

CHEQUE FISCAL – Consecuencia del no pago. Cobro coactivo. Cobro del 20% del importe del no pago por culpa del librador / CHEQUE FISCAL – Noción. Características. Alcance como título valor

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre la competencia para declarar en los cheques fiscales la culpa del girador como consecuencia de su no pago, a efecto de realizar el cobro de las “sanciones” comerciales previstas en el artículo 731 del Código de Comercio. El cheque fiscal genera una particular relación cambiaria entre el librador de este título valor y la entidad pública beneficiaria del mismo, fundada en la finalidad última de protección del patrimonio público, en el deber constitucional de actuar de buena fe (artículo 83 C.P.), que exige al librador del cheque diligencia y cuidado, así como en el conocimiento previo por parte del girador de que la entidad pública beneficiaria tiene el deber legal de recuperar los dineros públicos incorporados en el cheque fiscal, en el evento en que este resulte impagado por cualquier motivo. Lo procedente en el evento de falta de pago del cheque fiscal es ejercer la acción cambiaria con base en el título valor – cheque fiscal por la vía del proceso administrativo de cobro coactivo y, en consecuencia, librar mandamiento de pago de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 826 del Estatuto Tributario, el cual incluirá, además del capital y los intereses que correspondan, el 20% del importe del cheque previsto en el artículo 731 del C. Co.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 488 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 619 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 712 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 613 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 715 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 718 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 729 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 730 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 731 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 780 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 781 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 782 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 784 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 793 / LEY 1 DE 1980 - ARTICULO 1 / LEY 1 DE 1980 - ARTICULO 2 / LEY 1 DE 1980 - ARTICULO 5 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 68 / LEY 489 DE 1988 / LEY 6 DE 1992 - ARTICULO 112 / LEY 6 DE 1992 - ARTICULO 509 / LEY 6 DE 1992 – ARTICULO 561 / LEY 6 DE 1992 - ARTICULO 562 / LEY 714 DE 2011 - ARTICULO 32 / LEY 1066 DE 2006 – ARTICULO 5 / DECRETO REGLAMENTARIO 4473 DE 2006 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 32 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 68 - NUMERAL 6 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 98 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 99 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 100 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 101 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 826 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 832 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 833 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 836

ACCION CAMBIARIA – Supuestos de su ejercicio / TITULOS VALORES – Son títulos ejecutivos / COBRO COACTIVO – Facultad de cobro de las entidades públicas. Deber de recaudo CPACA / PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO – Normas aplicables CPACA. Procedimiento administrativo de cobro

Para la doctrina la acción cambiaria tiene una vertiente sustancial y otra procesal. Respecto de la primera, es el “derecho sustancial en cabeza del tenedor del título valor que puede hacerse valer contra el deudor (...) para obtener reconocimiento de los derechos principales o accesorios (...) que el título incorpora de manera

autónoma y literal". La satisfacción de ese derecho puede ocurrir voluntaria o forzosamente. En la perspectiva procesal, la acción cambiaria consiste en la facultad del acreedor de acudir ante la administración de justicia, por la vía del correspondiente proceso ejecutivo, ordinario, especial, de jurisdicción voluntaria, etc., en amparo del derecho que el título incorpora. La Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido en varias oportunidades al alcance de la ley 1066 y a la facultad de cobro coactivo de las entidades públicas, y en tales oportunidades ha señalado que la ley 1066 de 2006 unificó las formas de cobro coactivo, inclusive para los órganos autónomos y entidades con régimen especial derivado de la Constitución, en orden a garantizar para todas ellas el ejercicio de esa función en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento, el Estatuto Tributario, como claramente se desprende de los antecedentes de esa ley.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 731 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 780 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 781 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 782

NOTA DE RELATORIA: Referente al alcance de la ley 1066 y la facultad de cobro coactivo de las entidades públicas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de agosto de 2007, Rad. 1835, concepto 1882 del 5 de marzo de 2008 y 1882 ampliación del 15 de diciembre de 2009. Sobre mandamiento de pago del cheque fiscal, Consejo de Estado, sección Quinta, sentencia de 21 de septiembre de 2006 y sentencia Corte Constitucional, C-451 de 2002.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00090-00 (2126)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

Referencia: Cheque fiscal. Consecuencia del no pago - artículo 731 del Código de Comercio. Cobro coactivo.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre la competencia para declarar en los cheques fiscales la culpa del girador como consecuencia de su no pago, a efecto de realizar el cobro de las "sanciones" comerciales previstas en el artículo 731 del Código de Comercio.

I.

ANTECEDENTES

Comienza la consulta por referir que el artículo 731 del Código de Comercio (C. Co.)¹ fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 451 de 2002, oportunidad en la que sostuvo que el acreedor de la obligación puede “imponer la sanción derivada del no pago del cheque únicamente cuando el librador acepte su culpa; de no ser así, es decir, de haber controversia entre las partes sobre el elemento culpa, la competencia para dirimirla será del juez competente”.

A continuación cita la sentencia 2160 de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 2006,² mediante la cual se resolvieron las excepciones formuladas contra un mandamiento ejecutivo proferido por el Grupo de Cobro Coactivo de la Subdirección Jurídica de ese ministerio, y se señaló que la Administración debe expedir un acto administrativo donde declare la obligación de pago por el importe del título valor - cheque fiscal -, intereses y demás conceptos (incluida la consecuencia prevista artículo 731 del C. Co.), con el fin de proceder seguidamente al cobro coactivo. Agrega que esta tesis fue reiterada en la sentencia del 23 de abril de 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, M.P. Dra. Beatriz Martínez Quintero, Expediente No. 110013331044200700073-0.

Observa el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, según la sentencia de la Sección Quinta citada, al ministerio podría bastarle con expedir los actos administrativos allí indicados, para decretar la sanción prevista en el artículo 731 del C. Co. Observa, sin embargo, que el fallo de la Sección Quinta parece no tener en cuenta la necesidad de demostrar el elemento culpa, previa observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa del librador del cheque, según lo ha determinado la Corte Constitucional.

De esta manera, afirma el señor ministro, la posición asumida por la Sección Quinta parece “contraponerse” a la tesis expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C – 451 de 2002, según la cual la aplicación de la sanción prevista en el artículo 731 del C. Co. sólo resulta viable como consecuencia de un proceso independiente ante los jueces de la República. A este propósito comenta el señor Ministro: “En dicho caso, asumimos que se trataría de jueces ordinarios o pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa, según se trate de títulos valores emitidos por particulares o autoridades de derecho público”.

Así las cosas, acota el ministerio que se estaría frente a una “abierta” contraposición jurisprudencial, que lo coloca en la disyuntiva “de acoger uno de esos *dos criterios*” ante la necesidad de realizar el cobro previsto en el artículo 731 del C. Co. Se trata no solo de las dudas acerca de la competencia para hacer efectivo el cobro, sino del riesgo de expedir actos administrativos viciados de nulidad por falsa motivación, “ello sin ahondar en las implicaciones disciplinarias y pecuniarias que eventualmente pudiesen surgir para los funcionarios ejecutores por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones o ser pasibles de una acción de repetición”.

¹ “El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione”.

² C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, radicada bajo el número 11001-00-00-000-2002-02160- 01 (2160).

Con base en las razones expuestas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“¿Resulta legalmente viable que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de establecer la presunta responsabilidad del librador de un cheque que, no obstante haberse presentado en tiempo, no fue pagado por culpa de éste - del librador-, realice un procedimiento administrativo tendiente a establecer la culpa del mismo, previo a la expedición del acto administrativo en el que se plasme la sanción, en el cual, además de establecer la operación financiera frustrada, se señalen las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento, tales como intereses, **sanciones comerciales** y demás, que pueda servir como sustento para la constitución de un título complejo que preste mérito ejecutivo para el cobro de la sanción a que alude el art. 731 del C de Co?” (Negrillas textuales).*
2. *“De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, i) ¿Cuales serían los fundamentos normativos legales, constitucionales, jurisprudenciales y doctrinarios que habrían de servirle de soporte a estos actos administrativos de carácter sancionatorio? ii) ¿Resulta necesaria la expedición de un procedimiento interno de la entidad para garantizar los derechos constitucionales del librador o cual sería la regulación aplicable?”*
3. *“¿Si la respuesta concluye que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público carece de funciones jurisdiccionales para declarar la culpa de los giradores, ¿ante qué jurisdicción deben presentarse las demandas, teniendo en cuenta que los cheques correspondientes no solo son girados por personas naturales, sino por personas jurídicas de derecho público, sociedades de economía mixta y entidades de carácter internacional?”*
4. *“¿Cuál sería el termino de caducidad o de prescripción de la acción aplicable para el acto administrativo o la sentencia, según lo determine esa Sala de Consulta, que sirva de fundamento para constituir el título ejecutivo derivado de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 731 del Código de Comercio?”*

II. CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes expuestos y a las preguntas formuladas, la cuestión planteada a la Sala consiste en determinar el procedimiento para hacer efectivo un cheque fiscal cuando este no ha sido pagado. En consecuencia la Sala **i)** recordará la noción y características de los cheques fiscales; **ii)** analizará la acción cambiaria derivada del no pago del cheque y, finalmente, **iii)** determinará el procedimiento para su cobro, incluida la consecuencia prevista en el artículo 731 del C. Co.

A. El cheque fiscal. Noción y características. Su alcance como título valor

1. La ley 1ª de 1980, “por la cual se crea el Cheque Fiscal y se dictan otras disposiciones relacionadas con la misma materia”³, expresamente adicionó el libro 3º (“De los bienes mercantiles”), Título III (“De los títulos valores”), Capítulo V (“Distintas especies de títulos valores”), Sección III (“Cheque”), Subsección III (“De los cheques especiales”), del Código de Comercio.

³ Publicada en el Diario Oficial No. 35.448 del 1 de febrero de 1980.

En este contexto el artículo 1º de dicha ley dispuso: “Denomínase Cheques Fiscales aquellos que son girados por cualquier concepto a favor de las entidades públicas definidas en el artículo 20 del Decreto 130 de 1976”. De acuerdo con el artículo 20 de dicho decreto, “para los efectos de este decreto son entidades públicas la Nación, las entidades territoriales, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales o Comerciales y las Sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las Empresas”.

Aun cuando el decreto - ley 130 de 1976 fue derogado expresamente por la ley 489 de 1998, ello no afectó la eficacia de los cheques girados a nombre de tales entidades públicas. En efecto, la ley 489 de 1998 no solo reitera la existencia de las mismas entidades públicas sino que establece su régimen general.

2. El título de la ley 1ª y la adición que ella hace al Código de Comercio evidencian que el cheque fiscal fue creado como una especie de los títulos valores, en general, y del cheque, en particular, sin perjuicio de las características especiales que expresamente le fijó la mencionada ley.

Los títulos valores, a voces del artículo 619 del C. Co., “son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”. El cheque, a su vez, es un título valor que contiene la orden incondicional de pagar una suma de dinero (artículo 713 C. Co.). En otras palabras, según la doctrina, el cheque es en “estricto sentido un medio de pago, simplemente es una forma de disponer de una suma de dinero que tiene el banco – librado”⁴. Es por ello que el cheque sólo puede ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco (artículo 712 C. Co.).

3. El artículo 1º de la ley 1ª de 1980 atribuye a los cheques fiscales unas características especiales,⁵ entre ellas las siguientes:

i) El cheque fiscal sólo puede tener un legitimado para su cobro: la entidad pública a cuyo favor se hubiere dado la orden de pagar una suma de dinero, o en palabras de la ley, la beneficiaria del respectivo pago.

ii) El cheque fiscal no es negociable, esto es, no podrá pagarse por ventanilla sino sólo por conducto de un banco (artículo 715 C. Co.) y

iii) El cheque fiscal es para abono en cuenta (artículo 737 C. Co.), por lo que su importe sólo podrá abonarse en la cuenta de la entidad pública a cuyo favor de haya girado el cheque, lo que significa su imposibilidad de ser pagado en dinero efectivo. Lo anterior sin perjuicio de la

⁴ PEÑA NOSSA, Lisandro; RUIZ RUEDA, Jaime. Curso de Títulos Valores. Ediciones Librería del Profesional, 1986.

⁵ Artículo 1º... Los cheques fiscales creados por la presente Ley tienen las siguientes características:

1. El beneficiario sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago.
2. No podrán ser abonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria.
3. No podrán modificarse al reverso la forma de negociación ni las condiciones de los mismos establecidas en el artículo 713 del Código de Comercio.
4. No son negociables ni podrán ser pagados en efectivo.

A estos cheques se aplicarán en lo pertinente las normas contenidas en los artículos 737 y 738 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. Prohíbese a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria acreditar o abonar en cuentas particulares cheques girados a nombre de las entidades públicas.

negociabilidad interbancaria en las cámaras de compensación, por expresa disposición del artículo 2 de la ley 1ª de 1980.

Las limitaciones y restricciones que la ley establece para la negociabilidad y pago del cheque fiscal tienen como finalidad proteger no sólo al tesoro público contra tenedores ilegítimos o respecto de aquellos que quieran aprovecharse indebidamente de su patrimonio⁶, pues nadie a su nombre lo puede cobrar, sino también al girador comoquiera que al ser descargado de su cuenta adquiere plena certeza de que el dinero ingresó a las arcas de su acreedor, esto es, la entidad pública beneficiaria, única legitimada para su cobro⁷.

Dicha protección es la característica esencial del cheque fiscal, la cual se ve reforzada por el artículo 5 de la ley 1ª de 1980 que dispone:

“Artículo 5. Los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en la ley, responderán en su totalidad por el pago irregular y sus empleados responsables quedarán sometidos a las sanciones legales y reglamentarias del caso”⁸.

El cheque fiscal genera una particular relación cambiaria entre el librador de este título valor y la entidad pública beneficiaria del mismo, fundada en la finalidad última de protección del patrimonio público, en el deber constitucional de actuar de buena fe (artículo 83 C.P.), que exige al librador del cheque diligencia y cuidado, así como en el conocimiento previo por parte del girador de que la entidad pública beneficiaria tiene el deber legal de recuperar los dineros públicos incorporados en el cheque fiscal, en el evento en que este resulte impagado por cualquier motivo.

B. La acción cambiaria

De acuerdo con el artículo 780 del C. Co., la acción cambiaria se ejercitará, entre otros supuestos, *“En caso de falta de pago o de pago parcial”* (numeral 2).

Para la doctrina la acción cambiaria tiene una vertiente sustancial y otra procesal. Respecto de la primera, es el “derecho sustancial en cabeza del tenedor del título valor que puede hacerse valer contra el deudor (...) para obtener reconocimiento de los derechos principales o accesorios (...) que el título incorpora de manera autónoma y literal”⁹. La satisfacción de ese derecho puede ocurrir voluntaria o forzosamente. En la perspectiva procesal, la acción cambiaria consiste en la facultad del acreedor de acudir ante la administración de justicia, por la vía del correspondiente proceso ejecutivo, ordinario, especial, de jurisdicción voluntaria, etc., en amparo del derecho que el título incorpora.

Según el artículo 781 del C. Co. la acción cambiaria es directa y de regreso. Directa cuando se ejercita “contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria y sus avalistas”; de regreso cuando “se ejercita contra cualquier otro obligado”. En el caso del cheque en general, y del cheque fiscal en particular, la acción cambiaria será de regreso, toda vez que el banco librado como destinatario de la orden de pagar una suma de dinero no es parte cambiaria

⁶ Título III de la Circular Externa 007 de 1996 expedida por la Superintendencia Bancaria.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2005, expediente 3215.

⁸ Esta norma es reiterada por el artículo 125, numeral 4, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto 663 de 1993.

⁹ TRUJILLO CALLE, Bernardo. *De los títulos valores*. Tomo I, parte general, página 236. Editorial Leyer, Bogotá D.C., décima quinta edición, 2006.

y, por lo mismo, no existe un obligado directo. “De allí que las acciones derivadas del cheque, en el sistema colombiano, sean siempre de regreso”¹⁰. Así las cosas, tratándose del cheque fiscal, la acción cambiaria de regreso se ejercerá exclusivamente contra el librador del cheque.

Ahora bien, prescribe el artículo 782 del C. Co. que mediante la acción cambiaria el último tenedor del título puede reclamar el pago “*Del importe del título o, en su caso, de la parte no aceptada o no pagada*” (numeral1). En el caso del cheque fiscal, el primero y último tenedor será la entidad pública beneficiaria del título toda vez que, como se ha explicado, dicho título valor no es negociable y no circula mediante endoso.

Por otra parte la acción cambiaria incluye el cobro del 20% del importe del cheque, prevista en el artículo 731 del C. Co. para cuando no se pague debido a culpa del librador, toda vez que ese monto, entre otros, corresponderá a la “*parte no pagada*” del título a que se refiere el citado artículo 782.

Finalmente, la acción cambiaria derivada del cheque está sujeta a caducidad y prescripción. Ocurre lo primero, contra el librador y sus avalistas, por no haber sido presentado el cheque en tiempo¹¹, si durante el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del banco librado y, por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse (artículo 729 del C. Co.).

Finalmente, las acciones cambiarias derivadas del cheque prescriben: las del último tenedor, en seis meses, contados desde la presentación; las de los endosantes y avalistas en el mismo término, contado desde el día siguiente a aquel en que se pague el cheque (artículo 730 del C. Co.). En el caso del cheque fiscal es aplicable sólo la primera hipótesis, dado que la entidad pública beneficiaria es la única y, por tanto, última tenedora del título.

C. Los títulos valores son títulos ejecutivos

Es de la esencia del título valor su carácter ejecutivo. Al decir de Vivante, “...*el fundamento jurídico sobre el cual se apoya el valor ejecutivo de la letra de cambio, debe buscarse en la voluntad del deudor cambiario, el cual tiene que someterse a la ejecución inmediata, porque, obligándose sobre un título denominado letra de cambio se sometió voluntariamente a la ejecución*”¹². En tratándose del cheque con mayor razón se está en presencia de un título ejecutivo, dado que este contiene la orden “*incondicional*” de pagar una suma de dinero (artículo 713 C. Co.), lo cual es consonante con el artículo 793 del C. Co, a cuyas voces “*El cobro de un título valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas*”. Al atribuirle esta norma presunción de autenticidad al título valor, lo que comúnmente ocurre es que si no se satisface el derecho cambiario del tenedor del título, este acudirá al proceso ejecutivo, dada la característica de título ejecutivo que posee el título valor.

Estas disposiciones son concordantes con el artículo 488 del CPC., que dispone:

¹⁰ DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. *La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios*. Editorial Diké, 1987, páginas 21 a 23.

¹¹ Artículo 718 del C. Co. “Los cheques deberán presentarse para su pago: 1. Dentro de los quince días a partir de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición; 2. Dentro de un mes días a partir de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición copiar

¹² VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III. Editorial Reus, Madrid, 1936.

“Artículo 488. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él...”.

De las disposiciones citadas se extrae que, para que un título sea idóneo para la ejecución, debe constar en un documento; dicho documento debe provenir del deudor o de su causante y ser auténtico o cierto; la obligación contenida en el documento debe ser clara, expresa, y exigible.¹³

Los títulos valores son por tanto títulos ejecutivos, atributos jurídicos que se predicán del cheque y especialmente del cheque fiscal, toda vez que este es un documento que incorpora la orden *“incondicional”* de pagar una suma de dinero (clara y expresa), proveniente del librador del mismo (deudor), que goza de autenticidad por ministerio de la ley (artículo 793 C. Co.) y que es exigible (no está sujeta a plazo o condición), toda vez que el cheque es pagadero a la vista, por expresa disposición del artículo 717 del C. Co.¹⁴

Lo mismo cabe predicar de la sanción establecida en el artículo 731 del C. Co., equivalente al 20% del importe del cheque para cuando este no se pague por culpa del librador, suma que es igualmente exigible ante la autoridad competente, según la sentencia C - 451 de 2002 de la Corte Constitucional, sobre la cual volverá la Sala más adelante.

D. Facultad de cobro coactivo de las entidades públicas

1. La ley 1066 de 2006

La ley 1066 de 2006, *“por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y otras disposiciones”*,¹⁵ dispuso en el artículo 5°:

“Artículo 5o. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de éstas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Parágrafo 1°. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad...”. (Subraya la Sala).

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de mayo de 1972.

¹⁴ “Artículo 717. El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier anotación en contrario se entenderá por no puesta. El cheque posdatado será pagadero a su presentación”.

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial 46.344 del 29 de julio de 2006, fecha en que entró a regir.

El análisis del debate al proyecto de ley en la plenaria de la Cámara de Representantes permite establecer que se perseguían dos objetivos, finalmente consagrados en el artículo 5° de la ley 1066: (i) dotar de jurisdicción coactiva a todas las entidades del Estado, incluyendo a los órganos autónomos y entidades con régimen especial previsto en la Constitución; y (ii) unificar el procedimiento de cobro coactivo para todas ellas, utilizando las herramientas de eficiencia y flexibilidad previstas en el Estatuto Tributario.

La Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido en varias oportunidades al alcance de la ley 1066 y a la facultad de cobro coactivo de las entidades públicas,¹⁶ y en tales oportunidades ha señalado que la ley 1066 de 2006 unificó las formas de cobro coactivo, inclusive para los órganos autónomos y entidades con régimen especial derivado de la Constitución, en orden a garantizar para todas ellas el ejercicio de esa función en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento, el Estatuto Tributario, como claramente se desprendía de los antecedentes de esa ley.

Por su parte, la “jurisdicción coactiva” fue considerada por la Corte Constitucional, en sentencia C-666 de 2000, como *“un privilegio exorbitante de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesiten con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.”*

Y agregó en esa oportunidad:

“Cabe recordar que la regla general consiste en que las controversias originadas en la inejecución de una obligación sean dirimidas por los jueces, y por ello, ciertamente constituye una excepción el hecho de que sea la propia Administración la que esté investida del poder para hacer ejecutar directamente ciertos actos, convirtiéndose de esta forma en juez y parte, en cuanto ella ejecuta a los deudores por su propia cuenta, sin intermediación de los funcionarios judiciales.

Así las cosas, por mandato directo de la ley 1066, para que surja la facultad de cobro coactivo, la obligación a favor del Estado debe ser *exigible*, condición que evidentemente se cumple en el caso del cheque fiscal.

2. **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**

Observa la Sala que la ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, complementa y refuerza la ley 1066 de 2006 al disponer en el artículo 98 del CPACA:

“Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes”¹⁷.

¹⁶ Conceptos 1835 del 9 de agosto de 2007, 1882 del 5 de marzo de 2008 y 1882 ampliación del 15 de diciembre de 2009.

¹⁷ **“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución

En efecto, el CPACA ratifica la potestad de que goza la Administración para efectuar directamente el cobro coactivo de las obligaciones a su favor, aunque deja abierta la opción de acudir a los jueces competentes mediante la vía del proceso ejecutivo.

Es significativo que el nuevo código haya reemplazado la tradicional locución “*jurisdicción coactiva*” (artículo 68 del decreto 01 de 1984) por la expresión “*prerrogativa de cobro coactivo*”, y que el Título IV de la Parte Primera del CPACA denomine “*procedimiento administrativo de cobro coactivo*” las actuaciones que las entidades públicas deben adelantar para cumplir con su deber de “*recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo*”. De esta manera se despeja el equívoco que envolvía incluir en la denominación de la prerrogativa administrativa de cobro la palabra “*jurisdicción*”, alusiva a funciones judiciales con las cuales nada tiene que ver este procedimiento administrativo.

El cambio de redacción anotado no es simplemente una intervención cosmética a la norma, sino una corrección técnica que busca correspondencia de las expresiones con la verdadera naturaleza de la facultad de cobro coactivo. Correspondencia de índole sustancial, porque denomina una función que es estrictamente de naturaleza administrativa, y de orden procesal en atención a que, desde que entró en vigencia la ley 1066, las reglas procesales aplicables a este cobro son las del “procedimiento administrativo de cobro” previsto en el Estatuto Tributario.

De acuerdo con el artículo 99 del CPACA, prestan mérito ejecutivo a favor del Estado, “*para su cobro coactivo*”, diversos documentos en los cuales conste una obligación clara, expresa y exigible. La norma enumera actos administrativos, sentencias, contratos, garantías, y “*Las demás que consten en documentos que provengan del deudor*” (numeral 5).¹⁸

Dado que el cheque fiscal es un documento que proviene del deudor en donde consta una obligación clara, expresa y exigible a favor del Estado, reúne todos los elementos previstos en la ley para que la administración pueda adelantar directamente el respectivo cobro coactivo con fundamento en los artículos 98 y 99 del CPACA, y en concordancia con el artículo 5 de la ley 1066 de 2006, a través del procedimiento previsto en el Estatuto Tributario. Ello sin perjuicio de que, como lo permite el artículo 98 del CPACA, la entidad pública beneficiaria del cheque fiscal prefiera acudir al juez ordinario competente, mediante la vía del proceso ejecutivo.

La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, incluso antes de la vigencia de las leyes 1066 y 1437, ya había aceptado que mediante el procedimiento de cobro coactivo (antes jurisdicción coactiva) se ejerciera la acción cambiaria. Es así como en sentencia del 21 de noviembre de 2002, Radicación:

Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

(...) **Parágrafo.** Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

¹⁸ Este numeral estaba previsto en idéntica forma en el numeral 6 del artículo 68 del antiguo CCA, decreto ley 01 de 1984.

11001-00-00-000-2000-1571-01, al resolver las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago proferido por el Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para hacer efectivo un cheque fiscal, dijo:

“Los títulos valores dan lugar a la acción cambiaria que se rige por las normas del proceso ejecutivo singular del Código de Procedimiento Civil (artículos 488 a 553), pero teniendo en cuenta las normas especiales de los artículos 780 a 793 del Código de Comercio.

La jurisdicción coactiva, que es una prerrogativa excepcional otorgada por la ley a las autoridades administrativas, abarca el procedimiento excepcional de la acción cambiaria, porque el artículo 68, numeral 6° del Código Contencioso Administrativo, no obstante su ambigüedad, debe entenderse referido en forma genérica a los demás documentos que provengan del deudor y contengan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles; de manera que la norma no excluyó de esa definición los títulos valores que contengan obligaciones crediticias originadas en actos administrativos.

Se tiene, entonces, que el título sobre el cual se expidió el mandamiento de pago por el Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el Cheque del BBV Banco Ganadero número 9457961 del 21 de noviembre de 2000 por valor de un mil quinientos sesenta y tres millones trescientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos (\$1.563'385.448.00) girado por Interconexión Eléctrica S.A. a favor de la Dirección del Tesoro Nacional con cargo a la cuenta número 61010757.

Así, se pretende en este caso hacer efectivo por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva un crédito a favor del Tesoro Nacional, a través del Grupo Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene competencia para hacerlo, en los términos del artículo 112 de la Ley 6ª de 1992”.

Establecido como está que para hacer efectivo un cheque fiscal la administración puede ejercer la potestad de cobro coactivo, deberá dilucidarse el procedimiento a seguir por la entidad pública beneficiaria del título siempre, claro está, con observancia plena de los principios del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción.

E. El procedimiento de cobro coactivo

1. Normas aplicables

El artículo 5 de la ley 1066 de 2006 prescribe que para ejercer la facultad de cobro coactivo deberá seguirse el procedimiento previsto en el Estatuto Tributario. El decreto reglamentario 4473 de ese mismo año precisa en su artículo 5° que *“Las entidades objeto de la Ley 1066 de 2006 aplicarán en su integridad, para ejercer el cobro coactivo, el procedimiento establecido por el Estatuto Tributario Nacional o el de las normas a que este Estatuto remita”*.

Por su parte, el artículo 100 del CPACA dispone:

“Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.

2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.

3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.”

Del análisis sistemático de las disposiciones citadas deduce la Sala que en los procedimientos administrativos de cobro coactivo se deberán observar las siguientes reglas:

i) Los procedimientos de cobro coactivo regidos por leyes especiales se seguirán por lo dispuesto en ellas;

ii) En ausencia de tales procedimientos especiales de cobro, deberá aplicarse el título IV del CPACA (artículos 98 a 101), las disposiciones contenidas en el Libro V, Título VIII del Estatuto Tributario, en sus artículos 823 a 843-2, y las normas que lo modifiquen o adicionen, en concordancia con la ley 1066 de 2006;

iii) En lo no previsto en leyes especiales o en el Estatuto Tributario, se aplicarán las reglas de procedimiento de la parte primera del CPACA, y

iv) En lo no previsto en dicha parte primera, se aplicará el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular. En el momento en que entre a regir el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012)¹⁹, se aplicará este último en lo pertinente.

Respecto de los cheques fiscales y el correspondiente ejercicio de la acción cambiaria, el Código de Comercio establece en los artículos 780 a 821 (Título III, “De los títulos valores”; capítulo sexto, “Procedimientos”) reglas especiales que deberán observarse preferentemente en el cobro coactivo de tales cheques, tanto de carácter sustancial como procesal, muchas de las cuales ya han sido comentadas en este concepto (procedencia de la acción cambiaria, artículo 780; acciones cambiarias directas y de regreso, artículo 781; contenido de la acción, 782; autenticidad del título, artículo 793, entre otros).

Ahora bien, en cuanto al procedimiento de cobro propiamente dicho, no se aprecia la existencia de normas especiales que rijan ese trámite, por lo que deberán aplicarse el título IV del CPACA (artículos 98 a 101), y las disposiciones del Libro V, Título VIII del Estatuto Tributario, en sus artículos 823 a 843-2, en concordancia con la ley 1066 de 2006.

2. **El procedimiento administrativo de cobro**

¹⁹ Según el artículo 627 de esa ley, las disposiciones relativas al proceso ejecutivo entrarían a regir a partir del 1 de enero de 2014.

Partiendo de la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, contenida en un título ejecutivo -cheque fiscal-, el funcionario competente librará el mandamiento de pago en los términos del artículo 826 del Estatuto Tributario (E.T.):

“Artículo 826. Mandamiento de pago. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos. Este mandamiento se notificará personalmente al deudor, previa citación para que comparezca en un término de diez (10) días. Si vencido el término no comparece, el mandamiento ejecutivo se notificará por correo. En la misma forma se notificará el mandamiento ejecutivo a los herederos del deudor y a los deudores solidarios

Cuando la notificación del mandamiento ejecutivo se haga por correo, deberá informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar. La omisión de esta formalidad, no invalida la notificación efectuada.

Parágrafo. El mandamiento de pago podrá referirse a más de un título ejecutivo del mismo deudor”.

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, el deudor deberá pagar el monto de la deuda, o proponer excepciones contra dicho mandamiento, según lo dispone el artículo 830 del E.T. Si vencido dicho término no se hubieren propuesto excepciones, o el deudor no hubiere pagado, el artículo 836 del E.T. establece que “...el funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. *Contra esta resolución no procede recurso alguno*”²⁰.

Ahora bien, en cuanto a las excepciones procedentes contra el mandamiento de pago existe norma especial para el caso del título valor - cheque fiscal, la cual se encuentra en el artículo 784 del C. Co., que dispone: “*Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones...*”²¹.

²⁰ El Artículo 836 contiene un parágrafo del siguiente tenor: “...Cuando previamente a la orden de ejecución de que trata el presente artículo no se hubieren dispuesto medidas preventivas, en dicho acto se decretará el embargo y secuestro de los bienes del deudor si estuvieren identificados; en caso de desconocerse los mismos, se ordenará la investigación de ellos para que una vez identificados se embarguen y secuestren y se prosiga con el remate de los mismos...”.

²¹ “Artículo 784. Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:

1. Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título;
2. La incapacidad del demandado al suscribir el título;
3. Las de falta de representación o de poder bastante de quien haya suscrito el título a nombre del demandado;
4. Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente;
5. La alteración del texto del título, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración;
6. Las relativas a la no negociabilidad del título;
7. Las que se funden en quitas o en pago total o parcial, siempre que consten en el título;
8. Las que se funden en la consignación del importe del título conforme a la ley o en el depósito del mismo importe hecho en los términos de este título;
9. Las que se funden en la cancelación judicial del título o en orden judicial de suspender su pago, proferida como se prevé en este título;
10. Las de prescripción o caducidad, y las que se basen en la falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción;
11. Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe;
12. Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, y

Estima la Sala que son las excepciones consagradas en esa norma las aplicables cuando se pretenda el cobro de un cheque fiscal toda vez que, como ya se ha explicado, mediante el procedimiento de cobro coactivo se está ejerciendo la acción cambiaria y, por tanto, será la norma especial, el artículo 784 del C. Co., el que rija el medio de defensa (excepciones) del librador del título frente a la entidad pública beneficiaria del mismo.

Claramente son dichas excepciones y no otras las que se ajustan a la naturaleza de la relación jurídica (cambiaria) nacida de la emisión de un título valor y si de allí surge la acción (cambiaria) igualmente debe proceder la excepción (cambiaria), materializándose de manera idónea el derecho de defensa y contradicción radicada en el emisor del título.

Propuestas las excepciones, deberán resolverse de acuerdo con el trámite consagrado en el artículo 832 del E.T., es decir, dentro del mes siguiente a la presentación del escrito que las propone, para lo cual podrán decretarse las pruebas que sean del caso. El artículo 833 E.T. prevé que, de resultar probadas las excepciones, el funcionario competente procederá a declararlas y ordenará la terminación del procedimiento respecto de ese título y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubieren decretado. De igual manera actuará cuando el deudor cancele la totalidad de las obligaciones, independientemente de la etapa en que se encuentre el proceso.²²

Si se rechazan las excepciones se ordenará adelantar la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra dicha resolución procede únicamente el recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 834 E.T.

El artículo 101 del CPACA consagra una importante garantía, consistente en que las decisiones más trascendentes que se adoptan en el procedimiento administrativo de cobro coactivo son susceptibles de control judicial, así:

“Artículo 101. Control jurisdiccional. Sólo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito...”.

F. El artículo 731 del Código de Comercio

Dispone el artículo 731 del Código de Comercio:

13. Las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor”.

²² ESTATUTO TRIBUTARIO, “ARTICULO 833. EXCEPCIONES PROBADAS. Si se encuentran probadas las excepciones, el funcionario competente así lo declarará y ordenará la terminación del procedimiento cuando fuere del caso y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubieren decretado. En igual forma, procederá si en cualquier etapa del procedimiento el deudor cancela la totalidad de las obligaciones.

Cuando la excepción probada, lo sea respecto de uno o varios de los títulos comprendidos en el mandamiento de pago, el procedimiento continuará en relación con los demás sin perjuicio de los ajustes correspondientes”.

"El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione".

De acuerdo con esta disposición, el librador queda obligado, por ministerio de la ley, a abonar a favor del tenedor el 20% del importe del cheque si concurren dos requisitos: i) Que el cheque se haya presentado al cobro en tiempo, es decir, dentro de los plazos previstos en el artículo 718 del C. Co. y, ii) Que su pago no se haya hecho efectivo por culpa del librador.

Dado que dicho porcentaje ha sido preestablecido de manera general en la ley, no le es dable al tenedor del título exigir un monto mayor. Dicho monto, en el caso de no pago del título, corresponde entre otros a la *"parte no pagada"* del cheque al que se refiere el artículo 782 del C. Co., el cual da origen a la acción cambiaria y corresponde a una obligación clara, expresa y exigible, derivada de la misma naturaleza del título que le da origen: el cheque.

1. El artículo 731 del C. Co. y la Sentencia C – 451 de 2002

Mediante la Sentencia C – 451 de 2002 la Corte Constitucional declaró conforme a la Constitución el artículo 731 del C. Co, sin condicionamiento alguno, y sostuvo entre otros los siguientes argumentos ²³

Al declarar exequible sin condicionamiento alguno el artículo 731 del C. Co., la Corte sostuvo entre otros los siguientes argumentos:

- i)** Sin examinar la naturaleza jurídica de la "sanción" prevista en el artículo 731, simplemente observa que se trata de un efecto jurídico exigible a quien no cumple con su deber de diligencia al girar un cheque.
- ii)** El elemento culpa es un requisito "claro" previsto en la norma demandada.
- iii)** En cuanto al procedimiento que debe seguirse para exigir el pago del 20%, aspecto sobre el cual el artículo 731 guarda silencio, la Corte indica que está regulado en otras disposiciones, a saber: el artículo 781 del C. Co. sobre la acción cambiaria de regreso, el artículo 793 del C. Co., relativo al procedimiento ejecutivo para el cobro de un título valor, en concordancia con el proceso ejecutivo que desarrolla el Código de Procedimiento Civil.

²³ En el aparte pertinente para este concepto el demandante argumentó: "...Un tenedor de un cheque no tiene poder sancionatorio. Manifiesta que del artículo 92 y 29 de la Carta se concluye que son *"los jueces, tribunales o autoridades competentes quienes deben desarrollar el juicio con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio."* En cuanto a los particulares, estos solo pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros. Así, *"el tenedor del cheque, no pagado por culpa del librador, no puede imponer por su cuenta y directamente la sanción al cheque devuelto y no pagado. Debe acudir a la autoridad administrativa que tenga dicha función jurisdiccional determinada excepcionalmente en la ley. Y, si no existe tal atribución a autoridad administrativa específica, debe acudir a los jueces o tribunales competentes."* Por esta razón considera que se violan los artículos 2, 6, 29, 92, 116, 121, 228, 229 y 230 de la Constitución".

iv)

Al sostener que el artículo 731 del C. Co. no viola la Constitución Política, señala que *“esta disposición no inviste de facultades jurisdiccionales al particular beneficiario de un cheque no pagado por culpa del librador, no impide que el elemento culposo de la conducta del librador se controvierta en un juicio, ni tampoco otorga una potestad coercitiva al beneficiario del cheque que le permita imponer autónoma y automáticamente la sanción en cuestión”*. Y agrega: *“la culpabilidad, salvo reconocimiento personal, es un elemento discutible, y por ende controvertible, respecto del cual se pronuncia la autoridad jurisdiccional competente en un proceso, cuando el librador no la ha aceptado, en donde deberá garantizarse el debido proceso y el derecho de defensa del librador.”*

Como puede advertirse, las consideraciones de la Corte giran en torno a las relaciones que surgen entre particulares cuando quiera que un cheque no resulte pagado y surja la consecuencia del 20% prevista en el artículo 731 del C. Co. Al respecto la Corte es enfática en señalar la necesidad de que, salvo reconocimiento personal, la culpa sea determinada por una autoridad jurisdiccional competente en un proceso, toda vez que los particulares carecen de esa facultad.

En este análisis manifiestamente la Corte Constitucional no se refiere en modo alguno a las relaciones que surgen entre el librador de un cheque fiscal y la entidad pública beneficiaria del mismo, ni a la facultad de cobro coactivo que tiene la Administración, ni mucho menos al procedimiento administrativo de cobro coactivo.

Destaca la Sala la mención que hace la Corte al ejercicio de la acción cambiaria de regreso que debe incoar el particular a través del proceso ejecutivo correspondiente y es allí donde deberá determinarse la culpa del girador para la procedencia del pago del 20% del importe del título previsto en el artículo 731 del C. Co.

Como ya se ha dicho, a través del procedimiento de cobro coactivo las entidades públicas están ejerciendo la acción cambiaria, la cual, como lo ratifica la Corte en la sentencia C – 451 de 2002, incluye el 20% del importe del título. De esta manera, será el señalado procedimiento el que sirva para examinar la culpabilidad del girador del título y exigir el cobro de la mencionada consecuencia legal.

Naturalmente, el procedimiento de cobro coactivo está sujeto a la observancia de los mandatos constitucionales de debido proceso e imparcialidad (artículos 29 y 209 CP), los cuales le permitirán al ejecutado proponer las excepciones cambiarias correspondientes que lo exoneren del pago del 20% previsto en el artículo 731 del C. Co. No sobra indicar que tales principios tienen pleno desarrollo en las reglas del CPACA (artículo 3°), lo que le da mayores garantías al ejecutado.

Estima la Sala, por tanto, que el proceso de cobro coactivo del valor del cheque fiscal, incluido el abono del respectivo 20%, en ningún aspecto contraría lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 451 de 2002.

2. Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 2006. No. Interno 2160

La Sección Quinta examinó en la sentencia 2160, como normas aplicables, la ley 6a de 1992, los artículos 509, 561 y 562 del CPC y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, para resolver las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago proferido el 12 de noviembre de 2002 por el Grupo de

Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dicho mandamiento tenía por objeto p hacer efectivo un cheque fiscal, por concepto de capital e intereses, más el 20% del importe del cheque previsto en el artículo 731 del C. Co. Se pone de relieve que el título ejecutivo en el que se fundó el mandamiento de pago fue un cheque fiscal, y que contra él se interpuso, entre otras excepciones, la de “falta e inexistencia del título ejecutivo fiscal”.

Advirtió la Sección Quinta, en relación con el mandamiento de pago del cheque fiscal, que “su génesis se halla en la existencia de la obligación legal contenida en el artículo 32 de la ley 714 de 2001” consistente en el deber que tienen todos los funcionarios de manejo de reintegrar a la Dirección del Tesoro los recursos que hayan quedado como vigencias expiradas²⁴. Y agregó:

“Pues bien, cualquier incumplimiento que se pueda presentar en el recaudo de los dineros provenientes de vigencias expiradas, así hayan sido cancelados con cheques fiscales, no pueden ser llevados a cobro coactivo solamente con base en el título valor, pues al derivar su existencia del incumplimiento de una obligación legal, es claro para la Sala que el beneficiario de ese crédito, en este caso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección del Tesoro Nacional, está en la obligación de documentar esa circunstancia a través de un acto administrativo en el que se precise la operación financiera frustrada y las consecuencias desprendidas de ese incumplimiento, llámense intereses, sanciones comerciales y demás”.

Más adelante y aludiendo a la sentencia del 21 de noviembre de 2002, Radicación: 11001-00-00-000-2000-1571-01, examinada en el punto E de este concepto, concluyó:

“Deja en claro la Sala que en ningún momento está desconociendo los alcances jurídicos que como título ejecutivo tiene el cheque fiscal, solamente que su eficacia se limita en el contexto del proceso por jurisdicción coactiva, donde la entidad titular del crédito debe complementarlo con el acto administrativo que declare el incumplimiento de un deber legal y precise el monto de las obligaciones a recaudar, pues con ello se es coherente con la naturaleza misma del proceso, que si bien corresponde a una facultad exorbitante o excepcional de la administración para adelantar los procesos para la satisfacción de los créditos a su favor, no permite entrar a debatir cuestiones de fondo, que es a lo que se refiere el legislador cuando anuncia que allí no se pueden discutir aspectos relacionados con la vía gubernativa”.

Es de destacar que, que si bien los supuestos fácticos del fallo aluden al cobro de un cheque fiscal y las excepciones que se interpusieron contra el mandamiento de pago, también destacó la existencia de otra relación jurídica: *“la obligación legal contenida en el artículo 32 de la ley 714 de 2001”*, que es, a juicio de la Sección Quinta, la que la lleva a la exigencia de *“documentar esa circunstancia a través de un acto administrativo en el que se precise la operación financiera frustrada y las consecuencias desprendidas de ese incumplimiento, llámense intereses, sanciones comerciales y demás”*, sin que con ello se quiera *“desconocer los alcances jurídicos que como título ejecutivo tiene el cheque fiscal”*.

²⁴ “Artículo 32. Las cuentas por pagar y las reservas presupuestales correspondientes al año fiscal de 2001 que no hubieren sido ejecutadas a 31 de diciembre de 2002 expirarán sin excepción. en consecuencia, los funcionarios de manejo de los respectivos órganos reintegrarán los dineros de la Nación a la Dirección del Tesoro Nacional, antes del 15 de enero del año 2003”.

En relación con esta cita jurisprudencial observa la Sala que mediante la ley 714 de 2001, de donde la Sección Quinta derivó *“la obligación legal contenida en el artículo 32”*, se decretó el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002. Esta disposición no rige en la actualidad, comoquiera que al ser la ley anual de presupuesto correspondiente precisamente al año 2002, su vigencia expiró el 31 de diciembre de ese año.

De otra parte se observa, también, que la sentencia citada se funda en las normas procesales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los procesos de jurisdicción coactiva, vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de ese pronunciamiento, año 2002, pero que han perdido aplicabilidad desde la expedición de las leyes 1066 de 2006 y 1437 de 2011, cuyas reglas han sido objeto de estudio en este concepto.

Por las razones expuestas, los supuestos fácticos y jurídicos estudiados en su momento por la Sección Quinta en la sentencia del 21 de septiembre de 2006, no corresponden a la realidad jurídica actual del cheque fiscal.

En conclusión, a juicio de la Sala el cheque fiscal es título ejecutivo suficiente para adelantar el cobro coactivo con base en los artículos 5 de la ley 1066 de 2006 y 98 y 99 de la ley 1437 de 2011, sin que sea necesario expedir previamente un acto administrativo “en el que se precise la operación financiera frustrada y las consecuencias desprendidas de ese incumplimiento, llámense intereses, sanciones comerciales y demás.” Para efecto del cobro coactivo bastará con seguir el procedimiento que, en principio, fija la misma ley 1437 y el Estatuto Tributario, sin perjuicio de las reglas especiales aplicables, tal como ha quedado expuesto.

III LA SALA RESPONDE:

1. *“¿Resulta legalmente viable que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de establecer la presunta responsabilidad del librador de un cheque que, no obstante haberse presentado en tiempo, no fue pagado por culpa de éste — del librador—, realice un procedimiento administrativo tendiente a establecer la culpa del mismo, previo a la expedición del acto administrativo en el que se plasme la sanción, en el cual, además de establecer la operación financiera frustrada, se señalen las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento, tales como intereses, **sanciones comerciales** y demás, que pueda servir como sustento para la constitución de un título complejo que preste mérito ejecutivo para el cobro de la sanción a que alude el art. 731 del C de Co?” (Negritas textuales).*

No. Lo procedente en el evento de falta de pago del cheque fiscal es ejercer la acción cambiaria con base en el título valor – cheque fiscal por la vía del proceso administrativo de cobro coactivo y, en consecuencia, librar mandamiento de pago de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 826 del Estatuto Tributario, el cual incluirá, además del capital y los intereses que correspondan, el 20% del importe del cheque previsto en el artículo 731 del C. Co.

2. *“De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, i) ¿Cuáles serían los fundamentos normativos legales, constitucionales, jurisprudenciales y doctrinarios que habrían de servirle de soporte a estos actos administrativos de carácter sancionatorio? ii) ¿Resulta necesaria la expedición de un procedimiento interno de la entidad para garantizar*

los derechos constitucionales del librador o cual sería la regulación aplicable?”

Por ser negativa la respuesta a la pregunta 1, no hay lugar a responder este interrogante.

En todo caso, frente a la garantía de los derechos constitucionales del librador del cheque fiscal, será en el proceso administrativo de cobro coactivo en donde este podrá ejercer los derechos de defensa y contradicción, presentando las excepciones cambiarias a que haya lugar con base en el artículo 784 del C. Co. La decisión que sobre las excepciones propuestas adopte la entidad pública ejecutante es susceptible de control judicial en los términos explicados en este concepto.

3. *“¿Si la respuesta concluye que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público carece de funciones jurisdiccionales para declarar la culpa de los giradores, ¿ante qué jurisdicción deben presentarse las demandas, teniendo en cuenta que los cheques correspondientes no solo son girados por personas naturales, sino por personas jurídicas de derecho público, sociedades de economía mixta y entidades de carácter internacional?”*

La Sala se remite a la respuesta dada a la pregunta 1.

4. *“¿Cuál sería el termino de caducidad o de prescripción de la acción aplicable para el acto administrativo o la sentencia, según lo determine esa Sala de Consulta, que sirva de fundamento para constituir el título ejecutivo derivado de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 731 del Código de Comercio?”*

La acción cambiaria derivada del cheque fiscal está sujeta a caducidad y prescripción.

La acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante todo el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del banco librado y, por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse (Artículo 729 del C. Co.).

Por su parte, la acción cambiaria derivada del cheque prescribe para la entidad pública beneficiaria como último tenedor en seis meses, contados desde la presentación. (Artículo 730 del C. Co.).

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
BECERRA
Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala