

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400882
Fecha: 4 de abril de 2024 11:38:08 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Peticionario

Señor
ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO
andresfelipe1507@gmail.com

Referencia: Concepto 110.026.2024
SIA-ATC. 012024000171

1. *De la insolvencia de personas naturales no comerciantes*
2. *De los créditos a favor de las entidades públicas y el procedimiento de insolvencia*
3. *De la acción de repetición*

Respetado señor Londoño Clavijo:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio allegado en correo electrónico del 19 de febrero de 2024, radicado en la AGR en la misma fecha con el número 2101-202400448 bajo el SIA-ATC. 012024000117, en el que consulta lo siguiente:

- «1. ¿Existe alguna circular, Directiva o concepto de parte de la Auditora General de La Republica que brinde ORIENTACIÓN a las entidades del estado para tomar decisiones en los procesos de insolvencia de persona natural NO comerciante, donde se discutan créditos existentes en favor de entidades públicas y que fueron reconocidos en decisiones judiciales?
2. ¿En criterio de la Auditora General de La República, es jurídicamente viable que (sic) los créditos judicialmente reconocidos en favor de entidades públicas, puedan llevarse a tramite (sic) de negociación de deudas dentro del proceso de insolvencia de persona natural NO comerciante?
3. Teniendo en cuenta que el objetivo de la acción de repetición y las sentencias condenatorias que (sic) se deriven de las mismas, es la recuperación de recursos públicos que una entidad del estado pagó por dolo o culpa grave de un funcionario este tipo de créditos ¿Es viable que se incluya el crédito en audiencia de negociación de deudas?
4. ¿En concepto de la Auditoria General de La República para llevar a cabo acuerdos de pago acerca de condenas de en (sic) acciones de repetición cual (sic) norma debe prevalecer entre las de insolvencia de persona natural NO comerciante regido por el código general del proceso y la Ley 2195 de 2022?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

La AGR no ha emitido acto administrativo alguno respecto del tema en concreto consultado, pues no le corresponde y sí sería una forma de coadministración que no le es permitido; tampoco ha emitido concepto específico sobre el tema; no obstante, esta Oficina Jurídica para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) De la insolvencia de personas naturales no comerciantes; ii) De los créditos a favor de las entidades públicas y el procedimiento de insolvencia; y iii) De la acción de repetición.

1. De la insolvencia de personas naturales no comerciantes

El Diccionario de la Lengua Española (DEL) de la Real Academia Española (RAE) define el término insolvencia, así:

«1. f. Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda.»



La Enciclopedia Libre lo define en los siguientes términos:

El DRAE¹ define "insolvencia" como: `Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda" y "solvencia", en sus acepciones segunda y tercera, como "Carencia de deudas" y "Capacidad de satisfacerlas", respectivamente. Se trata de unas definiciones que, en verdad, no es mucho lo que aportan para el entendimiento del término, pero que de entrada permiten tener claro que aluden a un concepto relacionado con el crédito, para cuya conceptualización será menester acudir a las disciplinas que tienen que ver con el mismo.

Por su parte, Cabanellas², en su Diccionario de Derecho Usual,¹ define así la institución: "...INSOLVENCIA. Imposibilidad de cumplir una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda. Falta de prestigio. Desconfianza acerca de las dotes y moralidad de la persona que ha de ejercer un mando o dirigir una empresa...".

La insolvencia, sólo real cuando el pasivo presente, exigible excede de las disponibilidades del activo líquido, no suele ser sino el pretexto de los malos pagadores, que tratan de rehuir el cumplimiento alegando la imposibilidad o consiguiendo el beneficio de la dilación o del cumplimiento parcial... '

La Ley 1564 de 2012 «Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones», establece:

«Artículo 538. Supuestos de insolvencia. Para los fines previstos en este título, se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos.

Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. (...)

Se tiene entonces que la insolvencia es la situación que presenta una persona (natural o jurídica) cuando no le es posible el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias o pago de la deuda por carecer o ser insuficientes sus recursos de capital o patrimonio, cuando sus ingresos no son suficientes para cubrir sus gastos y/o cuando sus activos son insuficientes frente a sus pasivos

Esta insolvencia afecta el flujo de ingresos y especialmente de dinero del deudor conllevándolo al incumplimiento de sus obligaciones. Esta situación tiene origen en muchas circunstancias, dentro de las cuales pueden estar situaciones de desempleo, de una enfermedad, de un caso fortuito (accidente, fenómenos naturales como una inundación, un terremoto, etc., o hasta un hurto).

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

² CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vigésima Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981.



Por estas circunstancias que conllevan a una difícil situación económica del deudor, el legislador ha previsto que una persona natural que no tenga un régimen especial (comerciante), pueda acudir a un régimen de insolvencia especial para obtener una reorganización económica y así poder honrar sus obligaciones.

Este régimen de insolvencia para las personas naturales es el contenido en los artículos 531 a 576 del Título 4 de la Sección 3 del Libro 3 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), reglamentado por el Decreto 2677 de 2012 «Por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Código General del Proceso sobre los Procedimientos de Insolvencia de la Persona Natural no Comerciante y se dictan otras disposiciones», el cual se encuentra compilado en el Capítulo 4 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho».

Este régimen de insolvencia le facilita al deudor efectuar una reestructuración de sus obligaciones alejándolo de una inminente quiebra, permitiéndole cambiar las condiciones o fijar unas nuevas a fin de mejorar su situación económica; además también de alguna manera le garantiza al acreedor la recuperación de al menos una parte de sus créditos, pues de no ser así, sería poco probable la recuperación de su crédito. Este régimen busca lograr un equilibrio entre los intereses del deudor y los de sus acreedores.

Al respecto el Código General del Proceso, establece:

«Artículo 531. Procedencia. A través de los procedimientos previstos en el presente título, la persona natural no comerciante podrá:

1. Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias.
2. Convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores.
3. Liquidar su patrimonio.»

«Artículo 532. Ámbito de aplicación. Los procedimientos contemplados en el presente título sólo serán aplicables a las personas naturales no comerciantes.

Las reglas aquí dispuestas no se aplicarán a las personas naturales no comerciantes que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, cuya insolvencia se sujetará al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006.»

Sin embargo, para poder acceder a este régimen de insolvencia no basta el incumplimiento en el pago de sus obligaciones, sino que este incumplimiento debe cumplir unas condiciones que establece el CGP:

«Artículo 538. Supuestos de insolvencia. Para los fines previstos en este título, se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos.

Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago



de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva.

En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo. Para la verificación de esta situación bastará la declaración del deudor la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento.»

Es decir, la norma sobre los supuestos de insolvencia establece unos parámetros o exigencias que son muy claros y de los cuales se puede esgrimir que la persona se encuentra en esta situación económica.

2. De los créditos a favor de las entidades públicas y el procedimiento de insolvencia

Los créditos que una persona natural o jurídica de derecho público o privado tiene a favor de una entidad pública, son aquellos originados entre otros en impuestos, tasas, contribuciones, sanciones disciplinarias, fiscales o contractuales, sentencias judiciales, etc., las cuales generalmente son cobradas por la entidad pública de manera directa dentro del plazo determinado en el acto administrativo que la establezca, o una vez agotado éste, mediante el procedimiento de cobro coactivo.

Siendo ello así, debemos traer nuevamente a colación lo establecido en el segundo inciso del ya anotado artículo 538 del CGP, que establece:

«Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días, o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos **o de jurisdicción coactiva.**»
(Resaltamos en negrilla)

Así se tiene que, la persona natural no comerciante, también se encuentra en situación de insolvencia cuando contra él cursan dos (2) o más procesos de cobro coactivo, es decir, cuando él tiene dos (2) o más obligaciones con entidades públicas en estado de incumplimiento y que como lo indica el tercer inciso del artículo en mención, dichos proceso representen más del 50% de su pasivo total.

Con lo anterior, esta Oficina concluye que, siendo la existencia de dos o más procesos de cobro coactivo que representen más del 50% del total del pasivo de la persona natural no comerciante una causal de cesación de pagos, esto conlleva a que esta persona se acoja al procedimiento de insolvencia establecido por el legislador.

Además, se debe tener en cuenta que el mismo legislador estableció unos requisitos para el trámite de la negociación de deudas en el proceso de insolvencia, anotando:

«Artículo 539. Requisitos de la solicitud de trámite de negociación de deudas. La solicitud de trámite de negociación de deudas podrá ser presentada directamente por el deudor o a través de apoderado judicial y a ella se anexarán los siguientes documentos:
(...)



3. **Una relación completa y actualizada de todos los acreedores**, en el orden de prelación de créditos que señalan los artículos 2488 y siguientes del Código Civil, indicando nombre, domicilio y dirección de cada uno de ellos, dirección de correo electrónico, cuantía, diferenciando capital e intereses, y naturaleza de los créditos, tasas de interés, documentos en que consten, fecha de otorgamiento del crédito y vencimiento, nombre, domicilio y dirección de la oficina o lugar de habitación de los codeudores, fiadores o avalistas. En caso de no conocer alguna información, el deudor deberá expresarlo.

(...)

5. **Una relación de los procesos judiciales y de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial que adelante el deudor o que curse contra él**, indicando el juzgado o la oficina donde están radicados y su estado actual.» (Resaltamos en negrilla

Fíjese que uno de los requisitos es una exigencia de la relación **completa de acreedores**, es decir, que dentro de dicha relación se debe encontrar el o los acreedores de derecho público, es decir, la o las entidades públicas que sean sus acreedoras. Otro requisito es la relación de procesos judiciales o administrativos, encontrándose dentro de aquellos la acción de repetición de que hablaremos en el siguiente numeral y en estos, los procesos de cobro coactivo.

Ahora bien, también es menester tener en cuenta lo anotado por el legislador en el numeral 1 del artículo 545 del CGP una vez aceptada la solicitud de negociación:

«Artículo 545. Efectos de la aceptación. A partir de la aceptación de la solicitud se producirán los siguientes efectos:

1. No podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivos, de restitución de bienes por mora en el pago de los cánones, o **de jurisdicción coactiva** contra el deudor y **se suspenderán los procesos de este tipo que estuvieren en curso al momento de la aceptación**. El deudor podrá alegar la nulidad del proceso ante el juez competente, para lo cual bastará presentar copia de la certificación que expida el conciliador sobre la aceptación al procedimiento de negociación de deudas.» (Resaltamos en negrilla)

Para el acuerdo de pago, el legislador estableció igualmente algunas reglas, dentro de las cuales se encuentra:

«Artículo 553. Acuerdo de pago. El acuerdo de pago estará sujeto a las siguientes reglas:

(...)

3. Debe comprender a la totalidad de los acreedores objeto de la negociación.

4. Podrá versar sobre cualquier tipo de obligación patrimonial contraída por el deudor, incluidas aquellas en las que el Estado sea acreedor.

(...)

7. Todos los créditos estatales estarán sujetos a las reglas señaladas en el acuerdo para los demás créditos y no se aplicarán respecto de los mismos las disposiciones especiales existentes. Sin embargo, tratándose de créditos fiscales, el acuerdo no podrá contener reglas que impliquen condonación o rebajas por impuestos, tasas o contribuciones, salvo en los casos que lo permitan las disposiciones fiscales.

8. Respetará la prelación y privilegios señalados en la ley y dispondrá un mismo trato para

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

 auditoriageneral  auditoriagen  auditoriagen  auditoriageneralcol

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co



todos los acreedores que pertenezcan a una misma clase o grado.
(...)»

Finalmente, es necesario tener en cuenta la disposición del artículo 576 del CGP sobre la prevalencia normativa:

«Artículo 576. Prevalencia normativa. Las normas establecidas en el presente título prevalecerán sobre cualquier otra norma que le sea contraria, incluso las de carácter tributario.»

3. De la acción de repetición

La acción de repetición se encuentra consignada desde la Constitución Política de 1991 en los siguientes términos:

«Artículo 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, aquel deberá repetir contra éste.»

Precepto constitucional que fue desarrollado por el legislador en la Ley 678 de 2001 «Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición», - modificada en algunos aspectos por la Ley 2495 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones» -, la cual tiene por objeto:

«Artículo 1. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.»

Definiendo la acción de repetición, así:

«Artículo 2. 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.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Parágrafo 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor



se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto, estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

~~Para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías en los fallos que le pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento establecido en la presente ley para el ejercicio de la acción de repetición.~~

Parágrafo 2°. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

Parágrafo 3°. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Parágrafo 4°. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.»

(El segundo inciso del parágrafo 1° (tachado) fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-309 del 30 de abril de 2002.)

El legislador también consagró la acción de repetición en la Ley 1437 de 2011 «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» - CPACA en los siguientes términos:

«Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.»

La Corte Constitucional en la sentencia C-619 del 08 de agosto de 2002 respecto de la acción de repetición, determinó:

«4. La acción de repetición. Naturaleza jurídica y alcance.

4.1. En múltiples pronunciamientos, este alto Tribunal se ha referido a la acción de repetición



prevista en el inciso 2° del artículo 90 Superior, señalando que la misma constituye "el medio judicial [idóneo] que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado"^[3].

(...)

4.3. A partir del alcance que el propio Estatuto Superior le ha fijado a la acción de repetición, la jurisprudencia constitucional viene considerando que el ejercicio legítimo de este medio de impugnación a favor del Estado y en contra de sus agentes o ex funcionarios, se encuentra supeditado a la observancia previa de los siguientes requisitos de procedibilidad: (i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

4.4. Como puede advertirse, la acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.»

Esta Alta Corte en la sentencia C-1174 de 2004, sobre la misma acción, dijo:

3.4.1 Como ya se ha dicho por parte de esta Corte^[4], antes de la vigencia de la Carta Política de 1991, no había norma superior que de manera específica señalara la responsabilidad patrimonial del Estado, y por esta razón esa responsabilidad fue derivada por los tribunales del artículo 16 de la anterior Constitución, norma que de forma genérica determinaba cuáles eran los fines esenciales del Estado.

El Constituyente de 1991 decidió establecer expresamente la cláusula general de responsabilidad tanto contractual como extracontractual del Estado en el artículo 90 de la Carta Política, norma que establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y agrega que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de esos daños, que se hayan ocasionado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Al respecto, la Corte ha dicho que el artículo 90 constitucional debe interpretarse en concordancia con el principio de legalidad contemplado en el artículo 6 ibídem, precepto que dispone que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y con lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, en cuanto esta norma establece que le corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva^[5].

(...)

La Corte ha explicado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado

³ Nota de la Corte Constitucional: Sentencia Ibídem {C-832/2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil}

⁴ Nota de la Corte Constitucional: Cfr. Sentencia C-333 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

⁵ Nota de la Corte Constitucional: Ver Sentencia C-484 de 2002 (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra)



derivada de la acción de repetición no tiene un carácter sancionatorio, pues su único propósito es el de "reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes"^[6].

Igualmente que esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas^[7]. Al respecto ha hecho énfasis en que la noción de servidor público establecida en la Carta^[8] tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal, al tiempo que no puede olvidarse que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", así como que el artículo 209 constitucional señala que son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los "(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)"^[9].

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Auto Interlocutorio del 26 de junio de 2020 dentro del proceso Radicación número: 25000-23-41-000-2019-00329-01, estableció:

«94.- La Carta Política no solo estableció en el artículo 90 el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de la responsabilidad patrimonial, sino que, además, previó la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle al Estado que repita en contra de estos, en los eventos en que sea condenado a la reparación patrimonial de tales daños, y ello sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de esos agentes^[10].

95.- Dicho mandato constitucional fue desarrollado a través de la Ley 678 de 2001, norma en la que se establecieron los aspectos sustanciales y procesales del medio de control de repetición y que se erige como el mecanismo procesal con el que cuenta el Estado para la protección del patrimonio público^[11] y "(...) para estimular el ejercicio legal, transparente y correcto de la función pública, procurando que no se produzca una actuación dolosa o gravemente culposa que esté en contradicción con las normas constitucionales y legales, y los principios de la administración y la función pública (...)"^[12].

96.- En cuanto a la naturaleza jurídica de este medio de control, cabe anotar que la Ley 678 de 2001 concibió la acción de repetición como i) una acción civil de carácter patrimonial; ii) de carácter autónomo e independiente^[13]; iii) cuyo trámite debe surtirse ante la jurisdicción

⁶ Nota de la Corte Constitucional: Sentencia C-484 de 2002.

⁷ Nota de la Corte Constitucional: Ver Gaceta Constitucional lunes 22 de abril de 191. Informe Ponencia Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares.

⁸ Nota de la Corte Constitucional: "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

⁹ Nota de la Corte Constitucional: Ver Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Nota del Consejo de Estado: Ver Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002.

¹¹ Nota del Consejo de Estado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de enero de 2017, Expediente 25000-23-26-000-2009-00699-01 (42.606). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹² Nota del Consejo de Estado: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 897.

¹³ Nota del Consejo de Estado: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 900.

3



contencioso administrativa^[14]; e indicó que, iv) para su procedencia se requería de la presencia de los siguientes presupuestos y requisitos:

“(…) i) que una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente, a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto, ii) que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma indicada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto y iii) que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas (…)”^[15].»

La mencionada Ley 678 de 2001 en su artículo 12 modificado por el artículo 48 de la Ley 2195 de 2022, contempla la posibilidad de efectuar conciliación, en los siguientes términos:

«Artículo 12. Conciliación Judicial. En los procesos de repetición, de oficio o a solicitud de parte, habrá lugar a una audiencia de conciliación. La entidad citada podrá conciliar sobre fórmulas y plazos para el pago y sobre el capital a pagar siempre y cuando el acuerdo que se logre no sea lesivo para los intereses del Estado.

En el marco de la conciliación la entidad pública podrá disminuir el capital solicitado en su pretensión conforme a los siguientes criterios:

- a) Si el sujeto de repetición devenga entre 0 y 10 SMLMV y tiene un patrimonio igual o inferior a 150 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 50% de lo pretendido en su contra.
- b) Si el sujeto de repetición devenga entre 10 y 15 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 150 SMLMV e igual o inferior a 250 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 60% de lo pretendido en su contra.
- c) Si el sujeto de repetición devenga entre 15 y 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 250 SMLMV e igual o inferior a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 70% de lo pretendido en su contra.
- d) Si el sujeto de repetición devenga más de 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio igual o a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 80% de lo pretendido en su contra.

Para la aplicación de estos criterios, el Comité de Conciliación de la entidad que ejerce la acción de repetición, o el representante legal en aquellas entidades que no tienen la obligación de constituir Comité, adoptará la decisión luego de un análisis en torno a la gravedad de la conducta y al cumplimiento de los requisitos económicos aquí expuestos.

El sujeto de repetición para acceder a estas fórmulas conciliatorias deberá allegar los documentos que demuestren sus ingresos y patrimonio.

¹⁴ Nota del Consejo de Estado: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 900.

¹⁵ Nota del Consejo de Estado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 16 de mayo de 2019, Expediente 25000-23-26-000-2011-00438-01 (47649). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.



El juez o magistrado deberá aprobar el acuerdo, si encuentra demostrados los criterios.»

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.18.2020 (Radicado 20201100009701 del 26 de mayo de 2020) sobre la acción de repetición anotó:

«De la normatividad y jurisprudencia relacionada se observa que el legislador no hace distinción alguna, así como tampoco excluye de la acción de repetición, condenas que se efectúen contra el Estado en procesos de alguna jurisdicción, es decir, que bajo esta figura queda cobijada toda condena con reconocimiento indemnizatorio.

Así mismo, se concluye que para que proceda el ejercicio de esta repetición, se debe cumplir:
i) Provenir de una condena, conciliación u otro medio de terminación de conflictos; ii) Referirse a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado; iii) Que el resarcimiento sea consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del agente público; y iv) Que el pago indemnizatorio se haya realizado efectivamente.»

Tal como lo indica su nombre, esta acción busca establecer la procedencia de la repetición patrimonial del Estado contra el servidor o particular que, en el desempeño de funciones públicas, por dolo o culpa grave, haya dado lugar al pago de una indemnización por parte del Estado; es decir, es determinar la responsabilidad patrimonial del servidor o particular frente a la indemnización a que ha sido condenado el Estado.

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. La insolvencia es la falta de solvencia o capacidad de una persona -natural o jurídica- para cumplir con el pago de sus obligaciones por carecer de recursos de capital o patrimonio o éstos ser insuficientes, o también porque sus pasivos son superiores a sus activos.
- ii. El procedimiento de insolvencia es aquel establecido por el legislador para que las personas naturales no comerciantes que se encuentren en estado de insolvencia puedan a) negociar sus deudas con sus acreedores, b) convalidar los acuerdos de pago a que llegue con ellos, o c) entrar a efectuar la liquidación de su patrimonio para satisfacer -hasta donde alcance- las deudas pendientes.
- iii. Al procedimiento de insolvencia son llamados TODOS los acreedores de la persona natural no comerciante en estado de insolvencia, esto es tanto los acreedores de derecho privado como los acreedores de derecho público, que cuenten con acreencias consolidadas, pues con todos ellos se debe adelantar la negociación de la deuda, validar el acuerdo a que se llegue o incluirse en la liquidación del patrimonio.
- iv. La acción de repetición es aquella se sigue contra el servidor, exservidor o particular que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar a una condena patrimonial contra el Estado. El resultado de esta acción o fallo que así la determine,



- constituirá el respectivo título ejecutivo que deberá ser cobrado por el Estado de manera directa o a través del cobro coactivo, convirtiéndose así el acreedor de aquel.
- v. Siendo el fallo de la acción de repetición el título ejecutivo y por tanto la acreencia del Estado sobre la persona natural no comerciante en estado de insolvencia, la entidad pública deberá acudir al procedimiento de insolvencia, para proceder a la negociación de la deuda producto de la acción de repetición, para llegar a un acuerdo y convalidarlo, o para hacerse parte en la liquidación patrimonial del insolvente.
- vi. Igualmente debe la entidad acudir al procedimiento de insolvencia promovido por la persona natural no comerciante que se encuentre en insolvencia, cuando éste se encuentre en el trámite de la acción de repetición.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'» (Resaltamos en negrilla)**

Igualmente le informamos que la señora Auditora General de la República expidió la Resolución Reglamentaria No. 004 del 22 de marzo de 2024 «Por la cual se suspenden términos en las actuaciones administrativas de la Auditoría General de la República por el disfrute de los días 26 y 27 de marzo de 2024 autorizados mediante Circular Interna 001 de 2024», suspensión que incluye la actuación administrativa en los derechos de petición y dentro de ellos la correspondiente a las consultas. Esta Resolución fue divulgada a través de la página web de la entidad.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/quest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y



nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fjimenez@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar el botón Encuesta de Satisfacción e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 48d04b8c. También puede consultar su solicitud en el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica
Aprobado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.