

FUNCION LEGISLATIVA – Excepcionalmente la tiene el Presidente de la república / POTESTAD REGLAMENTARIA – Límites / NORMA REGLAMENTARIA – Objeto

En virtud del artículo 150 de la Constitución Política, la función legislativa es propia del Congreso de la República y sólo excepcionalmente éste puede autorizar al Presidente de la República para legislar, indicándole las facultades en forma expresa y precisa en la ley que lo habilita, nunca implícitas y no admiten analogías, ni interpretaciones extensivas. *La potestad de reglamentar las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se ha confiado al Presidente de la República, tiene la limitación de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla. De acuerdo con lo expuesto, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de preceptos jurídicos, de carácter general y abstracto, para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales despliega las reglas y principios en ella determinados y la completa, en caso de ser necesario, para su debida aplicación. El artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política establece que le corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (...) 11- Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, es decir, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional que lo autoriza para expedir normas de carácter general dedicadas a la adecuada ejecución y observancia de la ley, facultad sujeta a ciertos límites, que no son otros que los fijados por la misma Constitución y la ley, ya que al reglamentar no puede extender, limitar o alterar el contenido legal, es decir, las normas reglamentarias deben subordinarse a la ley referente y su finalidad exclusiva es la ejecución de ella.*

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 037307 DE 2009 (11 de mayo) DIAN – (No anulado)

CONTRATO DE TRANSPORTE – Definición. Como soporte de este contrato se exige la factura cambiaria / FACTURA CAMBIARIA – Título valor / FACTURAS – Todas las que se expidan con posterioridad a la ley 1231 de 2008 son títulos valores

Según el artículo 981 del Código de Comercio, el transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario. Como soporte de este contrato, el Código de Comercio exige la expedición de una factura cambiaria de transporte, que se rige por los artículos 775 y 776 que establecían, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1231 de 2008. De estas normas se concluye que la factura cambiaria de transporte es un título valor que el transportador puede expedir y otorgar al remitente o cargador, solo si se refiere a un contrato de transporte evidentemente ejecutado; soporte de la actividad comercial convenida. Posteriormente, fue expedida la Ley 1231 del 17 de julio de 2008, por medio de la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones. Del contenido de la Ley 1231, se infiere con meridiana claridad que fue el legislador quien estableció que a partir de la

expedición de la ley, todas las facturas se consideraran título valor, condición que no poseían.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 891

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 037307 DE 2009 (11 de mayo) DIAN – (No anulado)

DEROGACION EXPRESA – Concepto / DEROGACION TACITA – Concepto. No deroga toda la norma sino aquella parte que no se puede conciliar con la nueva ley / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA LEY POSTERIOR – Aplicación / FACTURAS CAMBIARIAS DE COMPRAVENTA Y TRANSPORTE – Fueron derogadas por la Ley 1231 de 2008 y no por el concepto de la DIAN / DIAN – No tiene facultad para derogar artículos

Hay derogación expresa cuando la nueva ley taxativamente lo establece, entonces se excluye de la legislación o de la normatividad la ley y/o el artículo expresamente señalados en la nueva ley. La derogación es tácita cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con la anterior; la norma no manifiesta expresamente la derogación de la norma anterior, pero al compararlas resultan claramente opuestas y/o contradictorias. La derogatoria tácita, no deroga obligatoriamente toda la norma anterior sino sólo aquella parte que no sea posible conciliar, o que riña claramente con la norma nueva; por lo tanto, una norma sigue parcialmente vigente, si no es contraria a la nueva norma. Lo anterior se funda en el principio de la prevalencia de la ley posterior, establecido en el artículo 2° de la ley 153 de 1887, toda vez que cuando se expide una nueva norma, la norma anterior quedará derogada por ésta última si es contraria o se opone a la nueva ley. De tal manera que el hecho de no haberse mencionado en la ley que expresamente se derogaban los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, no significa que estén vigentes, pues el legislador también se refirió a la derogatoria de las normas que le fueran contrarias y estos artículos lo son pues no señalaban los requisitos del artículo 617 del Estatuto Tributario tal como lo estableció la Ley 1231 de 2008. Fue tan clara la intención del legislador de derogar las facturas cambiarias de compraventa y de transporte, que en la misma ley se refirió a un régimen de transición. De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que el Concepto No. 037307 del 11 de mayo de 2009 no derogó los artículos 775 y siguientes del Código de Comercio, pues la DIAN no tiene competencia para ello, sino que afirmó que la derogatoria se produjo como consecuencia de la modificación introducida por la Ley 1231 de 2008. En este orden de ideas, es claro que el Concepto de la DIAN demandado no vulnera los artículos 150 y 189, numeral 11 de la Constitución Política, 71 y 72 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 – ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 037307 DE 2009 (11 de mayo) DIAN – (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de 2012

Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00041-00(17891)

Actor: EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

Decide la Sala la acción pública de nulidad simple instaurada por el abogado Adaulfo Arias Cotes, representante legal de la sociedad Eduardo Botero Soto y Cia. Ltda., contra el Concepto de la DIAN No. 037307 del 11 de mayo de 2009, relacionado con los requisitos de la factura.

ANTECEDENTES

La demanda

El abogado Adaulfo Arias Cotes solicita la nulidad del Concepto de la DIAN No. 037307 del 11 de mayo de 2009¹, que expresa:

“Concepto 037307 del 11 de mayo de 2009

TEMA: *Procedimiento Tributario*

DESCRIPTORES: *Factura -Requisitos Fuentes Estatuto Tributario, art. 617.*

FORMALES: *Ley 1231 de 2008.*

Ley 153 de 1887, art. 3.

Circular 096 de' 2008, art. 3

PROBLEMA JURIDICO:

¿Se encuentra vigente el artículo 5 del Decreto Reglamentario 1001 de 1997, por el cual la factura cambiaria de transporte debe llevar esa denominación para efectos de cumplir con el requisito señalado en el literal a) del artículo 617 del Estatuto Tributario?

TESIS JURIDICA:

El artículo 5 del Decreto 1001 de 2007 no se encuentra vigente, en razón de la derogatoria que del mismo hizo la Ley 1231 de 2008 mediante la cual se unifica la factura como título valor.

INTERPRETACION JURIDICA:

¹ *Folios 1 al 10*

La Ley 1231 de 2008 unificó la factura como título valor con el fin de servir de mecanismo de financiación para el micro, pequeño, y mediano empresario, modificando para el efecto los artículos 772, 773, 774, 777, 778, 779, del Código de Comercio que regulaban la factura cambiaria de compraventa y algunos aspectos generales para las facturas cambiarias. Así mismo, en su artículo 10, dispuso la derogatoria de "todas las normas que le sean contrarias".

Revisados los antecedentes de la Ley 1231 de 2008, se observa que la intención del legislador fue derogar expresamente los artículos 775 y 776 del Código de Comercio (Proyecto de Ley 151 de 2007- Senado), sin embargo, el texto final de la Ley que fue aprobado por el Congreso de la República se limitó a derogar, en su artículo 10, las normas que le fueren contrarias.

La Dirección de Regulación del Despacho del Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, industria y Turismo, se ha pronunciado en varias oportunidades para aclarar esta situación, entre ellas mediante Oficio 2-2009-0011733 del 22 de enero de 2009, cuyo aparte pertinente es el siguiente:

"En relación con las facturas de transporte consagradas en los artículos 775 y ss del Código de Comercio, estas fueron derogadas con la Ley 1231 de 2008.

De manera que la misma Ley estableció un régimen 'transitorio en el artículo 9º. Al disponer que las facturas cambiarias de transporte libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación."

Se concluye entonces que el artículo 5 del Decreto 1001 de 1997, sigue la suerte de los artículos 775 y siguientes del Código de Comercio, relativos a la factura cambiaria de transporte para los cuales operó la derogatoria, habida cuenta de que la ley 1231 de 2008 contiene una regulación nueva que unifica la factura como título valor.

Así las cosas, tal como lo ha manifestado esta Entidad, mediante el artículo 3o. de la Circular 096 de 2008, con ocasión de la expedición de la Ley 1231 del 2008 no se altera ni modifica el Estatuto Tributario, en consecuencia los requisitos de la factura de venta para efectos tributarios previstos en el artículo 617 del Estatuto Tributario, continúan siendo los allí enunciados.

La nueva normatividad deja expresa la obligación de cumplir para efectos tributarios todos y cada uno de los requisitos del artículo 617 ibídem, aun cuando se trate de la expedición de la factura con características de título valor.

Por último, es de anotar que en virtud del Decreto 672 de 2009, las empresas que tengan existencias de facturas cambiarias de compraventa, y cambiarias de transporte preimpresas con resolución de autorización de la DIAN vigente, podrán usarlas hasta agotar existencias, o hasta cuando se venza la autorización,

lo que ocurra primero. En caso de que estas no cumplan con los requisitos de la Ley 1231 de 2008, estos podrán ser incorporados al título de forma mecánica por medio de sello leyenda o manuscrito, sin que por ello las facturas pierdan la calidad de título valor.

(...)²

El demandante consideró que el concepto antes anotado violó los artículos 150 numeral 1°; 189 numeral 11 de la Constitución Política; 71 y 72 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887.

El concepto de violación se puede resumir así:

Dijo que la función de derogar las leyes, tal como se lee en el numeral 1° del artículo 150 de la Constitución Política, es privativa del Congreso de la República; que esta función no puede ser asumida por la DIAN, como ocurre en el concepto cuya nulidad se pide.

Manifestó que, en su opinión, el concepto demandado infringe el artículo 189 de la Constitución Política ya que en el numeral 11 establece que corresponde “...al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, sin que dicha facultad se pueda usurpar, pues la norma fija los límites y alcances de este poder dentro de dos criterios, el de competencia y necesidad.

Que según el criterio de competencia o atribución, no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar, crear una nueva norma no contenida en la ley, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad.

También señaló, de acuerdo con el criterio de necesidad, que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionales que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

Que, por esto, el órgano administrativo debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho; que si el texto es claro no requiere reglamentación y si el ejecutivo la realiza incurre en un ejercicio inocuo del poder reglamentario; si modifica su contexto, adiciona o recorta lo dispuesto en la ley, incurre en violación no sólo de la norma legal reglamentada, sino de la norma constitucional.

Anotó que los artículos 71 y 72 del Código Civil precisan que la derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita; es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua; es tácita cuando supone un cambio de legislación cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Indicó el demandante que el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 establece otra forma de derogación, la orgánica. Que al respecto, la Corte Suprema de Justicia

² Folios 33 al 35

señaló que *"La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior formación positiva regulaba. (...)Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de la justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece"*.

Afirmó que la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 modificó los artículos 772, 773, 774, 777, 778 y 779 del Código de Comercio, derogó expresamente esas normas, por cuanto el legislador lo señaló en forma precisa y concreta. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación pues simplemente se excluyen del ordenamiento; aseveró que la ley en cita no se refirió a los artículos 775 y 776 del Código de Comercio y que, por tanto, salta a la vista la ilegalidad de la derogatoria consignada en el Concepto 037307 del 11 de mayo de 2009.

Consideró que los artículos 775 y 776 del Código Comercio no son incompatibles y no riñen con los artículos 1,2,3,4,5,6,7,8 y 9 de la Ley 1231 de 2008, por tal razón no se da la derogación tácita por expreso mandato de los artículos 71 inciso 3° y 72 del Código Civil; pues no existe ninguna incompatibilidad entre las disposiciones de los artículos 775 y 776 del Código de Comercio con las normas mencionadas de la Ley 1231 de 2008; que, en consecuencia, el concepto cuya nulidad se solicita, viola las normas señaladas del Código Civil.

Precisó el demandante que el propósito del legislador con la modificación introducida por la Ley 1231, fue instituir con el carácter de título valor las facturas comerciales y las facturas expedidas por los prestatarios de servicios, diferentes al servicio de transporte, porque para éste se estableció la factura cambiaria de transporte en los artículos 775 y 776 del Código de Comercio.

Indicó que el Código de Comercio, en el Título III, establece los títulos valores, en el que se especifican como tales la letra de cambio, el pagaré, el cheque, los bonos, los certificados de depósito y los bonos de prenda, la carta de porte y el conocimiento de embarque y la factura cambiaria, dentro de la cual se encuentra la factura cambiaria de transporte.

Que, en ese orden, la citada Ley 1231 no reguló íntegramente la materia relativa a las facturas cambiarias de transporte, y por ello no se da la derogación orgánica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda³; expresa que no fue el concepto demandado el que derogó los artículos 775 y 776 del Código de Comercio como lo afirma el actor, sino la Ley 1231 de 2008 la que lo hizo, en forma tácita, al regular íntegramente la materia.

Afirmó que así lo ha interpretado el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo quien se ha pronunciado en varias oportunidades para aclarar la situación, entre

³ Folios 42 a 47

ellas, en el Oficio 2-2009-0011733 del 22 de enero de 2009, en el cual precisó que en relación con las facturas de transporte consagradas en los artículos 775 y ss del Código de Comercio, estas fueron derogadas con la Ley 1231 de 2008 y que la misma ley estableció un régimen transitorio en el artículo 9º., al disponer que las facturas cambiarias de transporte libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación.

Que el concepto no reglamenta la ley pues esa función es exclusiva del Presidente de la República, con el fin de poner en ejecución la ley, situación que no se presenta en el acto demandado; que en él se interpreta la ley respecto de la aplicación de una norma tributaria, de acuerdo con las funciones que le han sido asignadas a la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, para absolver las consultas que se formulen en relación con la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias.

Que al expedir el concepto se concluyó que esas normas se encontraban derogadas, teniendo en cuenta que la Ley 1231 unificó la factura como título valor, y que el espíritu del legislador al expedirla era derogar las mencionadas disposiciones y los reiterados pronunciamientos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre el tema.

Advirtió la demandada que al no existir una derogatoria expresa de los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, era necesario acudir a las reglas de interpretación legal con el fin de establecer, si de acuerdo con ellas, había operado una derogatoria tácita. Que a su vez, el artículo 3º de la Ley 096 de 1987 estima insubsistente una disposición legal por declaratoria expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refiere.

Que antes de la expedición de la Ley 1231, el Código de Comercio regulaba de manera específica dos tipos de facturas cambiarias, la de compraventa y la de transporte y que la ley modificó lo relacionado con estos dos tipos de factura; unificó la factura como título valor y modificó los artículos 772, 773, 774, 777, 778 y 779 del mismo Código, y en su artículo 10 dispuso la derogatoria de todas las normas que le sean contrarias.

Por lo anterior, la derogatoria tácita que trae el artículo 10 de la Ley 1231 de 2008, abarca los artículos 775 y 776 del Código de Comercio que regulaban lo relacionado con la factura cambiaria de transporte, concepto que desapareció al regular íntegramente la factura como título valor.

Aseguró que era tan clara la intención del legislador de derogar esas normas, que la misma ley estableció un régimen transitorio en el artículo 9º al disponer “que las facturas cambiarias de transporte, libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación”.

Que al establecer una disposición transitoria, es evidente su derogatoria; además, el Gobierno Nacional con el fin de evitar un alto costo económico en las empresas al tener que destruir la papelería existente, expidió el Decreto 672 del 6 de marzo de 2009 en el que dispuso que las empresas que tuvieran existencias de facturas cambiarias de compraventa y cambiarias de transporte, preimpresas, con resolución de autorización de la DIAN vigente, podían usarlas hasta agotar las existencias, o hasta cuando se venciera la autorización, lo que ocurriera primero.

En ese contexto, el artículo 1° del Decreto 1001, que contemplaba la figura de factura cambiaria de transporte, también quedó derogado, pues al desaparecer el concepto de factura cambiaria desde el punto vista comercial y fiscal, la disposición no es conciliable con la Ley 1231 de 2008.

Precisó que la ley no alteró ni modificó el Estatuto Tributario; que, en consecuencia, los requisitos de la factura de venta, contemplados en el artículo 617 del estatuto, continúan vigentes para efectos tributarios y fueron incorporados al Código de Comercio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La **parte demandante** no intervino en esta etapa procesal.

La **entidad demandada** insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda⁴.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado rindió concepto⁵ en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Indicó que por medio de la Ley 1231 de 2008 se unificó la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, para cuyo efecto modificó el artículo 772 del Código de Comercio al consolidar como definición de factura, “*el título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio*”.

Que así mismo, la ley modificó el artículo 774 de la legislación mercantil en cuanto dispuso que las facturas debían cumplir, además de los requisitos señalados en el artículo 621 del Código de Comercio, sobre los títulos valores, los contemplados en el artículo 617 del Estatuto Tributario y los indicados en el artículo 3° de la citada ley.

Advirtió que se trata de una definición que otorgó el carácter de “título valor” a la factura comercial, que usualmente se expedía a favor del comprador como comprobación de la entrega de mercancías por parte del vendedor, categoría que tal factura no tenía.

En cuanto a la derogatoria tácita dijo que ésta opera “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”, conforme con lo establecido por los artículos 71 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887.

Resaltó que el transporte no sólo está definido como un contrato por el cual una de las partes se obliga con otra, como contraprestación a un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregarlas al destinatario, sino que, además, está considerado legalmente como una actividad comercial y un servicio.

⁴ Folios 59 a 61

⁵ Folios 69 a 73

Que en la exposición de motivos del proyecto, que después fue la ley 1231 de 2008, se dijo que se buscaba, entre otros fines, actualizar la legislación comercial sobre títulos valores, extendiéndola a la totalidad de las facturas comerciales de bienes y servicios que cumplieran con los requisitos legales; que, inclusive, se propuso la derogatoria de los artículos 775 y 776 del Código de Comercio; que la propuesta pretendía que toda factura comercial o de servicios, expedida con los requisitos legales, fuera un título valor negociable o transferible.

Precisó que en la ponencia de primer debate se justificó el proyecto en la necesidad de ajustar la legislación colombiana a la evolución del mundo de los negocios en relación con las facturas y que no quedarán éstas reducidas a simples comprobantes contables, sino que, dado su evidente contenido crediticio, pudieran circular fácilmente para servir de medio de financiación de pequeños y medianos empresarios.

En esos términos, la modificación estaba orientada a que en la legislación prevista para los títulos valores, quedarán incluidas las facturas comerciales en su totalidad, las cuales no tenían esa categoría y, por ello, el legislador buscaba unificarlas en tal sentido. Que en consecuencia, los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, quedaron inmersos en la modificación efectuada por la ley al realizar una sola definición de factura y sus requisitos en los artículos 772 y 774.

En efecto, pretender aplicar los dos artículos que definían y establecían los requisitos de la factura de transporte, contradice la nueva ley que buscó unificar la definición y los requisitos de la factura en general; además, aplicarlos desconocería el cumplimiento de lo establecido por el artículo 617 del Estatuto Tributario y por la Ley 1231 para toda factura.

Por otro lado, advirtió que de acuerdo con la definición contenida en el artículo 944 del Código de Comercio, las facturas comerciales no requerían de unificación, lo que sí se hacía necesario frente a las facturas cambiarias de compraventa y de transporte, títulos valores, a las cuales asimiló.

De tal manera que pretender, como lo hace el actor, mantener vigentes las facturas cambiarias de compraventa de mercancías y de transporte, significaría la coexistencia de tres (3) clases de facturas, todas con la naturaleza de títulos valores cuando lo pretendido por el legislador fue, precisamente, unificar la factura.

Manifestó que el hecho de que el legislador en el artículo 10° de la Ley 1231 de 2008, sobre vigencias y derogatorias, no hubiera mencionado de manera expresa que derogaba los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, no significa que estén vigentes, pues en todo caso previó que derogaba todas las normas que le fueren contrarias. Que, además, carecería de objeto que el legislador hubiera previsto en el artículo 10° una transición, sino fuera porque quedaban extinguidas las facturas existentes preimpresas como tales.

Por otro lado, afirmó que el artículo 5° del Decreto 1001 de 1997 prevé que en la factura cambiaria de transporte el documento llevará esta denominación cumpliéndose así el requisito señalado en el literal a) del artículo 617 del Estatuto Tributario; que en consecuencia, al quedar suprimido el concepto de factura cambiaria de transporte queda sin vigencia el artículo en cita.

En ese orden, la DIAN, mediante el concepto demandado, no derogó los artículos 775 y 776 del Código de Comercio ni el 5° del Decreto 1001 de 1997, pues no sólo

carece de tal facultad, sino que interpretó que esas derogatorias devienen como consecuencia de la modificación realizada por la Ley 1231 de 2008; tampoco ejerció la potestad reglamentaria que, en todo caso, no tiene asignada y carece del alcance para derogar las normas de los códigos o de rango legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad del Concepto 037307 del 11 de mayo de 2009, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, que precisa que las facturas de transporte consagradas en los artículos 775 y ss del Código de Comercio, fueron derogadas con la Ley 1231 de 2008.

Las razones de la ilegalidad manifestada en la demanda se concretan en afirmar que el concepto violó los artículos 150 primer inciso y 189 numeral 11 de la Constitución Política, 72 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887; señala que el Presidente de la República extralimitó su potestad reglamentaria pues derogó los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, arrogándose funciones legislativas, las cuales son de competencia privativa del legislador.

La Sala considera que no le asiste razón al demandante por las siguientes razones:

En virtud del artículo 150 de la Constitución Política, la función legislativa es propia del Congreso de la República y sólo excepcionalmente éste puede autorizar al Presidente de la República para legislar, indicándole las facultades en forma expresa y precisa en la ley que lo habilita, nunca implícitas y no admiten analogías, ni interpretaciones extensivas.

La potestad de reglamentar las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se ha confiado al Presidente de la República, tiene la limitación de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla.

De acuerdo con lo expuesto, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de preceptos jurídicos, de carácter general y abstracto, para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales despliega las reglas y principios en ella determinados y la completa, en caso de ser necesario, para su debida aplicación.

La edificación jurídica y política del Estado Social de Derecho se apoya en el principio de legalidad que comporta que todos los miembros del poder público se supediten a la Constitución y a las leyes.

El artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política establece que le corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (...) 11- *Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*, es decir, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional que lo autoriza para expedir normas de carácter general dedicadas a la adecuada ejecución y observancia de la ley, facultad sujeta a ciertos límites, que no son otros que los fijados por la misma Constitución y la ley, ya que al reglamentar no puede extender, limitar o alterar el contenido legal, es

decir, las normas reglamentarias deben subordinarse a la ley referente y su finalidad exclusiva es la ejecución de ella.

En esta materia la Corte Constitucional afirmó:

"La potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley." En muchas ocasiones del contenido mismo de la ley se desprende la necesidad del reglamento, pues aparece claro que algunas materias genéricamente normadas en ella deben ser especificadas por la autoridad administrativa que ha de ejecutarla. Pero en otras el legislador en el mismo ordenamiento le recuerda al Ejecutivo este deber en relación con aspectos puntuales y precisos, lo cual no infringe la Constitución.⁶

En consecuencia, la ejecución de la potestad reglamentaria del Ejecutivo debe enmarcarse en las atribuciones que la Constitución le otorga para desplegarla.

Sobre este mismo aspecto, esta Sección ha precisado:

"(...)

La facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos que se requieren para aplicar esa situación al caso particular no amerita expedir el reglamento. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de trámites, procedimientos, plazos y todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir.

(...)"⁷

Antes de iniciar el correspondiente análisis, es conveniente precisar que, según el artículo 981 del Código de Comercio, el transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-302 de 1999

⁷ Sentencia 17066 del 16 de marzo de 2011, C.P. Doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás

lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.

Como soporte de este contrato, el Código de Comercio exige la expedición de una factura cambiaria de transporte, que se rige por los artículos 775 y 776 que establecían, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1231 de 2008, lo siguiente:

“FACTURA CAMBIARIA DE TRANSPORTE

Artículo 775.- *Factura cambiaria de transporte es un título –valor que el transportador podrá librar y entregar o enviar al remitente o cargador. No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado.*

CONTENIDO

Artículo 776.- *La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:*

1. *La mención de “factura cambiaria de transporte”;*
2. *El número de orden del título;*
3. *EL nombre y domicilio del remitente;*
4. *La denominación y características que identifiquen las mercaderías objeto del transporte.*
5. *El precio de éste y su forma de pago;*
6. *La constancia de ejecución del transporte, y*
7. *La expresión en letras y sitio visibles de que se asimila en sus efectos a una letra de cambio.*

PAR. - A esta factura se aplicará lo dispuesto en el artículo 773 y en el inciso final del artículo 774.”

De las normas transcritas se concluye que la factura cambiaria de transporte es un título valor que el transportador puede expedir y otorgar al remitente o cargador, solo si se refiere a un contrato de transporte evidentemente ejecutado; soporte de la actividad comercial convenida.

Posteriormente, fue expedida la Ley 1231 del 17 de julio de 2008, por medio de la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones.

La referida ley dispone:

Artículo 1º.- El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

(...)

Artículo 3º.- El artículo 774 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. *La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.*
2. *La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.*
3. *El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.*

(...)"

Del contenido de la disposición legal transcrita, se infiere con meridiana claridad que fue el legislador quien estableció que a partir de la expedición de la ley, todas las facturas se consideraran título valor, condición que no poseían.

Considera el demandante que la Ley 1231 no derogó los artículos 775 y 776 del Código de Comercio; que el Ejecutivo excedió ostensiblemente la facultad reglamentaria cuando en el concepto demandado precisa que sí lo hizo.

En materia de derogatorias, la Ley 1231 de 2008 estableció en su artículo 10: *"VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley comenzará a regir tres meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias"*.

El artículo 71 del Código Civil señala:

*"Art. 71 La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.
Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.
La derogación de una ley puede ser total o parcial."*

Hay derogación expresa cuando la nueva ley taxativamente lo establece, entonces se excluye de la legislación o de la normatividad la ley y/o el artículo expresamente señalados en la nueva ley.

La derogación es tácita cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con la anterior; la norma no manifiesta expresamente la derogación de la norma anterior, pero al compararlas resultan claramente opuestas y/o contradictorias.

Al respecto sostiene la jurisprudencia *"La derogatoria tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera;...Es un principio*

universalmente reconocido que cuando el legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece."⁸

Por su parte, el artículo 72 del Código Civil, dispone que *"La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley"*.

La derogatoria tácita, no deroga obligatoriamente toda la norma anterior sino sólo aquella parte que no sea posible conciliar, o que riña claramente con la norma nueva; por lo tanto, una norma sigue parcialmente vigente, si no es contraria a la nueva norma.

Lo anterior se funda en el principio de la prevalencia de la ley posterior, establecido en el artículo 2° de la ley 153 de 1887, toda vez que cuando se expide una nueva norma, la norma anterior quedará derogada por ésta última si es contraria o se opone a la nueva ley.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala observa que hubo una derogatoria tácita que incluye los artículos 775 y 776 del Código de Comercio que establecían de manera específica la factura cambiaria de transporte; conceptos que no se tienen en cuenta pues el legislador las reguló como título valor.

Observa la Sala, en la exposición de motivos, Proyecto de Ley 151 de 2007⁹, que posteriormente fue la Ley 1231 de 2008, que con el proyecto se buscaba actualizar la legislación comercial sobre títulos valores, extendiendo este carácter a la totalidad de las facturas comerciales de bienes y servicios que cumplan con los requisitos legales y se propuso, con el fin de guardar la debida coherencia del estatuto mercantil, derogar los artículos 775 y 776 del Código de Comercio.

La ponencia para primer debate al Proyecto de Ley No. 151 de 2007 del Senado, precisó que: *"En efecto, el auge de situaciones nuevas y necesidades del comercio, ha provocado el surgimiento de novedosas formas de contratación y de relacionamiento entre los distintos actores del mercado, ante las cuales no puede quedarse atrás la normatividad. Es clara, entonces, la necesidad de un proyecto como este que busca ajustar la normatividad colombiana a la evolución cada vez más rápida en el mundo de los negocios, por lo menos en el tema de facturas comerciales"*.

Así mismo, observa la Sala que en el artículo 9° del proyecto se lee:

"Vigencias y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación. Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley, en especial los artículos 775, 776 y (...)."

En ese contexto, la modificación al Código de Comercio estaba ordenada a incluir dentro de las facturas comerciales, como título valor, la factura cambiaria de compraventa y de transporte. De tal manera que el hecho de no haberse mencionado en la ley que expresamente se derogaban los artículos 775 y 776 del Código de Comercio, no significa que estén vigentes, pues el legislador también se refirió a la derogatoria de las normas que le fueran contrarias y estos artículos lo

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia marzo 28/84.

⁹ Gaceta del Congreso 477 del 27 de septiembre de 2007

son pues no señalaban los requisitos del artículo 617 del Estatuto Tributario tal como lo estableció la Ley 1231 de 2008.

Fue tan clara la intención del legislador de derogar las facturas cambiarias de compraventa y de transporte, que en la misma ley se refirió a un régimen de transición, al disponer :

ARTÍCULO 9o. DE TRANSICIÓN. Las facturas cambiarias de compraventa de mercancías y de transporte, libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación.

Posteriormente, mediante el Decreto 672 del 6 de marzo de 2009, el Gobierno Nacional precisó que las empresas que tuvieran existencias de facturas cambiarias de compraventa y de transporte preimpresas podrían usarlas hasta agotar existencias o hasta el vencimiento de la resolución de la DIAN, esto con el fin de evitar altos costos económicos en las empresas.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que el Concepto No. 037307 del 11 de mayo de 2009 no derogó los artículos 775 y siguientes del Código de Comercio, pues la DIAN no tiene competencia para ello, sino que afirmó que la derogatoria se produjo como consecuencia de la modificación introducida por la Ley 1231 de 2008.

En este orden de ideas, es claro que el Concepto de la DIAN demandado no vulnera los artículos 150 y 189, numeral 11 de la Constitución Política, 71 y 72 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ