigio. Los abogados siempre cuentan con diversas opciones para ejercer su actividad y para ellos pueden seleccionar un conjunto de actividades de las cuales depende la suerte de su actuación. Ejemplos de lo anterior son la acción que deciden ejercer, la jurisdicción ante la cual se demanda, los hechos que se resaltan en la narración contenida en la demanda, la selección de los medios de prueba que sustentan esa narrativa, la acumulación de procesos o la búsqueda individual de pretensiones en procesos aislados. Estas decisiones constituyen la estrategia empleada por los demandantes para conseguir precedentes y reconocimientos judiciales de prestaciones o disminuciones de las cargas públicas para sus clientes.

La determinación de esa estrategia, cuyo contexto es la labor hermenéutica del juez, pues una regla no tiene sentido en sí misma hasta que el juez determina su sentido, puede consistir en convencer a la jurisdicción de una lectura de la norma para que la jurisdicción la interprete y la dote del sentido preferido por los intereses del demandante. Otra



estrategia puede privilegiar los asuntos procesales, limitando las posibilidades de intervención sustancial de aquellos jueces con reconocidas preferencias sobre el contenido del derecho en discusión y diferentes de las de los intereses del demandante (LoPucki y Weyrauch 2000). Esa capacidad de obtener los resultados favorables a los intereses de sus representados constituye la *habilidad jurídica*. La pericia de un abogado se determina por su capacidad de utilizar estratégicamente el ordenamiento jurídico, tanto para convencer a la jurisdicción sobre la interpretación de una norma como para restringir la capacidad de los jueces de tomar una decisión contraria a sus intereses a través del conocimiento y utilización de las reglas procesales que restringen a dichos funcionarios que en algún momento mostrarían posiciones contrarias a las del litigante.

La posición estratégica de los demandantes del Estado tiene que ser contrarrestada por la actuación del mismo Estado en la protección de sus propias decisiones frente a la intervención legítima de la jurisdicción. Las decisiones relacionadas con los litigios de las entidades públicas deben considerarse como decisiones de política de la entidad ya que están relacionadas con los mecanismos jurídicos que le permiten o dificultan a la autoridad administrativa cumplir sus fines y alcanzar sus prioridades. Por ende, el litigio es otra de las herramientas al alcance de la administración para obtener sus objetivos de políticas públicas (Devins y

Las decisiones relacionadas con los litigios de las entidades públicas deben considerarse como decisiones de política de la entidad pues están relacionadas con los mecanismos jurídicos que le permiten o dificultan a la autoridad administrativa cumplir sus fines y alcanzar sus prioridades

Herz 2002). Esta actividad implica que el Estado también contemple que la actividad litigiosa es de naturaleza estratégica y, en consonancia, planifique tanto su actuación como sus decisiones, frente a la eventualidad de que ellas sean cuestionadas y modificadas por la jurisdicción.

La estrategia de prevención del daño antijurídico hace parte de la estrategia procesal en la medida en que la actuación administrativa previa impide que la decisión o actuación administrativa sea susceptible de revisión judicial. El uso de una estrategia comienza con la determinación de la autoridad competente para desplegarla. Esa competencia funcional está ligada al uso del conocimiento y a quien puede adquirirlo y utilizarlo de la manera más efectiva.

La política de prevención del daño antijurídico como responsabilidad de cada entidad pública

En relación con la defensa jurídica del Estado, el modelo de diseño institucional escogido para el



desarrollo de los litigios privilegia la descentralización de la defensa jurídica y que las propias entidades, a fin de cumplir sus objetivos de políticas públicas, escojan los mecanismos de defensa de sus decisiones y actuaciones que se encaminen a la permanencia de los efectos que se buscan justamente con dichas decisiones. De esta manera, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en el inciso segundo de su artículo 45, determina:

Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

De acuerdo con ese mandato, la responsabilidad de cada organismo gubernamental es defender los intereses del Estado. Esa obligación consiste en emplear los mecanismos jurídicos a su alcance para que dichos intereses no se vean afectados por las decisiones judiciales. Antes de iniciar su proceso de decisión, la primera actividad que la administración pública debe contemplar es el análisis de los sacrificios que los administrados deben soportar con la implementación de la medida o actuación proyectada. La identificación del impacto de las decisiones y actuaciones del organismo público es un mecanismo que permite la identificación y

mitigación del riesgo de que en el futuro los afectados obtengan fallos judiciales y precedentes que impliquen modificaciones al contenido sustancial de las políticas públicas de la entidad⁷.

La política de prevención del daño antijurídico como herramienta de administración pública

En relación con la prevención del daño antijurídico, cada entidad siempre se encuentra ante una pregunta que debe resolver: ¿cómo disminuir el número de conflictos con particulares que son resueltos por la jurisdicción? La formulación de las políticas es una actividad que debe desplegarse para resolver un problema. Respecto a la prevención del daño, el comité de conciliación debe entender que la actividad litigiosa es esencialmente estratégica y que las políticas que formule en ese campo tienen que adaptarse al contexto de toma de decisiones judiciales. La prevención del daño permite que asuntos que podrían ser decididos por los jueces ni siquiera lleguen a esa etapa porque esos eventos se prevén y evitan.

Una política de prevención del daño efecti-

La prevención del daño permite que asuntos que podrían ser decididos por los jueces ni siquiera lleguen a esa etapa porque esos eventos se prevén y evitan



va implica que la entidad conscientemente decida resolver los problemas que generan las sentencias frecuentes en su contra. Es decir, que las condenas reiteradas en los procesos judiciales deben ser interpretadas como un síntoma que refleja dificultades en los procesos administrativos que afectan los derechos de los administrados. La política de prevención del daño es esencialmente la solución de los problemas administrativos que generan reclamaciones y demandas.

Sin embargo, la solución de los problemas dentro de una organización, como lo son las entidades públicas, requiere entender que estas surgen porque la cooperación espontánea de individuos para solucionar problemas colectivos es costosa y justamente las organizaciones disminuyen los costos de transacción de esas actividades (Coase 1937; Williamson 1975). Sin embargo, la actividad de una organización se encuentra sujeta a los costos de coordinar sus actividades internas y a la necesidad de buscar mecanismos que los reduzcan (Demsetz 1988). La organización de actividades en conjunto, incluso en una jerarquía dispuesta para el efecto, también requiere emplear recursos.

Las organizaciones tratan estos problemas de coordinación de actividades individuales mediante el diseño de un conjunto de reglas para su funcionamiento. Esas reglas consisten en el otorgamiento de derechos de decisión específicos a los miembros de la organización y la creación de un sistema de

control que debería proveer mediciones de desempeño y una descripción de la relación entre recompensas y castigos (Jensen y Meckling 1992).

Adicionalmente, las organizaciones y las jerarquías que las componen deben estar estructuradas alrededor del conocimiento necesario para resolver los problemas a su cargo. Esto significa que los derechos de decisión sobre un asunto deberían ser asignados a las personas con el conocimiento específico para resolverlos (Garicano 2000).

A manera de ejemplo se puede observar cómo las organizaciones cuentan con diferentes áreas encargadas de realizar distintas labores y resolver problemas de naturaleza dispar. Así, el área de contabilidad está conformada con individuos que tienen conocimientos de contabilidad de difícil transmisión y adquisición, por lo cual es natural que un problema de contabilidad sea resuelto por esa área. Al mismo tiempo, esa organización puede contar con un área de recursos humanos con conocimientos sobre el capital humano de la organización y no tendría sentido que un problema de contabilidad fuera resuelto por ellos o que un conflicto entre empleados fuera resuelto por contabilidad.

Sin embargo, la naturaleza de los problemas administrativos que son expuestos en las reclamaciones judiciales implica que el conocimiento necesario para resolverlos no se encuentre centralizado en una sola dependencia de cada entidad. Las reclamaciones ante la jurisdicción se fundamentan

La naturaleza de los problemas administrativos que son expuestos en las reclamaciones judiciales implica que el conocimiento necesario para resolverlos no se encuentre centralizado en una sola dependencia de cada entidad

en decisiones de políticas públicas que tomaron las áreas misionales o en decisiones de funcionamiento interno de la entidad adoptadas por el área de apoyo respectiva, pero que deben ser atendidas por las oficinas jurídicas correspondientes o demás áreas a las que orgánicamente se les haya encomendado la representación judicial de la entidad. De esta manera, el conocimiento específico necesario para resolver el problema de las demandas frecuentes se encuentra disperso en diferentes unidades de la organización.

Para resolver problemas que requieren el conocimiento disperso dentro de una organización, y mejorar la eficiencia y efectividad de las organizaciones con reducción de costos, las empresas privadas desarrollaron técnicas de administración basadas en la calidad (denominadas *total quality management*). Esos mecanismos de administración permiten que los empleados, en todos los niveles de la jerarquía, usen, de manera efectiva y regular, técnicas de toma de decisión fundamentadas en el método científico, es decir, que generen una teoría sobre un problema con base en evidencia empírica. Cuando nueva evidencia la contradiga, la teoría

debe modificarse para que la adopción de decisiones y el desarrollo de actividades para resolver los problemas respondan a las necesidades reales de la organización.

Estas técnicas, además, empoderan a los niveles inferiores de una jerarquía para que tomen decisiones pues reconocen que el conocimiento específico valioso para resolver un problema se encuentra en el nivel en el que el problema se presenta efectivamente. Como ejemplo puede pensarse en un problema frecuente de una máquina que es resuelto por sus mismos operarios y no requiere la intervención del gerente mediante una decisión de nivel directivo.

Por último, el uso de los mecanismos de administración asociados a la administración encaminada a la calidad genera el conocimiento para enfrentar un problema si la organización no tiene ese conocimiento (Wruck y Jensen 1994). En el mismo ejemplo de la máquina, si ni los operarios ni los directivos tienen el conocimiento para resolver el problema, este debe ser adquirido por la organización y aplicado a problemas futuros.

Los expertos en el mejoramiento de las organizaciones para aumentar la calidad, proponen los siguientes pasos con el fin de solucionar problemas (Wruck y Jensen 1994):

1. Analizar los síntomas
2. Teorizar sobre las causas

Documentos Especializados
de la Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del Estado



3. Probar las teorías
4. Establecer la(s) causa(s)
5. Simular una solución
6. Probar el remedio bajo condiciones de operación
7. Establecer controles para no perder las soluciones

Estas recomendaciones son reiteradas por otros expertos (Mizuno 1988, 155-156), que recomiendan:

1. Buscar los puntos que generan problemas
2. Enlistar las posibles causas
3. Identificar las causas primarias del problema
4. Diseñar medidas para corregir el problema
5. Implementar las medidas correctivas
6. Comprobar los resultados
7. Institucionalizar las nuevas medidas

Como se puede apreciar de las recomendaciones transcritas, ellas esencialmente están encaminadas a que la organización, de manera explícita, realice mediciones de su propia actividad y cuente con una explicación manifiesta para explicar sus resultados. Es decir, una teoría sobre su actuación.

En el caso de la prevención del daño, la recopilación de datos consiste inicialmente en el conteo de las sentencias proferidas en contra de la entidad pública. Una vez se cuente con ese número, la tarea de clasificación es importante porque ella permite

encontrar patrones en los datos. La clasificación que parece útil para la generación de una política de prevención del daño es la de los hechos que generan demandas. Así, la determinación de un conjunto conformado por demandas basadas en hechos similares podrá indicar cuál de las actividades de la entidad genera más reclamaciones. Con información confiable sobre esos datos, la entidad podrá analizar, es decir, proponer hipótesis, sobre las causas de las demandas por esos hechos y generar propuestas de solución para evitar reclamaciones por la misma actuación de la entidad pública en el futuro.

Adicionalmente se requiere que las soluciones propuestas sean incorporadas en las rutinas y prácticas frecuentes de la entidad. No basta con que el comité de conciliación identifique la causa del problema y proponga una solución que efectivamente esté encaminada a su solución. Esa propuesta debe ser incorporada en las rutinas y procedimientos de la entidad para que la solución se implemente de modo efectivo y sea incorporada en el comporta-

No basta con que el comité de conciliación identifique la causa del problema y proponga una solución pues la propuesta debe ser incorporada en las rutinas y procedimientos de la entidad para que implemente de modo efectivo y se incorpore en el comportamiento de los funcionarios



Para evitar la complacencia ante cifras es importante que al reportarlas se concentre en los problemas encontrados haciendo énfasis en las ocasiones en que la actuación de la entidad genera condenas

miento de los funcionarios a cargo del área que da origen a las reclamaciones.

Un aspecto importante en la presentación de las cifras y resultados es que la manera en que se expongan altera la percepción sobre ellas. El “efecto de marco” en la manera como las personas perciben determina la decisión del individuo (Tversky y Kahneman 1981). No es lo mismo que las cifras presenten una tasa de éxito del 96% a que se exponga una tasa de pérdida del 4%. Los sesgos cognitivos generan que en el primero de los casos los aspectos positivos del dato sean sobrevalorados y no se perciba riesgo suficiente para implementar una solución (Levin, Schneider y Gaeth 1998). Para evitar la complacencia ante cifras que pueden parecer positivas es importante que el reporte de las mismas se concentre en los problemas encontrados haciendo énfasis en las ocasiones en que la actuación de la entidad genera condenas.

Como las recomendaciones deben estar encaminadas a la generación de un proceso de toma de decisiones fundamentado en el método científico, las consecuentes hipótesis derivadas de la solución que se genera pueden ser sustentadas, así como

puede demostrarse su falsedad con la mera observación, que consiste en la recopilación, clasificación y análisis de datos. Es importante contar con una teoría explícita sustentada en datos empíricos sobre la solución de un problema organizacional para evitar que dejen de discutirse problemas o que se inhiban el aprendizaje y la innovación si las prácticas organizacionales se basan en una cultura que desincentiva la discusión de problemas o prácticas ineficientes (Argyris 1992).

Una teoría cuyos supuestos de funcionamiento del mecanismo causal son documentados y públicos (es decir, una teoría explícita) permite la discusión de las teorías y modelos mentales que subyacen a las actividades de la entidad. Contar con información estadística de los insumos y productos de la actuación conjunta de los miembros de una organización también permite que los empleados se concentren en priorizar hipótesis alternativas y enfoquen los recursos de la organización en eliminar las causas corregibles de un problema importante (Wruck y Jensen 1994, 257). Los datos recopilados y analizados se convierten de este modo en una narrativa para sustentar las acciones de solución. Si esa solución no tiene efecto es necesario proponer su modificación, sin miedo a represalias o castigos por parte de quienes toman decisiones. Sin una teoría de la acción organizacional, ni datos que la sustenten, las propuestas de modificación serán interpretadas como un desafío a la autoridad sin

Si la solución no tiene efecto es necesario proponer su modificación, sin miedo a represalias o castigos por parte de quienes toman decisiones

importar que esas propuestas sean bien intencionadas o fundamentadas en el conocimiento específico necesario para resolver un problema.

La utilización de los principios expuestos exige que la entidad pública evalúe sus actuaciones y procedimientos de toma de decisión. Cada sentencia en contra debe ser comprendida como una narrativa que genera sentido de urgencia para la generación de aprendizaje encaminado al cambio (Antal, Krebsbach-Gnath y Dierkes 2004) con el fin de evitar que la situación que genera la condena se repita.

Esa evaluación permitiría identificar las fallas en los procedimientos internos que generaron tanto el daño y la afectación del particular como las actuaciones ante las autoridades judiciales. Así mismo, la entidad puede construir a partir de las experiencias de otras organizaciones. Sin embargo, ese ejercicio requiere la evaluación y apreciación de las razones y lógica que hay detrás de los mecanismos que funcionaron en la otra entidad y las condiciones necesarias para que funcionen en otro ambiente (Bardach 2004). Es decir, no se trata simplemente de “copiar otra experiencia”⁸.

Sin embargo, todas esas propuestas de admi-

nistración no funcionarán sin la presencia de un liderazgo efectivo por parte de las autoridades de la entidad. Un buen administrador debe descubrir quién en su equipo cuenta con la habilidad y el conocimiento para resolver los diferentes problemas que surjan (Alchian y Demsetz 1972). A su vez, el líder efectivo tiene que motivar a sus colaboradores a utilizar su conocimiento en beneficio de la organización, a cooperar. Esa cooperación, compartir conocimiento, solo es posible en ambientes con alta confianza (Adler 2001).

El proceso de identificación de los litigios frecuentes permite que la organización aprenda de sus propias actuaciones y evalúe las razones que generan demandas. Si esos eventos son corregidos, la oportunidad de que las decisiones administrativas sean cuestionadas se reduce, lo que permite que los recursos de la entidad que están dispuestos para su defensa se concentren en los casos que no podrían evitarse mejorando los procesos administrativos internos de la entidad. Ese proceso solo funciona en la medida en que los directivos de la entidad ofrezcan el respaldo y la confianza suficiente para

El proceso solo funciona en la medida en que los directivos de la entidad ofrezcan el respaldo y la confianza suficiente para que las propuestas de modificación de los procesos sean adoptadas y se sostengan en el tiempo a través de su institucionalización.

que las propuestas de modificación de los procesos sean adoptadas y se sostengan en el tiempo a través de su institucionalización.

Recomendaciones para la formulación de política de prevención del daño antijurídico

1. Para comenzar el ejercicio de la formulación de una política de prevención del daño antijurídico, la entidad pública debe identificar cuáles de sus actuaciones son sometidas a demandas frecuentes. Las demandas frecuentes, generadas por un mismo tipo de caso son un síntoma de que las decisiones y actuaciones demandadas son susceptibles de modificación por la jurisdicción porque esa actuación o decisión no consideró los fundamentos legales ni jurisprudenciales que rigen la actividad sometida a demandas. Esa identificación consiste en un conteo de las condenas y la categorización de ellas en conjuntos por la causa, es decir, los hechos generadores de daño. Ese conteo debe estar contenido en un archivo en formato digital que permita su análisis por distintas personas de la entidad y garantice la integridad de la información ahí contenida.
2. Una vez identificadas las causas más frecuentes de condenas, la entidad deberá analizar

esos datos con el fin de explicar las causas de una manera sistemática. Para este ejercicio se debe identificar el área o unidad de la entidad que más presenta actuaciones generadoras de condenas. Esa área debe conformar un equipo encargado de proponer acciones de mejora al comité de conciliación respecto a los hechos generadores de condenas.

3. El comité de conciliación debe evaluar las propuestas de solución y recomendar a la dirección de la entidad la implementación de las soluciones que considere pertinentes, adoptándolas como política de prevención del daño antijurídico y demás mecanismos jurídicos y administrativos que considere idóneos para evitar la repetición de las actuaciones que generan condenas, así como su incorporación en los procedimientos y rutinas de la entidad.
4. Por último, el comité de conciliación deberá hacer seguimiento a las estadísticas generadas y verificar que las propuestas de solución tengan el efecto deseado. De lo contrario deberá intervenir para determinar las medidas correctivas enfocándose en los datos sobre las demandas y sus causas. Ese seguimiento debería presentarse en forma de “tablero de control” que permita registrar y visualizar indicadores para establecer, de manera técnica, su desempeño.

Notas

- 1 El Estatuto Orgánico del Presupuesto establece los principios del sistema presupuestal, encontrándose el de universalidad en el artículo 15, consistente en que "... El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva. En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto ...".
- 2 Los numerales 1º y 2º del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009 asignan como función expresa al comité de conciliación la de formular y ejecutar políticas de prevención del daño, así como diseñar de políticas generales que orienten la defensa de los intereses de la entidad.
- 3 "En el mundo real de las políticas, encontramos algunas que se alejan de lo público o del interés común, porque grupos particulares permean las esferas de poder para obtener a través de la política una ventaja en desmedro de los intereses de una colectividad. Por repudiables que sean, este tipo de políticas son públicas, y deben ser objeto de estudio del análisis de las políticas (...) Algunas de las definiciones que presentan este problema son la de Kraft y Furlong; según ellos, la política pública es un "curso de acción o inacción gubernamental en respuesta a problemas públicos..." (Velásquez Gavilanes 2009).
- 4 El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa "...está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley..." (negrillas fuera de texto).
- 5 Estos medios de control han sido incluidos por la Ley 1437 de 2011 en los artículos 137 y siguientes del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- 6 El inciso 1 del artículo 237 de la Constitución Política atribuye como función al Consejo de Estado "desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley...".
- 7 Cabe aclarar que las entidades públicas, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2012, tienen la obligación de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia. De conformidad con la norma jurídica, la entidad deberá, al resolver los asuntos de su competencia, aplicar "... las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas...".
- 8 En general una buena práctica puede ser utilizada si: i) se han cumplido o sobrepasado los objetivos trazados, ii) se hayan ejecutado con comprobada efectividad, iii) es sostenible en el tiempo, iv) cuenta con sistemas de evaluación y vi) de ser llevada a cabo en un contexto similar podría arrojar resultados equivalentes.

Referencias

Adler, Paul S. 2001. "Market, Hierarchy, and Trust: The Knowledge Economy and the Future of Capitalism". *Organization Science* 12 (2): 215-34.

Alchian, Armen y Harold Demsetz. 1972. "Production, Information Costs and Economic Organization". *The American Economic Review* 62 (5): 777-95.

- Antal, Ariane Berthoin, Camilla Krebsbach-Gnath y Meinolf Dierkes. 2004. "Hoechst Challenges Received Wisdom on Organizational Learning". *International Journal of Learning and Intellectual Capital* 1 (1): 37-60.
- Argyris, Chris. 1992. "The Next Challenge for TQM: Overcoming Organizational Defenses". *Journal of Quality and Participation* 15 (2): 26-9.
- Bardach, Eugene. 2004. "The Extrapolation Problem: How Can We Learn from the Experience of Others?". *Journal of Policy Analysis and Management* 23 (2): 205-20.
- Berenson, Steven K. 2009. "Government Lawyer as Cause Lawyer: A Study of Three High Profile Government Lawsuits". *Denver University Law Review* 86 (2): 457-508.
- Coase, R. H. 1937. "The Nature of the Firm". *Economica* (New Series) 4 (16): 386-405.
- Cooter, Robert y Daniel Rubinfeld. 1989. "Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution". *Journal of Economic Perspectives* XXVII: 1067-97.
- Demsetz, Harold. 1988. "The Theory of the Firm Revisited". *Journal of Law, Economics, & Organization* 4 (1): 141-61.
- Devins Neal y Michael Herz. 2002. "The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation". *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 5 (3): 558-606.
- Dworkin, Ronald. 1982. "Law as Interpretation". *Critical Inquiry* 9 (1): 179-200.
- Galanter, Marc. 1974. "Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". *Law and Society Review* 9 (1): 95-160.
- Garicano, Luis. 2000. "Hierarchies and the Organization of Knowledge in Production". *Journal of Political Economy* 108 (5): 874-904.
- Hayek, Friedrich August von. 1945. "The Use of Knowledge in Society". *The American Economic Review* 35 (4): 519-30.
- Jensen, Michael C. y William Meckling. 1992. "Specific and General Knowledge and Organizational Structure". En *Contract Economics*, editado por Lars Werin y Hans Wijkander. Cambridge, Massachusetts: Basil Blackwell.
- Juran J. M. 1989. *Juran on Leadership for Quality*. Nueva York: Free Press.
- Levin, Irwin P., Sandra L. Schneider y Gary Gaeth. 1998. "All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects". *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 76 (2): 149-88.
- LoPucki Lynn y Walter Weyrauch. 2000. "A Theory of Legal Strategy". *Duke Law Journal* 49 (6): 1405-86.
- McCubbins Matthew, Roger Noll y Barry Weingast. 1987. "Administrative Procedures as Instruments of Political Control". *Journal of Law, Economics and Organizations* 3 (2): 243-77.
- Mizuno, Shigeru. 1988. *Company-wide Total Quality Control*. Tokio: Asian Productivity Organization.
- Moreno, R. 1995. "Scott v. Cokern: Of Precedent, Jurisprudence Constante, and the Relationship between Louisiana Commercial Laws and Louisiana Pledge Jurisprudence". *Tulane European and Civil Law Forum* 10: 31.
- Rubin, Paul H. 1977. "Why Is the Common Law Efficient?". *The Journal of Legal Studies* 6 (1): 51-63.
- Rubin Paul H. y Martin J. Bailey. 1994. "The Role of Lawyers in Changing the Law". *The Journal of Legal Studies* 23 (2): 807-31.
- Shavell, Steven. 1982. "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs". *The Journal of Legal Studies* 11 (1): 55-81.
- Stigler, George. 1971. "The Theory of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management* 2 (1): 3-21.
- . 1974. "Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science* 5 (2): 359-65.
- Tversky, Amos y Daniel Kahneman. 1981. "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice". *Science* (New Series) 211 (4481): 453-58.
- Velásquez Gavilanes, Raúl. 2009. "Hacia una nueva definición del concepto 'política pública'". *Desafíos* 20: 149-87.
- Williamson, O. E. 1975. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, a Study in the Economics of Internal Organization*. Nueva York: Free Press.
- Wruck, Karen Hopper y Michael C. Jensen. 1994. "Science, Specific Knowledge, and Total Quality Management". *Journal of Accounting and Economics* 18 (3): 247-287.



