|  |
| --- |
| barcode_CodBarras |
| Descripción: D:\A SuperFINANCIERA\Logo Super INI\Logo Cartas Modelo SFC.png **Radicación:****2014007342-002-000** Fecha: 2014-03-17 14:17 Sec.día: 801 Anexos: No |
|
|
| Trámite::116-CONSULTAS ESPECÍFICAS |
| Tipo doc::39-RESPUESTA FINAL E |
| Remitente: 114000-Dirección Legal para Intermediarios Financieros |
| Destinatario::4479757-MARIO GIRALDO GALLEGO |

Señor

**MARIO GIRALDO GALLEGO**

revisorfiscal@lameseta.com.co

Número de Radicación : 2014007342-002-000

 Trámite : 116 CONSULTAS ESPECÍFICAS

 Actividad : 39 RESPUESTA FINAL E

 Expediente : \*

 Anexos :

Respetado señor:

De manera atenta, me refiero a sus comunicaciones radicadas en esta Superintendencia con el número indicado en la referencia con los derivados 000 y 001, mediante las cuales formula una consulta relativa a lo que se entiende *“por cheques girados al primer beneficiario a la luz de los procedimiento financieros en Colombia”.* Dicha consulta la efectúa con ocasión de lo dispuesto en el artículo 771-5 del Estatuto Tributario en el cual está previsto que:

*“Artículo 771-5. Adicionado por la Ley 1430 de 2010, artículo 26. Medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos descontables. Para efectos de su reconocimiento fiscal como costos, deducciones, pasivos o impuestos descontables, los pagos que efectúen los contribuyentes o responsables deberán realizarse mediante alguno de los siguientes medios de pago: Depósitos en cuentas bancarias, giros o transferencias bancarias,* ***cheques girados al primer beneficiario****, tarjetas de crédito, tarjetas débito u otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago en la forma y condiciones que autorice el Gobierno Nacional.*

*(…)”.* (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Para efectos de obtener una respuesta, en su comunicación radicada con el derivado 000, plantea las siguientes soluciones:

*“(…)*

1. *Se entiende solo el cheque que es girado a nombre de una persona natural o jurídica, pero sin qu el cheque lleve ninguna restricción de pago???. (sic) o,*
2. *Este debe ir con un sello que diga páguese únicamente al primer beneficiario??????? (sic)”.*

A su turno, en la comunicación radicada con el derivado 001 presenta como posible respuesta a su consulta el siguiente enunciado: *“1) AQUEL QUE SE GIRA A NOMBRE DEL PROVEEDOR DE BIENES O SERVICIOS DE LA PERSONA NATURAL O JURÍDICA, PERO SIN QUE LLEVE EL SELLO O LA LEYENDA “PAGUESE AL PRIMER BENEFICIARIO”?????????* (sic)*”.*

Sobre el particular, procede efectuar los siguientes comentarios:

**1.-** En primer lugar, se considera necesario indicar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1382 del Código de Comercio, por contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o de otra forma previamente convenida con el Banco.

Adicionalm, me permito señalar que las disposiciones legales pertinentes del contrato de cuenta corriente bancaria se encuentran previstas en los artículos 1382 a 1392 del Código de Comercio y, en el literal b) del numeral 1° del artículo 7, el literal e) del artículo 10 y los artículos 123 y 125 del EOSF; así como las normas relativas al cheque, están consagradas en los artículos 712 a 751 del Código de Comercio y en la Ley 1° de 1980 que regula el cheque fiscal.

Cabe resaltar que en la normatividad citada no existe una disposición legal que defina expresamente lo que se entiende por cheques girados al primer beneficiario. No obstante, en el artículo 715 está previsto que la negociabilidad de los cheques puede limitarse así: *“La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique. (…) Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, sólo podrán cobrarse por conducto de un banco”.*

**2.-** De la misma manera procede mencionar que la Superintendencia Financiera ha proferido instrucciones generales de obligatorio acatamiento para los establecimientos bancarios relacionadas con las cuentas corrientes, las cuales están consagradas en los numerales 1 y 3 del capítulo IV del Título II y, los numerales 1, 2 y 5 del Capítulo I del Título III de la Circular Básica Jurídica –CBJ- (Circular Externa 007 de 1996)[[1]](#footnote-1).

En el literal a. del numeral 2.10 del Capítulo I del Título III de la Circular Básica Jurídica –CBJ-, se hace referencia a la cláusula de *"páguese al primer beneficiario”*, en los siguientes términos:

*“2.10 Cheques especiales*

*a. Cheque fiscales*

*(…)*

*b. Cheques con negociabilidad restringida .*

*Este Despacho se permite señalar las siguientes consideraciones jurídicas relacionadas con la viabilidad de efectuar el pago por ventanilla de cheques en los cuales se ha incorporado una cláusula de restricción de negociabilidad.*

*Prescribe el artículo 715 del Código de Comercio que los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la Ley "..sólo podrán cobrarse por conducto de un banco". El examen de la frase recién transcrita, cuyo contenido es imperativo conduce "prima facie" a la conclusión de que el beneficiario de un título, cuando el mismo no sea un establecimiento bancario, no estaría habilitado para reclamar el pago del importe del cheque, puesto que del enunciado del precepto legal no se deduce que existan excepciones o exclusiones a la regla trazada, siendo preciso anotar que los argumentos de conveniencia o inconveniencia no pueden tener cabida en el análisis, ya que establecer el sentido y alcance de una disposición legal con base en la apreciación que se tenga sobre el contenido ideal de una regla jurídica conduce invariablemente a sustituir la posición de intérprete por la propia de la autoridad investida con la atribución de dictar la norma.*

*No obstante la definición del problema a la que inicialmente se arribó y que se dejó resumida atrás, un examen del tema ha llevado a concluir que el punto en discusión puede abordarse desde una perspectiva diferente, teniendo en cuenta el efecto que naturalmente se sigue de la inclusión de una cláusula de restricción de la disposición contenida en el artículo 715 del Código de Comercio, dentro del conjunto de las normas que regulan el cheque.*

*El aparte primero del artículo 715 establece que puede incorporarse válidamente al cheque una cláusula enderezada a limitar su negociabilidad. La negociabilidad del cheque se verifica, tratándose de títulos a la orden, mediante el endoso y entrega del instrumento; en relación con los títulos al portador la limitación no tendría efecto práctico alguno, en cuanto no habría posibilidad de establecer una dicotomía entre beneficiario y tenedor, al menos cambiariamente.*

*El endoso puede revestir varias modalidades, en propiedad, en procuración o en garantía. El endoso en procuración presupone legitimar a un tercero para cobrar el instrumento. En principio, una cláusula que restringe la negociabilidad no permitiría que el cheque se consignara en una cuenta abierta por el beneficiario. Con la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 715 se faculta a los bancos para actuar como mandatarios al cobro de los beneficiarios que persiguen obtener el pago de un cheque con esta característica, sea porque lo han consignado directamente en el banco cobrador o en otra institución financiera que garantiza al banco cobrador que se abonara en cuenta del beneficiario.*

*Con fundamento en la consideración anterior es viable afirmar que el cheque no negociable, por disposición que haya quedado vertida en el documento o por virtud de una norma legal que así lo consagre, puede ser pagado directamente por el banco librado a su beneficiario, sea por ventanilla o sea por otro medio, o puede ser cobrado valiéndose de los servicios de un banco, siendo esta última opción una excepción legal a la limitación de negociabilidad comentada. Con todo, debe tenerse presente que los cheques fiscales, regulados por la ley 1ª de 1980, no pueden ser pagados sino mediante el abono de su importe en la cuenta de la entidad pública beneficiaria, por razón de disposición expresa en tal sentido.*

*La función propia de la cláusula de no negociabilidad es la de impedir que un tercero diferente del beneficiario pueda legitimarse para exigir el pago del instrumento. Dicha función se satisface tanto cuando el pago del importe del título se hace directamente a la persona del beneficiario que presenta el cheque ante el banco librado, como cuando el mismo se calcula por conducto de un banco que lo cobra en nombre y por cuenta del beneficiario.*

*Con arreglo a lo antes expuesto puede concluirse que la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 715 del Código de Comercio admite dos interpretaciones divergentes: una según la cual al establecerse que el cheque con negociabilidad restringida solo podrá cobrarse por conducto de un banco, se está prohibiendo el pago al beneficiario en forma directa; otra, conforme a la cual la restricción de negociabilidad impone al librado la obligación de pagar el cheque exclusivamente a la persona que acredite ser el beneficiario del mismo, a menos que, según lo señala el segundo inciso del artículo 715 citado, se cobre por conducto de un banco que actúe en beneficio de quien sea el titular primigenio del derecho incorporado en el cheque; la restricción impuesta por norma legal o por disposición de autonomía particular puede ser complementada con la inclusión de otras cláusulas como el cruzamiento general o especial o la indicación de que el cheque es para abono en cuenta.*

***La segunda posición esbozada, que corresponde a la adoptada en la práctica bancaria, ha de acogerse por ser la que consulta la función asignada legalmente a la figura de la restricción de negociabilidad, la cual se presenta por virtud de mandato legal o por la inclusión de cláusulas tales como "páguese al primer beneficiario o "no negociable"****, razón por la cual el cheque no negociable podrá ser válidamente pagado por el banco librado al beneficiario en forma directa o por la vía establecida en el segundo inciso del artículo 715 del Código de Comercio, salvo en el caso de una norma legal que limite de manera específica el pago directo al beneficiario, como ocurre con los cheques fiscales que sólo podrá pagarse abonando su valor en la cuenta que la entidad pública mantengan en el banco librado o en el establecimiento de crédito consignatario.*

*c. Canje de cheques con negociabilidad restringida*

*Toda entidad financiera autorizada por la ley para recibir cheques en consignación con cláusula de negociabilidad restringida deberá hacer una revisión cuidadosa del título, desde el punto de vista formal, con el propósito de verificar si de quien lo recibe o el titular de la cuenta en la cual está consignando, es el legitimado para ejercer el derecho incorporado en el título respectivo.*

***En estos términos cuando una entidad crediticia envíe por canje cheques con negociabilidad restringida, consignados en las cuentas de sus clientes, deberá haber certificado al banco librado que el título fue consignado en la cuenta del primer beneficiario, mediante la imposición del sello mecánico en el que se indique tal circunstancia (ejemplo: "Certifícase consignación de este cheque en cuenta del primer beneficiario").***

*Respecto de los cheques consignados en cuentas abiertas en corporaciones de ahorro y vivienda, o en otras entidades autorizadas por la ley para recibir cheques en consignación (cooperativas de ahorro y crédito, y otros), la certificación que éstas hagan surtirá efectos ante el banco que reciba el documento para presentarlo al canje y ante el banco librado.*

*Es de anotar que la devolución del instrumento a la entidad consignataria, en el evento de haberse omitido la certificación, no puede afectar al tenedor legitimo del título, en el entendido de que dicha causal es de uso meramente interbancario.*

*De otra parte, la Superintendencia considera que los bancos no deben solicitar como requisito obligatorio que los cheques con cláusula restrictiva de la negociabilidad presentados para el cobro a través del mecanismo de la Cámara de Compensación, además de contener el sello de certificación de que trata el presente subnumeral, contengan la firma del funcionario que en el establecimiento de crédito se encarga de imponer las certificaciones respectivas.*

*En efecto, la firma del funcionario encargado de estas funciones puede ser establecida como medida de control, tendiente a establecer responsabilidades administrativas internas, puesto que frente al banco librado y a los demás terceros es el banco consignatario o la corporación de ahorro y vivienda respectivas (como persona jurídica), el responsable de una indebida certificación.*

*El inciso final del artículo 6o. de los acuerdos ínterbancarios vigentes, cuyas disposiciones debe observar el banco librado, claramente dispone que****, "...en los cheques no negociables por cualquier causa, salvo los fiscales respecto de los cuales se aplicarán las disposiciones legales vigentes, se utilizará por el establecimiento de crédito que recibe y manda al canje el instrumento o lo cobra directamente al banco librado, un sello que diga: ‘Certifíquese consignación de este cheque en cuenta de primer beneficiario’; el establecimiento de crédito que imponga el sello se hará responsable, frente al banco librado, en el evento de que el título sea pagado a persona diferente del tenedor legítimo".***

*En tal virtud, la exigencia de la firma autógrafa en el asunto analizado, además de contribuir a dilatar el canje de cheques con negociabilidad restringida, desvirtúa la función y el objeto de la Cámara de Compensación.*

*(…)”.* (Subrayado y resaltado fuera de texto).

**3.-** Adicionalmente, resulta pertinente indicar que la Asociación Bancaria de Colombia –ASOBANCARIA, a través de tres acuerdos interbancarios[[2]](#footnote-2), definió algunas recomendaciones, con el fin de optimizar la prestación de las operaciones realizadas a través de cheques y otros títulos valores, los cuales pueden ser consultados a través del siguiente enlace: //www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/publicaciones/economica\_financiera/operacion\_bancaria/operacion\_bancaria.

Cabe resaltar que en el Acuerdo Interbancario denominado “ADMINISTRACIÓN DE CONTRATOS DE CUENTA CORRIENTE, CHEQUES, TÍTULOS JUDICIALES, DEPÓSITOS DE ARRENDAMIENTO Y PROCESOS DE CANJE” está consagrado el procedimiento sobre certificación de consignación del cheque al primer beneficiario.

**4.-** De otro lado, es importante indicar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de febrero de 1991, se pronunció sobre las restricciones de la negociabilidad del cheque en el siguiente sentido:

*“Sin embargo, este cheque común y corriente puede encontrarse restringido en su negociabilidad en forma absoluta o relativa. Lo uno acontece cuando se trata de un ´cheque no negociable”, evento en el cual, además de no poderse negociar, su tenedor legítimo sólo puede cobrarlo por conducto de un banco y no por ventanilla (art. 715 inc. 2.° C. Co.), tal como acontece con los cheques a los cuales se les inserta la cláusula correspondiente (v. gr., ´no negociable´, ´este cheque no es negociable´) o lo dispone la ley, como el cheque expedido o endosado a favor del banco librado´(art. 716 C. Co.). Y lo otro sucede con la restricción que sólo afecta la negociabilidad de la misma del cheque y no la presentación y forma de cobro tal como ocurre cuando se le incluye la cláusula o leyenda ´páguese únicamente al primer beneficiario´, caso en el cual este último no puede negociarlo y sólo él puede cobrarlo, bien en forma directa presentándolo en la ventanilla o bien por conducto de un banco a través de la cámara de compensación”.*

**5.-** Por su parte, sobre el *“cheque no transferible”*, los autores Bernardo Trujillo Calle y Diego Trujillo Turizo en su obra De los títulos valores Tomo II[[3]](#footnote-3), señalan que:

*“(…) Carece este documento de reglamentación legal en nuestro ordenamiento. Ha sido costumbre –una mala costumbre si se quiere- la que* ***en Colombia le está abriendo el camino a una especie de cheque no transferible mediante la peregrina cláusula “páguese únicamente al beneficiario”, o, como se dice antitécnicamente, “páguese únicamente al primer beneficiario”, que en el fondo sería el mismo cheque no transferible de la legislación italiana. Sólo que allá tiene regulación legal y en Colombia no.***

*(…)* ***Lo cierto es que de tiempo atrás, desde antes de la vigencia del Código de Comercio (Decreto 410 de 1961), ha venido aceptándose por la costumbre que se le inserte al cheque una cláusula de páguese únicamente al primer beneficiario****, o esta otra: páguese únicamente a la cuenta corriente número tal, lo cual es, ni más ni menos, que una forma indirecta y equívoca de librar un cheque intransferible, no reglamentado expresamente en la ley”.*

A su vez, el doctrinante Gerardo José Ravassa Moreno, en su obra “Títulos Valores Nacionales e Internacionales”[[4]](#footnote-4) sostiene lo siguiente:

*“(…)* ***la ley autoriza la colocación de una cláusula que restringe la negociabilidad del cheque e impide endonsarlo, tal como hace el art. 715:***

*´La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertado en ellos una cláusula que así lo indique. Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley, sólo podrán cobrarse por conducto de un banco´.*

*La deficiente redacción de este artículo ha generado enormidad de problemas.* ***Tradicionalmente han venido empleándose dos cláusulas con este fin: la más sencilla de ´no negociable´ y la de páguese únicamente al primer beneficiario´.*** *Hemos venido sosteniendo que es preferible utilizar la segunda expresión y no la primera porque, efectivamente, si bien el art. 715 dice que la negociabilidad de los cheques podrá eliminarse, lo que no dice es quien puede limitarla, por lo que habrá que entender que esta limitación puede establecerse no sólo por el girador sino también por cualquier tenedor posterior”.*

Adicionalmente, resulta importante manifestar lo indicado por Ramiro Rengifo en su libro titulado Títulos valores[[5]](#footnote-5), a saber:

*“8. Cheque con la cláusula “páguese únicamente al primer beneficiario”*

*No lo regula la ley sino que lo ha impuesto la costumbre. Es aquel al cual se le inserta la cláusula referida. Su efecto es más drástico que el que tiene la cláusula “negociable”, pues mientras éste puede seguir circulando aunque sea con efectos de cesión civil, aquél no lo puede hacer. Significa ello que de nacimiento se mata la posibilidad de negociación del título. (…)”.*

**6.-** De conformidad con la normatividad y doctrina expuesta, esta Superintendencia observa que la expresión *“cheques girados al primer beneficiario”* se refiere a una cláusula insertada en un cheque que implica una restricción de negociabilidad, de acuerdo a lo señalado en el artículo 715 del Código de Comercio, en el sentido de limitar su cobro exclusivamente al beneficiario del cheque.

Sin embargo, consideramos pertinente aclararle que en la medida que el tema materia de consulta se relaciona directamente con la normatividad tributaria vigente, así como en punto a la doctrina oficial en esta materia, le sugerimos direccionar su consulta a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- ya sea en forma directa o por conducto de su página web ([www.dian.gov.co](http://www.dian.gov.co/) ), en caso de persistir inquietudes.

De esta manera dejamos atendido el objeto de su petición, recordando que este oficio tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



**ANGELA MARIA LINARES VILLALOBOS**

Director Legal para Intermediarios Financieros

Dirección Legal para Intermediarios Financieros

Copia a:

*Elaboró:*

*DIANA CAROLINA GOMEZ CASTILLO*

*Revisó y aprobó:*

1. Dicho instructivo podrá consultarse en la página Web de esta Entidad: [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co), siguiendo la ruta: Normativa / Normativa general/ Circular Básica Jurídica (C.E. 007 de 1996) / Título III. [↑](#footnote-ref-1)
2. Acuerdo Bancario sobre la Administración de Contratos de Cuenta Corriente, cheques, títulos judiciales, depósitos de arrendamiento y procesos de Canje; Acuerdo Bancario para proveedores de títulos valores y normas de control de calidad de cheques; Acuerdo Bancario de normas estándares para la elaboración de cheques. El contenido de los mismos puede consultarse a través del siguiente enlace: //www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/publicaciones/economica\_financiera/operacion\_bancaria/operacion\_bancaria. [↑](#footnote-ref-2)
3. TRUJILLO CALLE, Bernardo y TRUJILLO TURIZO, Diego. De los títulos valores Tomo II, Parte Especial, Títulos de contenido creidticio letras, pagarés, cheques, facturas cambiarias, C.D.T. Décima Edición, Eitorial Leyer. Pág. 277-279. [↑](#footnote-ref-3)
4. RAVASSA MORENO, Gerardo José. “Títulos Valores Nacionales e Internacionales”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Pág. 445-446. [↑](#footnote-ref-4)
5. RENGIFO, Ramiro. Títulos valores. Editorial Librería Señal Editora, Décimo segunda edición: 2008. Pág. 326-327. [↑](#footnote-ref-5)