



Bogotá, D. C.

Doctora
Lida Patricia Pérez Rodríguez
Jefe de la Oficina de Gestión de Ingresos
Dirección Distrital de Tesorería
Secretaría Distrital de Hacienda
Correo: snarvaez@shd.gov.co
NIT 899.999.061-9
KR 30 25 90 piso 1
Ciudad

CONCEPTO

Referencia	
Descriptor general	Tesorería
Descriptores especiales	Sanción cheque devuelto
Problema jurídico	<i>¿Es sancionable la devolución de un cheque suscrito por una entidad pública distrital a favor de la Tesorería Distrital?</i>
Fuentes formales	

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

¿Es sancionable la devolución de un cheque suscrito por una entidad pública distrital a favor de la Tesorería Distrital?

CONSIDERACIONES

Reiterando nuestro concepto expedido el 16 de agosto de 2019, con radicado 2019IE21971, se procede a ampliar esa respuesta con las siguientes consideraciones:

Lo primero que se observa en la aplicación de la sanción del 20% por cheque devuelto entre entidades públicas es que no se cumple la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones conociendo las magnitudes de los montos de recursos que se giran y en especial porque vincula a un servidor público (persona natural) que lo expide a nombre de la entidad pública (persona jurídica), es decir, lo expide para el cumplimiento de una función pública de la cual en nada se beneficia o al menos directamente al obtener un rechazo del cheque.

Con base en estas dos observaciones se considera pertinente analizar la posible configuración de la figura jurídica de la confusión, así como la proporcionalidad de aplicar esta sanción en la gestión de recursos públicos y, en consecuencia, la posible aplicación de la excepción de constitucionalidad en estos casos.

República Unitaria

El Estado colombiano es una República Unitaria descentralizada que tiene un diseño institucional de colaboración armónica para cumplir los fines propuestos en la Constitución Política, las leyes y los reglamentos (artículo 209, CP).

Con el fin de hacer cumplir los deberes y de garantizar los derechos a todos sus habitantes el Estado se descentraliza política y administrativamente en el sector nación y el sector entidades territoriales y se distribuye competencias “siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación” (art. 7, Ley 489 de 1998).

En el mismo sentido, la Rama Ejecutiva del poder público del Estado colombiano, se reparte funciones entre entidades del sector central y descentralizado, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

El financiamiento de las entidades del sector central y las descentralizadas adscritas se realiza con los mismos ingresos públicos que debe administrar la respectiva tesorería nacional, departamental, distrital o municipal, bajo el Principio Presupuestal de Unidad de Caja y mediante el mecanismo de Cuenta Única, conforme a lo previsto en los artículos 16 y 103 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, Decreto Nacional 111 de 1996, normas replicadas en los artículos 138 y 83 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996.

Por esta razón, en el presupuesto anual de rentas y gastos de la Nación, departamento, distrito o municipio se debe contemplar la apropiación para cada uno de los gastos de funcionamiento e inversión de todas las entidades del sector central y descentralizado, así como las adiciones presupuestales durante la correspondiente vigencia fiscal.

En este orden de ideas, la deuda de una entidad descentralizada a favor del sector central debe financiarse como cualquier otra obligación, con una apropiación de recursos del nivel central a la entidad descentralizada. En consecuencia, si el nivel central le impone una sanción a una de estas entidades descentralizadas, de manera inmediata le corresponde al nivel central tomar sus recursos y apropiárselos a favor de la entidad descentralizada para que esta pueda cumplir con dicha obligación.

Esta situación evoca la figura jurídica de la “confusión” usada como forma de extinción de las obligaciones, cuando concurren en calidad de deudor y acreedor una misma persona (artículo 1724 del Código Civil). Si bien es cierto que el Distrito y la entidad

descentralizada adscrita son dos personas jurídicas, también los es que el Estatuto Orgánico del Presupuesto obliga al nivel central a gestionar y apropiarle los recursos a la entidad descentralizada para cumplir con sus obligaciones de manera oportuna. En este caso, quien impondría la sanción y la terminaría financiando es la misma persona jurídica, el nivel central.

La única excepción de esta regulación presupuestal es el financiamiento de las empresas y sociedades públicas vinculadas a las entidades del sector central, que deben buscar sus propios recursos para cumplir con su razón social. Aunque por ser una entidad pública el garante de sus obligaciones, en última instancia, es el nivel central.

De otra parte, el cheque en las transferencias entre entidades públicas se utiliza de manera excepcional, lo usual son las transferencias electrónicas de cuentas bancarias, porque se trata de la administración de recursos públicos en el marco de la gestión que le corresponde a cada entidad pública y que dio origen a su creación.

En otras palabras, todas las entidades públicas fueron creadas con una finalidad relacionada al cumplimiento de las funciones que le corresponde a esta República Unitaria, y los recursos que administran son para dicho fin, de manera que su relación con otras entidades públicas no es comercial, ni los servidores públicos tienen el incentivo personal de incumplir con un traslado de recursos, puesto que no se beneficia directamente por retenerlos, al contrario, podría verse involucrado en responsabilidades disciplinarias y fiscales.

Operación de la función pública

En el curso de operaciones derivadas de la gestión de recursos públicos, por diversas causas no imputables a las partes, se pueden presentar errores o imprevistos subsanables, sin que por su corrección o ajuste sea imperativo aplicar sanciones previstas en régimen jurídico privado.

Ahora bien, la operación y relación entre entidades públicas se produce en el marco y de conformidad con la colaboración armónica, esto, siguiendo los principios de la función pública¹, desde la visión flexible de operación interinstitucional de cara a lograr el cumplimiento de los fines del Estado, tal y como menciona la Corte Constitucional²:

1 Constitución Política de Colombia Ir al Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

2 Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. 332-17 del 17 de mayo de 2017, expediente, D-11.653, por la cual se resuelve Acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 01 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

“(…) La Constitución de 1991 abandonó el modelo absoluto y rígido de separación de poderes y adoptó “un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes”. Así surge del artículo 113 Superior que, tras instituir como ramas del poder público a la legislativa, la ejecutiva y la judicial, señala que además “de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado” y agrega que los diferentes órganos estatales “tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (…)”

Razonabilidad y Proporcionalidad

Se debe buscar la razonabilidad y proporcionalidad de dar aplicación en el ámbito público, a nombras de raigambre privado, en las cuales se busca sancionar o censurar la conducta de las partes, cuando esta reviste algún grado de culpa o dolo en su actuación, de ahí la necesidad de imponer sanciones, multas, y demás elementos que reparen los daños causados, en especial, cuando se presentan situaciones propias de la administración pública, de la cual es dable concluir que opera el fenómeno de la confusión³:

Así mismo, es pertinente tener en cuenta el juicio de proporcionalidad que realizó la Corte Constitucional al artículo 731 del Código de Comercio, a través de la Sentencia C-451 de 2002⁴:

“Tampoco encuentra la Corte que la norma acusada contravenga otras disposiciones constitucionales. En especial, estima que el porcentaje fijado por el legislador, v.gr. el 20% del importe del cheque no pagado, no es desproporcionado por las siguientes razones:

Primero, el legislador dispone de un margen de apreciación suficiente para determinar el porcentaje del importe del cheque que debe pagar el librador en la hipótesis analizada. En efecto, en virtud de la denominada potestad de configuración normativa, al legislador le está permitido en tanto representante del pueblo, traducir en normas sus decisiones relativas a los problemas y necesidades de la sociedad, como lo es en este caso, la medida que estimó apropiada para garantizar la confianza pública en los títulos valores y la agilidad de estos instrumentos.

*Segundo, la eventual desproporción de la obligación de abonar un 20% del importe del cheque, ha de apreciarse a la luz tanto de **la gravedad del hecho del no pago**, apreciada en abstracto por el legislador, **como de la finalidad buscada por la norma en cuestión**. En efecto, dentro de las múltiples formas de analizar si una medida es desproporcionada*

3 Concepto jurídico 20171R22493, 20171R26540, 2019IE846 de la Secretaria Distrital de Hacienda. <https://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/normatividad/Concepto%20Procedencia%20de%20la%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20art%C3%ADculos%20722%20y%20731%20del%20C%C3%B3digo%20de%20Comercio%20por%20cheque%20devuelto.pdf>

4 Sala Plena de la Corte Constitucional, expediente D-3797, Sentencia C-451 de 2002 del 12 de junio de 2002,

o no lo es, se destacan dos. La primera consiste **en sopesar los beneficios derivados de la finalidad buscada por la medida, de un lado, y el impacto o los efectos negativos de ésta, del otro lado. Si bien no se exige un equilibrio perfecto, cuando la balanza se inclina de manera clara y protuberante del lado del impacto negativo de la medida, entonces ésta no cumple el requisito de ser proporcionada**. La segunda consiste en comparar, en abstracto y considerando el contexto general, la medida legislativa adoptada con el problema que ésta pretende evitar o solucionar para luego, verificar que exista **correspondencia entre la gravedad del problema y la severidad de la medida. Así, cuando la medida es demasiado severa dada la magnitud del problema, entonces ésta no cumple el requisito de ser proporcionada**.

Analizada la norma a partir de estos dos enfoques, esta es constitucional. Así, a la luz de la finalidad de la medida y de los beneficios que de ella se derivan, el porcentaje del 20% no resulta desproporcionado. **Si se tiene que la actividad económica es libre dentro del bien común, según lo dispone el artículo 333 de la Constitución, y que el fin del legislador es asegurar que el cheque cumpla su propósito de medio de pago, así como proteger la agilidad de este título valor y la confianza del público en el mismo dada su trascendencia para el tráfico económico, no se puede concluir que establecer una obligación de abonar un 20% adicional al importe del cheque que no se paga por culpa del librador, resulte excesiva en relación con los fines que persigue el legislador con tal norma, máxime si se tiene que el valor del abono no es más de la quinta parte del importe del cheque girado. Es decir, la obligación de abonar un 20% adicional no es excesiva si se tiene que el beneficio buscado es de enorme importancia puesto que consiste en promover el fin de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico económico y la confiabilidad de este título valor. Tampoco resulta dicho porcentaje desproporcionado a la luz del segundo método de análisis. A nadie escapa la suma gravedad del problema de que un cheque, habida cuenta de su función económica y de su naturaleza jurídica, no sea pagado a quien confió en que éste representaba un equivalente de dinero obtenible, sin ningún trámite engorroso adicional, mediante la simple presentación oportuna del mismo ante el librado. El cobro judicial del cheque es demasiado lento en nuestro contexto, lo cual contraría los intereses del tenedor, y, además, desatar un conflicto jurídico entre quienes tienen una relación comercial o personal tampoco le interesa siempre al girador del cheque no pagado. No se aprecia, entonces, que el porcentaje del 20% sea desproporcionado dada la gravedad de los problemas señalados".** (Resaltado fuera del texto)

Se evidencia que la Corte Constitucional no analiza esta situación cuando se trata de pagos o giros entre entidades públicas y le parece que imponer la sanción de una quinta parte es proporcional frente al bien superior protegido, en este caso la seguridad y agilidad del cheque como vehículo económico de la sociedad.

No obstante, esa finalidad de protección de la ley pierde sentido en el ámbito de giros y pagos entre entidades públicas. El uso del cheque en la gestión pública es por necesidad, puesto que se utiliza cuando los otros medios de pago o transferencia no se encuentran disponibles. Con su uso no se busca entablar una relación jurídica independiente, derivada del título valor, sino que, es un instrumento que viabiliza el cumplimiento de la función que debe realizar un servidor público a nombre de la entidad.

En efecto, con el uso del cheque para un giro entre entidades públicas, el servidor público no busca crear un efecto jurídico con el título valor, ni beneficio propio, ni tiene el incentivo de incumplir la obligación puesto que de la retención de los recursos no obtiene enriquecimiento ni condición económica a su favor, por el contrario, se podría ver enfrentado investigaciones de tipo disciplinario y fiscal.

Cobro de la sanción del artículo 731 del código de comercio

En primer lugar es preciso traer a colación que los cheques sin importar su librador, y que sean girados a favor de una entidad pública, se materializan dentro de la figura de cheques fiscales⁵, lo cual hace eco, ya que, la Secretaría Distrital de Hacienda al ser la titular de la acción cambiaria, podrá en ejercicio de sus facultades efectuar su cobro, el que, como lo ha manifestado el Consejo de Estado⁶, “(...) *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 (...)*”.

De la misma manera, se ha definido la jurisdicción coactiva como un **“privilegio extraordinario”** de la Administración consistente en la facultad de cobrar directamente, sin que medie orden judicial, adquiriendo así la doble calidad de juez ejecutor y parte reclamante, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.

En el ejercicio de esta prerrogativa, las entidades pueden cumplir su deber de recaudar las obligaciones creadas en su favor, y que consten en documentos que presten mérito ejecutivo, de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 98 y siguientes de la ley 1437 de 2011.

Sin perjuicio de lo anterior, y retornando a la sanción de que trata el artículo 731 del código de comercio, la Corte Constitucional se pronuncia mediante providencia C- 451 de 2002, señaló:

“(...) 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.”

5 Artículo 1º. Ley 1 de 1980 “Adicionase el Libro 3, Título III, Capítulo V, Sección 3, Subsección 3, del Código de Comercio, con los siguientes artículos: Artículo 1º. Denomínense 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”.

6 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de febrero de 2013, Rad. 11001-03-06-000-2012-00090-00 (2126), Consejero Ponente. Augusto Hernández Becerra.

*Destaca la Corte que el requisito de la culpa es precisamente lo que impide concluir que el artículo en cuestión – como lo pretende el accionante – esté consagrando una responsabilidad objetiva que pueda ser estimada, exigida y ejecutada unilateralmente por el tenedor contra la voluntad del librador. **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 (...)*. (Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, aunque la entidad decida hacer exigible la sanción del artículo 731 del Código de Comercio, deberá contar con la comprobación inequívoca de la actuación culposa del funcionario, elemento que deberá ser acompasado con la situación fáctica que tenga en cuenta las posibles fallas tecnológicas y operativas de la entidad pública o del banco, ajenas al servidor público, que pudieron causar la devolución del cheque y la sanción.

CONCLUSIONES

¿Es sancionable la devolución de un cheque suscrito por una entidad pública distrital a favor de la Tesorería Distrital?

De acuerdo con lo expuesto, en las operaciones relacionadas con la gestión de los recursos públicos, realizadas entre entidades públicas, se pueden presentar errores que podrían subsanarse conforme a los procesos y procedimientos establecidos para estos efectos, sin tener que recurrir en primera instancia a acciones judiciales o a la aplicación de normas civiles sancionatorias dirigidas a asegurar las relaciones entre particulares.

En este marco, se considera que un cheque fiscal (art. 1, Ley 1 de 1980) librado por un establecimiento público distrital a favor del Distrito, para ser consignado en cuenta bancaria administrada por la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría Distrital de Hacienda, debe tener una consideración especial al ser devuelto por alguna de las causales previstas en el artículo 731 del Código de Comercio, antes de iniciar un trámite sancionatorio.

Se aclara que no se puede aplicar esta sanción de manera automática como lo explica la Corte Constitucional al analizar el artículo 731 del Código de Comercio, a través de la Sentencia C-451 de 2002.

Para proceder con este proceso sancionatorio conforme a los principios de la Función Pública establecido en el artículo 209 de la CP, no basta con la determinación de la culpa del servidor público girador que no se beneficia en nada con ese rechazo del cheque y el perjuicio para el Distrito, sino que se debe tener en cuenta que la norma orgánica presupuestal dispone que el nivel central financia a los establecimientos públicos o asimilados presupuestalmente, lo que en últimas produce el fenómeno

similar a la figura jurídica de la confusión, puesto que el sancionador debe disponer de recursos al sancionado para que pueda ser pagado.

En consecuencia, si el servidor público no declara su culpabilidad, ni se establece detrimento para el Distrito y es posible la existencia de causas ajenas al servidor público y la entidad pública que causaron la devolución, es procedente el no cobro de la sanción.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, agradecemos verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informar a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Director Jurídico

lpazos@shd.gov.co

Proyectó: Julián Camilo Ramírez Sánchez, Profesional Especializados, jcamirezs@shd.gov.co