

CARTILLA INSTRUCTIVA PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

LOTERIA DE MEDELLIN

1. MARCO NORMATIVO

1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

-ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

-ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

La consagración constitucional de la figura del daño Antijurídico, junto con otros factores, han ocasionado un incremento en las demandas contra el Estado por parte de los administrados, generando en respuesta toda una política de Estado con el fin de establecer unos lineamientos de defensa del Estado

1.2 MARCO LEGAL

1.2.1 LEY 678 DE 2001

-ARTÍCULO 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

- ARTÍCULO 4º. Obligatoriedad. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria



1.3 DECRETOS REGLAMENTARIOS APLICABLES

1.3.1 DECRETO 1214 DE 2000:

El artículo 75 de la Ley 446 de 1998 ordenó a todas las entidades públicas conformar Comités de Conciliación. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1214 de 2000 y reglamentó la norma señalando las funciones que deben desarrollar. En relación con la prevención del daño antijurídico se dispuso:

*-**Artículo 5o.** Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

- 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*
- 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.*
- 3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.*

(...)

Para este fin el Legislador, en el artículo 6 de esta Ley, dispuso como función del Secretario Técnico del Comité de Conciliación presentar a los miembros del comité la información necesaria para formular y diseñar estrategias o políticas que prevengan el daño antijurídico causado a los particulares.

1.3.2 DECRETO 1716 DE 2009 compilado por el Decreto 1069 de 2015.

*-**ARTÍCULO 19.** Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

- 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*
- 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.*
- 3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.*
- 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.*
- 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas*



jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

6. *Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.*

7. *Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.*

8. *Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.*

9. *Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.*

10. *Dictar su propio reglamento.*

1.3.3 DECRETO 4085 DE 2011.

-ARTÍCULO 3o. 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.

1.4 DIRECTIVAS PRESIDENCIALES

1.4.1 -DIRECTIVA PRESIDENCIAL 03 de 1997

Posterior a la expedición de la Constitución Política, el Gobierno Nacional, en procura de coordinar estrategias para racionalizar y modernizar las instituciones que conforman la administración pública, expidió la Directiva Presidencial 03 del 20 de marzo de 1997, en la que se ordenó a las entidades del orden nacional la creación de los COMITES DE DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACION, integrados por funcionarios del más alto nivel,



responsables de adoptar medidas tendientes a asegurar una defensa idónea de los intereses litigiosos de cada entidad y de diseñar estrategias de prevención del daño antijurídico.

En este sentido, se dispuso el uso de la conciliación como política de racionalización de recursos y de descongestión, y la prevención del daño antijurídico.

-GUÍA PARA GENERACIÓN DE POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2. REGLAMENTO INTERNO DEL COMITÉ DE CONCILIACION DE LA LOTERÍA DE MEDELLIN

2. MARCO CONCEPTUAL

Partiendo de una sencilla concepción, la política de prevención busca evitar la causación de un daño antijurídico, es decir, impedir, en lo posible, que la administración cause con su acción u omisión daños antijurídicos. Es un instrumento jurídico en la lucha contra las sistemáticas demandas y condenas contra la administración pública en detrimento de los recursos públicos.

El objetivo perseguido es que al interior de la entidad se cree una cultura de prevención del daño antijurídico en todas las actividades desarrolladas, con el fin de identificar aquellas acciones u omisiones que los ocasionan y tomarlas medidas que contribuyan a mejorar o eliminar esas causas que generan procesos judiciales.

Brevemente se presentan significados de interés, de acuerdo con algunos pronunciamientos jurisprudenciales y desarrollos doctrinales:

PREVENCIÓN. Según el Diccionario de la Lengua Española, prevención es la *"acción y efecto de prevenir. Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa"*. A su vez, prevenir significa *"prever, ver y conocer de antemano un daño o perjuicio"*, también indica que es *"disponer con anticipación o prepararse de antemano para una cosa"*.

La prevención del daño antijurídico coincide con el significado común de prevenir, cuando señala que es conocer de antemano las causas de un daño o perjuicio. En el ámbito de lo público, se trata entonces de organizar la gestión pública oportunamente, averiguando y analizando los actos y hechos administrativos que causan daño al particular para tomar medidas necesarias para evitar su materialización.

Por ello, el objeto directo de una política de prevención es averiguar o conocer la causa que produce el daño, es decir, la acción u omisión de la administración o conducta irregular de la administración contra la cual se pretende establecer o disponer anticipadamente acciones que permitan evitarlo o ejecutarlo. (C.P. Art. 90).

-¿Qué es el daño anti juridico?

Es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que se causa a una persona, sus bienes, libertad, honor, afectos o creencias, que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

- ¿Quién lo puede causar?

Cualquier agente del Estado, es decir, cualquier servidor público sin que importe su cargo y grado.

- ¿Cómo se produce?

Se produce por la actuación incorrecta, irregular, omisiva o por la extralimitación de funciones del servidor público dando lugar a que un juez condene patrimonialmente a la Institución, para que repare los perjuicios ocasionados.

- ¿Qué consecuencias genera?

Como consecuencia de esas actuaciones, se presentan demandas contra la entidad, lo que puede representar mucho dinero si nos condenan, además del impacto económico, se afecta nuestra imagen, credibilidad y confianza de los funcionarios de la Lotería de Medellín

- ¿Somos conscientes del impacto que esto puede tener en el futuro de nuestra Entidad?

Ante actuaciones irregulares, se verá afectado nuestro patrimonio, poniendo en riesgo el futuro de de la Entidad, además de las consecuencias en el ámbito penal, disciplinario y administrativo.

- ¿Cómo se puede afectar nuestro patrimonio?

Si nuestras acciones u omisiones reflejan un proceder irregular que generen sentencias contra de la Entidad, está en la obligación de reclamar esas cuantías a los servidores o ex servidores que hayan originado dichas demandas, mediante las acciones de repetición y llamamiento en garantía.

- ¿Qué es la acción de repetición?

Es la acción civil de carácter patrimonial que debe ejercer la Institución en contra del servidor o ex servidor público, que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

- ¿Qué es el llamamiento en garantía?

Tiene la misma finalidad de la repetición, pero este se adelanta dentro del mismo proceso administrativo de la responsabilidad patrimonial.

EL DAÑO ANTIJURÍDICO. Enseña la doctrina que en todo proceso de responsabilidad contractual o extracontractual, el daño es el primer elemento que se debe analizar. Se entiende por daño el detrimento, lesión o menoscabo que ha sufrido el patrimonio a causa de la conducta de otro.



La jurisprudencia y la doctrina explican que el daño "en su sentido natural y obvio", es un hecho, consistente en "el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien", "en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc..." y "supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo."

Será antijurídico el daño cuando se constate que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo.

La culpa o conducta ilícita de la administración, junto con el nexo de causalidad entre el daño y ésta, son los elementos subsiguientes de estudio. La responsabilidad entonces se compromete frente a los daños que origina tanto su acción antijurídica (tesis tradicional: falla del servicio) como con su conducta lícita en algunos precisos eventos.

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CAUSANTE DE DAÑOS ANTIJURÍDICOS. La acción u omisión de las autoridades públicas pueden producir daño antijurídico al particular. Esta afirmación encuentra sustento en las fuentes del daño antijurídico contempladas en la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado:

"En el artículo 90 de la Constitución, se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de sus autoridades públicas. No distingue la norma de la fuente de la responsabilidad, no dice si es contractual o extracontractual, o con ocasión de un acto administrativo; en forma genérica indica que puede surgir de la acción o la omisión de las autoridades públicas, con la cual se causa un daño antijurídico, y esa acción u omisión se puede presentar con ocasión de un contrato, o por fuera de él, como en el caso del que ahora se ocupa la Sala, o con la expedición de un acto administrativo. De cualquiera de esas causas puede surgir el daño antijurídico que acarrea la responsabilidad patrimonial del Estado". (Resaltado fuera del texto).

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.

3. METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS.

Una vez generado el acuerdo conceptual, es importante desarrollar la metodología propuesta a continuación, con la perspectiva de identificar las actuaciones irregulares de la administración que puedan dar lugar a demandas y posibles condenas, es decir, abordar el tema de cara a la expedición de actos administrativos, a fin de garantizar que los mismos resistan el control de legalidad al ser sometidos a la jurisdicción, por vía de acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras.



Lo anterior requiere un adecuado tratamiento de los riesgos jurídicos que pueden generarse en cada una de las dependencias de las cuales ustedes hacen parte, por lo cual es importante tener en cuenta los siguientes aspectos que permiten abordar la identificación de los mismos:

FORMULACION DE POLITICA DE PREVENCION DEL DAÑO ANTIJURIDICO PARA LA LOTRÍA DE MEDELLIN

- El establecimiento de una política de prevención busca las demandas contra la entidad, al igual que aquellas que pueda instaurar la entidad contra sus vigilados. A través de la divulgación de las medidas que se deben tomar respecto a la actuación de las autoridades públicas concernidas, se busca la disminución de litigios y evitar el desgaste de la Administración y de la Justicia.
- Esta política se convertirá en un instrumento muy importante que será divulgado a todas las dependencias de la Entidad.
- La política que aplicará la Lotería de Medellín con miras a estudiar aquellas situaciones que han generado un proceso contencioso ya sea en calidad de accionante o de accionado y a tomar medidas tendientes a prevenir la ocurrencia del daño antijurídico, consiste:
- Por una parte, en la aplicación de un procedimiento estructurado en varias etapas que señalaremos a continuación, las cuales serán desarrolladas una a una a través del documento, señalando para cada una de ellas los pasos a seguir.
- Así mismo, se implementará la utilización de los mecanismos de llamamiento en Garantía y Conciliación como política para evitar mayores desgastes de la Administración, del aparato judicial y de mayores condenas futuras contra la entidad.

A) ETAPAS DE ANALISIS DEL DAÑO Y MEDIDAS CONSECUENTES

1. Estas etapas deberán ser realizadas con respecto a cada uno de los procesos nuevos, desde la presentación de la demanda o del traslado de la misma, hasta el resultado final plasmado en sentencia Ejecutoriada, con el fin darle continuidad en el tiempo.
2. Recaudación de la información
3. Identificación de cada proceso
4. Clasificación de los procesos por grupo y por acción
5. Identificación de la acción o de la omisión de la autoridad pública causante del daño
6. Establecimiento de una Tipología del daño antijurídico en la entidad
7. Diseño de propuesta dirigida a la adopción de medidas de naturaleza preventiva y correctiva
8. Informe al Comité de Conciliación



4.1. RECAUDACION DE INFORMACION

Previo la recaudación de las controversias judiciales, se deberá consolidar la información a través de un inventario en el que se clasifique y organice el archivo físico de sentencias, conciliaciones, procesos vigentes y procesos archivados, de conformidad con los criterios estándar de la Ley 594 de 2000 por la cual se reglamenta la Ley General de Archivo de las entidades públicas.

El inventario será realizado con base en la información que reposa en el archivo central y será complementada con información que se recaude en las diferentes Secretarías. En cuanto a la información que reposa en los archivos de la entidad se hará el inventario a partir de los procesos, tomando uno a uno para hacerles el análisis correspondiente.

a. IDENTIFICACION

Para cada proceso, sentencia y /o conciliación se llenará una CARATULA DE IDENTIFICACION que contendrá:

1. Identificación de las partes
2. Tipo de Jurisdicción
3. Autoridad ante quien se tramita la controversia (Despacho judicial: Primera Instancia — Segunda Instancia, Procuraduría)
4. Número de expediente
5. Demandante / Solicitante
6. Demandado / Afectado
7. Acción
8. Cuantía
9. Apoderado Principal
10. Apoderado Sustituto

Esta información será consignada en un cuadro que alimentará el cuadro consolidado que debe remitirse semestralmente a la Dirección de Defensa Judicial del Estado.

De igual manera se dejará una hoja anexa a la carátula, o en la misma carátula, que contendrá los diferentes documentos que posee el expediente archivado y en el caso de los vigentes, los documentos que se han venido anexando y que obran dentro.



b. CLASIFICACION POR GRUPO Y ACCION

Teniendo en cuenta la anterior información, la Lotería de Medellín deberá agrupar las controversias bajo los tres temas siguientes: proceso, Sentencias y/o Conciliaciones, los cuales a su vez serán ubicados dentro de un tipo de acción.

1. Contencioso Administrativo
2. Laborales ordinarios
3. Civiles ordinarios
4. Arbitrales

Establecido lo anterior, se ubicaran dentro de cada acción a la que pertenezcan.

Si los procesos son CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS, se identificarán aquellos procesos que tienen un contenido patrimonial y se agruparán de la siguiente forma:

1. Controversias de Responsabilidad patrimonial.
2. Controversias de nulidad y restablecimiento del derecho.
3. Controversias contractuales.

Si los procesos son CIVILES ORDINARIOS, se identificarán los procesos según se trate de procesos:

1. Responsabilidad extracontractual
2. Expropiación
3. Servidumbres
4. Otras

5. IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

Habiéndose organizado la información previamente, se deberá estudiar y analizar cada una de las demandas, sentencia y conciliaciones en contra de la entidad, identificando la acción y omisión que causó el daño por el cual se demandó a la entidad y lo se condenó.

Para el efecto, se deben describir sucintamente los apartes de la demanda, sentencia o conciliación en los que se pueda determinar el accionar de la administración que ha generado daño. En este sentido, se deberá estudiar, en especial, la parte considerativa de la providencia en la que se dicta la sentencia o en los hechos que aprobó la conciliación; y en las demandas, el acápite donde se describen los hechos.



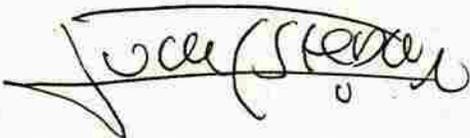
Con el fin de facilitar la determinación de los temas anteriormente descritos se propone diligenciar por cada proceso, demanda, sentencia y/o conciliación.

6. ANEXOS

Habiéndose organizado la información previamente, se deberá estudiar y analizar cada una de las demandas, sentencia y conciliaciones en contra de la entidad, identificando la acción y omisión que causó el daño por el cual se demandó a la entidad y la condena.

Formato 1. Ficha técnica para presentar el estudio de acción de repetición al comité de conciliación.

En constancia que la presente política fue discutida y aprobada en el comité 01 de prevención del daño antijurídico realizada el 18 de Mayo de 2018, ese firme por el presidente del comité



JUAN ESTEBAN ARBOLEDA JIMENEZ

Secretario General