

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C., miércoles, 21 de marzo de 2018

Al responder cite este Nro.
20182100011373**PARA:** Juan Manuel Londoño Jaramillo, Vicepresidente de Integración Productiva**DE:** Jefe Oficina Asesora Jurídica**ASUNTO:** Respuesta memorando 20183300011342

En atención al radicado del asunto, mediante el cual se solicita a esta Oficina Jurídica consulta “con el fin de determinar la procedencia de la depuración de la cartera ante Comité Técnico de Sostenibilidad del Sistema Financiero de la Entidad”, nos permitimos señalar lo siguiente:

1

Previo a dar respuesta a los interrogantes planteados, es necesario traer a colación lo señalado en el artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala que un documento prestará mérito ejecutivo para su cobro coactivo, cuando en el mismo conste una obligación clara, expresa y exigible.

Respecto de las características anteriormente señaladas, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“(...) la Sala ha precisado que la obligación es **expresa** cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título; es **clara** cuando además de expresa aparece determinada en el título, es fácilmente inteligible y se entiende en un solo sentido; y es **exigible** cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o condición.*

Sobre las mismas la doctrina ha dicho:

“La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del contenido del título, sea que consista ésta en un solo documento o en varios que se complementen formando una unidad jurídica. Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógicos jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta...”

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Expediente 28596

TPE

"La obligación es clara cuando además de expresa aparece determinada en el título en cuanto a su naturaleza y sus elementos (objeto, término o condición y si fuere el caso su valor líquido o liquidable por simple operación aritmética), en tal forma que de su lectura no quede duda seria respecto a su existencia y sus características.

"Obligación exigible es la que debía cumplirse dentro de un término ya vencido, o cuando ocurriera un condición ya acaecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento solo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no someterse a plazo ni a condición (C.C., arts. 1608 y 1536 a 1542)".

Respecto al término de exigibilidad de las obligaciones, el tratadista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA², ha señalado que:

"La administración cuenta con cinco años, contados a partir del momento en que los Actos Administrativos se encuentran en firme, para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución. De no actuar dentro de ese lapso, la suspensión de los efectos del acto que le es imputable a la misma administración se transforma en una sanción para la administración morosa, consistente en que por una parte el acto pierde su fuerza ejecutoria y por la otra la administración perdería en la práctica la competencia para hacerlo ejecutivo".

Lo anterior, se sustenta en lo contenido en el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional, el cual establece que:

"La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión."*

Ahora bien, respecto de la prescripción, de conformidad con lo establecido en los artículos 1625³ y 2535⁴ del Código Civil, se constituye como uno de los modos de extinguir los derechos y acciones por el transcurso del tiempo definido en la ley, sin que el titular de los mismos los haya ejercido.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la figura de la prescripción como forma de extinción de obligaciones y sobre su relevancia desde el punto de

² JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002 pág. 301-302

³ **ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCION.** Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

(...)

10.) Por la prescripción.

⁴ **ARTICULO 2535. PRESCRIPCION EXTINTIVA.** La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

APR

vista constitucional, sosteniendo reiteradamente que la misma no vulnera el orden constitucional, ya que ésta cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

En efecto, mediante Sentencia C-895 de 2009⁵, la Corte Constitucional definió la prescripción así:

"La prescripción extintiva o liberatoria es la institución jurídica por medio de la cual se pone fin a un derecho y a la correspondiente obligación, como consecuencia del paso del tiempo y de la pasividad de su titular en exigirlo por los cauces previstos en el ordenamiento. En la doctrina autorizada, recogida por esta Corporación, se define en los siguientes términos:

"[L]a prescripción llamada extintiva o liberatoria realiza la extinción de un derecho, especialmente de un crédito, por el solo transcurso de cierto plazo; el tiempo, a cuyas manos todo perece, que gasta las instituciones, las leyes y las palabras, echa el olvido sobre los derechos, que caen también en desuso cuando no han sido ejercitados durante un tiempo fijado por la ley; su no utilización conduce a su abolición".

En el mismo sentido, en Sentencia C-227 de 2009, la mencionada Corte señaló que:

"En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria, se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular."

3

Ahora bien, es necesario precisar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional, el término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe en los siguientes casos:

1. Por la notificación del mandamiento de pago.
2. Por la suscripción de acuerdo de pago.
3. Por la admisión de la solicitud de proceso de reorganización, restructuración o liquidación judicial.
4. Por la declaración oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Al respecto, cuando se interrumpe la prescripción de la acción de cobro, por la notificación del mandamiento de pago⁶ o la pérdida de vigencia del acuerdo de pago, el término se contabiliza de nuevo, a partir del día siguiente de su ocurrencia. Ahora, cuando el término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la admisión del proceso concursal o la liquidación judicial o forzosa administrativa, el término se contabiliza a partir de la terminación del respectivo proceso.

⁵ Josserand, Derecho Civil, Tomo II. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 2003, C-735 de 2007.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Bogotá, D.C., 12 de marzo de 2009, Radicación número: 25000-23-27-000-2006-00170-01(16630).



Es pertinente señalar que, en virtud del principio de especialidad de la ley, consagrado entre otros, en el artículo 10 del Código Civil y en el artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a partir de la aplicación del Estatuto Tributario, las únicas causales de interrupción del término de prescripción en materia de cobro coactivo, son las establecidas en el artículo 818 del mencionado Estatuto, razón por la cual la interrupción natural, contenida en el artículo 2539 del Código Civil, que ocurre con el reconocimiento tácito o expreso de la obligación por parte del deudor, no procede en el marco de los procesos administrativos de cobro coactivo.

Al respecto, la División de Normativa y Doctrina Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En relación con las causales de interrupción de la acción de cobro en materia tributaria, la interrupción natural quedó condicionada a la decisión positiva de la DIAN frente a la solicitud de un acuerdo de pago, en tanto que dicha solicitud encarna un reconocimiento expreso de la obligación por parte del contribuyente deudor, es decir, la interrupción no se presenta por el mero reconocimiento de la obligación ya que, en todo caso, se requiere del pronunciamiento favorable de la Administración relativo al otorgamiento de la facilidad para el pago.

(...) Por lo expuesto, al existir normas especiales que regulan la institución de la prescripción en materia tributaria, no es viable recurrir a otros códigos con el fin de encontrar la legislación aplicable en lo que se refiere a la interrupción de la misma en los procesos de cobro coactivo que adelanta la Entidad”⁷

4

Así mismo, en relación con lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, que establece que la acción ejecutiva que ha prescrito se convierte en ordinaria, lo cual permitiría perseguir ante la jurisdicción civil el reconocimiento de las obligaciones prescritas, a partir de la aplicación de las normas tributarias para adelantar la acción de cobro, en aplicación de la prevalencia de la norma especial sobre la general, una vez prescrita la obligación desaparece toda acción para exigir su cumplimiento, por cuanto el Estatuto Tributario Nacional no lo contempla.

El Consejo de Estado⁸ se ha manifestado al respecto, en los siguientes términos:

“Se explica que en este último ordenamiento se haya incluido la prescripción dentro de las normas del procedimiento, por el hecho de que la acción de cobro la ejerce el Estado de manera coactiva, unilateral, por su poder impositivo, y éste fija un trámite que debe observar con celeridad y eficacia, de tal suerte que si no lo inicia en cierto tiempo, que la misma normatividad determina por seguridad jurídica, pierde la posibilidad de exigir el pago del tributo (...)

En cambio, en el campo del derecho tributario, no hay libertad para la adquisición de derecho y asunción de obligaciones sino que estas últimas son impuestas por el Estado de manera unilateral, por el poder que le ha conferido la comunidad, y en consecuencia, en caso de incumplimiento, él se reserva la potestad de hacer exigibles las obligaciones derivadas de los tributos, por sí mismo cuando la ley le ha conferido la jurisdicción coactiva, sin acudir a un tercero, para la cual debe fijarse un procedimiento mediante el cual, con observancia de unas garantías para el obligado, le pueda exigir a éste el pago. En consecuencia, resulta lógico que

⁷ Concepto N° 056418 de fecha 18 de agosto de 2005.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: César Hoyos Salazar, Bogotá, D.C., 10 de octubre de 2002, Radicación número: 1446.



dentro de ese procedimiento se establezca un plazo para la acción que le da la iniciación al cobro coactivo, vencido el cual no se puede ejercitar."

Lo anterior, encuentra también su fundamento en la aplicación de los principios de eficacia y celeridad propios de la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, toda vez que sobre la base de la inactividad de la administración no se puede hacer uso de un término más extenso en perjuicio del particular.

No obstante, los pagos efectuados por el deudor con posterioridad a la ocurrencia de la prescripción deben recibirse por no constituir pago de lo no debido. Lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 819 del Estatuto Tributario Nacional, el cual faculta a la Administración a recibir lo pagado en virtud de una obligación prescrita, así las cosas, si una obligación ha prescrito y hasta el momento no se ha declarado su prescripción y el deudor por su mera liberalidad cancela su obligación, el pago será válido y el acreedor podrá retener lo pagado.

Expuesto lo anterior, esta Oficina Jurídica responde a las inquietudes planteadas en los siguientes términos:

1. ¿La cartera cuya edad de vencimiento es igual o superior a 5 años, constituye una obligación exigible a favor de la entidad?

La cartera cuya edad de vencimiento es mayor a cinco (5) años, NO constituye una obligación a favor de la Entidad.

5

Lo anterior, teniendo en cuenta que una vez transcurre el término establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional, esto es, cinco años contados a partir del momento en el que se hizo exigible la obligación, opera el fenómeno de la prescripción de la acción de cobro, motivo por el cual, la Entidad pierde la competencia temporal y por ende, no es posible exigir el cumplimiento de la obligación que se pretende recuperar.

2. De ser negativa la respuesta y de acuerdo a lo establecido por el literal b del numeral 3.2.15 "Depuración Contable permanente y sostenible" del "Procedimiento para la Evaluación del Control Interno Contable" incorporado en los procedimientos transversales del Régimen de Contabilidad Pública, mediante la Resolución 193 de 5 de mayo de 2016 de la Contaduría General de la Nación, ¿es posible realizar la depuración de cartera por tratarse de "Derechos que no es posible hacer efectivo mediante la jurisdicción coactiva"?

Si es posible realizar la depuración de las obligaciones a favor de la Entidad por la causal "Derechos que no es posible hacer efectivo mediante la jurisdicción coactiva".

No obstante, esta Oficina considera que debe analizarse cada situación en particular, teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 3.2.15 del "Procedimiento para la Evaluación del Control Interno Contable" incorporado por la Contaduría General de la Nación mediante la Resolución 193 de 2016, para así, poder tipificar cada causal conforme al caso en concreto.

3. De no ser posible la depuración por la situación mencionada, de acuerdo a las circunstancias descritas, aplicaría otra de las previstas en el numeral 3.2.15 relacionado?.

Reiteramos lo anteriormente mencionado, en el sentido que la única causal, tal y como se establece el numeral 3.2.15 del "*Procedimiento para la Evaluación del Control Interno Contable*", no es la prescripción, razón por la cual se deberá analizar cada caso en particular, para poder tipificar de acuerdo a cada causal de las que contiene el mencionado numeral, conforme al análisis que se efectúe de la información que repose en cada uno de los expedientes que contengan las obligaciones que serán objeto de depuración.

El presente concepto se emite en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,


MARCELA MORALES CALDERÓN

Anexos: N/A

Copia: N/A

Elaboró: Nhazly Marcela Correa Bustos – Gestor Oficina Jurídica
Revisó: Marcela Morales Calderón – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Marcela Morales Calderón – Jefe Oficina Asesora Jurídica