



MEMORANDO

Bogotá D.C., 4 de Octubre de 2018

Para: Subdirección financiera

MARIA FERNANDA PRIETO ACOSTA

Subdirectora Financiera

Subdirección Financiera

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto de embargo ordenado por la Dian a contratista.

Cordial saludo.

En atención al memorando M-2018-2300-000140 mediante el cual se solicita concepto jurídico respecto de la procedencia para hacer efectivo el embargo ordenado por la DIAN al contratista DEXON Software S.A, toda vez que dicho contrato viene efectuando el endoso a un tercero de las facturas mediante las cuales cobra los servicios prestados a Prosperidad Social; esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es procedente hacer efectivo un embargo ordenado por la DIAN a un contratista que endosó a un tercero las facturas mediante las cuales cobra los servicios prestados a Prosperidad Social?

II. ANTECEDENTES.

Prosperidad Social celebró el Contrato No. 0306 de 2018 con la sociedad DEXON Software S.A. identificada con Nit. 830023735-5 cuyo objeto es "Contratar el servicio de soporte técnico, actualización y mantenimiento para la plataforma de mesa de servicios Dexon Software S.A."

Con memorando M- 2018-2004-000301 de fecha septiembre 12 de 2018, el supervisor del Contrato No. 0306 de 2018 remite a la Subdirección Financiera autorización para efectuar el pago No. 8, correspondiente al mes de agosto de 2018, el cual cuenta con un endoso de la factura No. 1506 efectuado por parte del señor Luis Bernardo Chicaiza, en calidad de representante legal de la sociedad DEXON Software S.A. a la señora Myriam Zenayda Mendivelzo Sánchez.



Mediante memorando M-2018-2300-000140 la Subdirectora Financiera solicita concepto jurídico respecto de la procedencia de hacer efectivo el embargo ordenado por la DIAN al contratista DEXON Software S.A, toda vez que dicho contrato viene efectuando el endoso a un tercero de las facturas mediante las cuales cobra los servicios prestados a Prosperidad Social.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

1. De la factura.

Con el objeto de revisar el problema jurídico aquí planteado, es necesario efectuar algunas precisiones respecto de la factura de la manera que se señala a continuación.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 13, establece que respecto de los contratos celebrados por las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, exceptuando las materias reguladas por dicha ley:

"ARTICULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. *Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.*

(...)"

Así, como quiera que la Ley 80 de 1993 no regula específicamente lo relativo a la factura como título valor, es el Código de Comercio y las modificaciones efectuadas por la Ley 1231 de 2008 y el Decreto 3327 de 2009 las que deben aplicarse.

En este orden de ideas, el artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008, define la factura cambiaria de compraventa como "un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio", advirtiendo igualmente que "no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito."

De acuerdo con el contenido de este artículo, la expedición de una factura corresponde a un título valor librado por el prestador como consecuencia de bienes entregados real y materialmente o a **servicios efectivamente prestados como resultado de un contrato verbal o escrito.** De igual manera, señala que "El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, **el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio.** Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables".

De lo anterior se desprende que la factura al ser un título valor será negociable por endoso por el emisor, en tanto deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 774 de Código de Comercio, modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008:



"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 siguiente 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.*

No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.

En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

Las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas".

La norma es clara en indicar que no tiene carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos aquí señalados, más sin embargo, la omisión de cualquiera de ellos no afectará la validez del negocio jurídico que la originó. Así mismo, el artículo 779 del Código de Comercio, modificado por el artículo 5 de la Ley 1231 de 2008 indica que "Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio".

2. Del endoso de factura.

El artículo 6 de la Ley 1231 de 2008 señala que el vendedor o prestador del servicio y el tenedor legítimo de la factura podrá transferirla a terceros mediante endoso del original:

"Artículo 6º. *Transferencia de la factura. El vendedor o prestador del servicio y el tenedor legítimo de la factura, podrán transferirla a terceros mediante endoso del original.*

La transferencia o endoso de más de un original de la misma factura, constituirá delito contra el patrimonio económico en los términos del artículo 246 del Código Penal, o de las normas que lo adicionen, sustituyan o modifiquen.

Parágrafo. *El endoso de las facturas se registrará por lo dispuesto en el Código de Comercio en relación con los títulos a la orden."*

Esta norma señala que el endoso de más de un original de la misma factura constituye delito contra el patrimonio económico, en tanto deja claro que en lo referente a endoso de facturas se registrará por lo dispuesto en el Código de Comercio, títulos a la orden.



Ahora bien, en consonancia con lo anterior, la Ley 1231 de 2008, en su artículo 7 establece que el solo hecho de que la factura contenga endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación:

"Artículo 7º. El artículo 778 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Obligatoriedad de aceptación del endoso. Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.*

Únicamente para efectos del pago, se entiende que el tercero a quien se la ha endosado la factura, asume la posición del emisor de la misma.

En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código.

Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.

(...)"

De igual manera, establece que el tercero a quien se le ha endosado la factura asume la posición del emisor de la misma **únicamente para efectos del pago** y que en ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor, **salvo se encuentre in curso algunas de las causales contenidas en el artículo 784 del Código de Comercio:**

"Artículo 784. *Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:*

- 1) *Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título;*
- 2) *La incapacidad del demandado al suscribir el título;*
- 3) *Las de falta de representación o de poder bastante de quien haya suscrito el título a nombre del demandado;*
- 4) *Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente;*
- 5) *La alteración del texto del título, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración;*
- 6) *Las relativas a la no negociabilidad del título;*
- 7) *Las que se funden en quitas o en pago total o parcial, siempre que consten en el título;*
- 8) *Las que se funden en la consignación del importe del título conforme a la ley o en el depósito del mismo importe hecho en los términos de este Título;*
- 9) **Las que se funden en la cancelación judicial del título o en orden judicial de suspender su pago, proferida como se prevé en este Título;**



10) *Las de prescripción o caducidad, y las que se basen en la falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción;*

11) *Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe;*

12) *Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, y*

13) *Las demás personales que pudiere oponer el demandado contra el actor.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, si bien es cierto el endoso de la factura obliga al deudor a pagar al legítimo tenedor, este puede ser negado si se encuentra dada una de las excepciones contenidas en el artículo 784 del Código de Comercio, dentro de las cuales se encuentra las que se funden en orden judicial de suspender su pago.

Es importante mencionar que el endoso de la factura, como bien se sustrae de las normas aquí referidas, no sustituye la posición contractual del endosante, pues no se está efectuando una cesión del contrato, tan solo se transfiere el crédito que ella contiene.

3. De las medidas preventivas.

El marco legal de la potestad sancionatoria del Estado no solo prevé la actividad jurisdiccional, también contempla la administrativa dentro de la cual se encuentra la jurisdicción coactiva llevada a cabo por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- la cual, de acuerdo con preceptos dispuestos por la Corte Constitucional en Sentencia No. T-445/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero, es una expresión de la prerrogativa que tiene la administración de ejecutar los actos que ella misma define, en donde sus providencias tienen la misma naturaleza jurídica de las que profieren en juicio ejecutivo los jueces vinculados a la rama jurisdiccional:

“La Jurisdicción coactiva es expresión de la prerrogativa que tiene la administración de ejecutar los actos que ella misma define, para algunos autores, como el profesor Hauriou es considerada como uno de los privilegios exorbitantes de las Personas Administrativas, en virtud del cual la entidad administrativa cobra, por intermedio de sus representantes, las obligaciones fiscales.

(...)

El Consejo de Estado en sentencia de mayo 8 de 1969 consideró que “ No puede remitirse a duda que las providencias dictadas por quienes ejercen jurisdicción coactiva tienen la misma naturaleza jurídica de las que profieren en juicio ejecutivo los jueces vinculados a la rama jurisdiccional del poder público y que el conjunto de ellas constituye un verdadero proceso judicial de ejecución y no un simple trámite gubernativo, como los que adelantan los funcionarios de la rama ejecutiva en desarrollo de sus atribuciones propias y dentro de la órbita normal de dicha rama (Consejo de Estado. Sentencia mayo 8 de 1969. M.P. Juan Hernández Sáenz. Anales del Consejo de Estado. Tomo 76. Págs 231)”



Así mismo, describe que estas providencias de orden administrativo constituyen un verdadero proceso judicial de ejecución y no un simple trámite gubernativo mientras persiguen lograr unos fines constitucionales específicos de la administración pública, en todo caso salvaguardando el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución, así como la misma Corte Constitucional en Sentencia C-506/02 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra lo menciona:

"Concretamente, en materia tributaria la actividad sancionatoria de la Administración persigue lograr unos fines constitucionales específicos: a la Administración Pública compete recaudar los tributos destinados a la financiación de los gastos públicos con los cuales se logra en gran medida cumplir los fines del Estado, cometido en el cual debe observar no sólo los principios generales que gobiernan el recto ejercicio de la función pública, es de decir los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a que se refiere el artículo 209 de la Carta, sino también y especialmente los de equidad, eficiencia y progresividad del sistema tributario que menciona el canon 363 constitucional. De todos estos principios, los de celeridad y efectividad de la función pública y el de eficiencia del sistema tributario obligan al legislador a diseñar mecanismos adecuados de recaudación de los tributos, de tal manera que las cargas tributarias se impongan verdaderamente a los contribuyentes con el peso de la potestad soberana. Obviamente, no se trata de reducir los espacios para la discusión concreta de estas obligaciones en cabeza de los ciudadanos, pero sí de dotar a la Administración de cierta fuerza coactiva destinada a lograr la recaudación. Establecido por el legislador el deber de tributar y radicada la función recaudadora en manos de la Administración, la posibilidad de sancionar de manera directa a los reuuentes es el instrumento adecuado para lograr la efectividad y eficiencia del sistema tributario. El mecanismo además resulta proporcionado de cara a los derechos de los asociados, pues el principio de legalidad del tributo (C.P art. 338) y la aplicación de las garantías del debido proceso a la actividad sancionatoria de la Administración (C.P art. 29), permiten armonizar la necesidad pública de pronta y completa recaudación de los tributos, con los derechos de defensa, contradicción, legalidad de la falta y de la sanción, etc."

Ahora bien, este proceso coactivo llevado a cabo por la DIAN, fundado en el Estatuto Tributario, prevé la aplicación de medidas cautelares la cuales, de conformidad con lo señalado en el artículo 837, se pueden dar por medio de información suministrada por entidades tanto públicas como privadas:

"Artículo 837. MEDIDAS PREVENTIVAS. *Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad.*

Para este efecto, los funcionarios competentes podrán identificar los bienes del deudor por medio de las informaciones tributarias, o de las informaciones suministradas por entidades públicas o privadas, que estarán obligadas en todos los casos a dar pronta y cumplida respuesta a la Administración, so pena de ser sancionadas al tenor del artículo 651 literal a).

(...)"

Como quiera que estas medidas tienen un fundamento legal enmarcado en la facultad sancionadora del estado de naturaleza jurídica que se asimila a un verdadero proceso judicial de ejecución y no un simple trámite gubernativo, sus actos gozan de presunción de validez y legitimidad haciendo imperativo su cumplimiento por parte no solo de los administrados, sino también de todas las autoridades.



4. Del caso concreto.

Para dar respuesta al interrogante respecto de la procedencia de hacer efectivo el embargo ordenado por la DIAN al contratista DEXON Software S.A, teniendo en cuenta que dicho contrato presenta endoso a un tercero de las facturas mediante las cuales cobra los servicios prestados a Prosperidad Social; es necesario en primer lugar precisar que la Ley 80 de 1993 prevé que los contratos celebrados por las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, exceptuando las materias reguladas por dicha ley, de ahí que frente al tema de facturación se considerará lo contenido en el Código de Comercio y las modificaciones efectuadas por la Ley 1231 de 2008 y el Decreto 3327 de 2009.

En consonancia con ello, el artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008, define la factura cambiaria como un título valor que el vendedor o prestador del servicio libra y entrega al beneficiario del servicio, el cual será negociable por endoso por el emisor y deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 774 de Código de Comercio, modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008.

Una vez endosada la factura, según lo dispone el artículo 778 de Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación, salvo se encuentre dentro de una de las causales contenidas en el artículo 784 del Código de Comercio como excepción contra la acción cambiaria.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta los hechos considerados dentro de la consulta, se observa que aunque dentro del Contrato No. 0306 de 2018 se expidió factura autorizando el pago No. 08 y que la misma presenta endoso en favor de la señora Myriam Zenayda Mendivelso Sánchez, por parte de la DIAN se expidió la Resolución de Embargo de Créditos u Otros Derechos Semejantes en contra del deudor DEXON SOFTWARE S.A., identificado con Nit. 830023735-5, enmarcándose dentro de la causal 9 del artículo 784 del Código de Comercio como excepción contra la acción cambiaria "**9) Las que se funden en la cancelación judicial del título o en orden judicial de suspender su pago, proferida como se prevé en este Título**".

Se precisa que conforme a lo señalado en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, el endoso de la factura de venta No. 1506 tiene efectos únicamente para el pago más no sustituye ni cede la condición del endosante dentro del contrato.

A su turno, frente a la excepción cambiaria por orden judicial, en este caso por orden emanada de la DIAN, la Corte Constitucional en Sentencia No. T-445/94 ha señalado que la potestad sancionadora del Estado no solo implica la actividad jurisdiccional, sino también la administrativa constituyéndose un verdadero proceso judicial de ejecución.

De lo anterior se puede colegir que el tercero a quien el contratista le efectuó el endoso de la factura No. 1506 para el pago No. 8 solo se constituirá en acreedor de los derechos incorporados en aquella una vez se dé cumplimiento a los requisitos antes señalados, circunstancias que al parecer no terminan de cumplirse, toda vez se presenta una orden de embargo de los créditos u otros derechos semejantes que existan o llegaren a existir a favor de DEXON SOFTWARE S.A. proferida por la DIAN y comunicada a Prosperidad Social.



IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto se puede señalar que si bien es cierto frente al pago No. 8 del contrato No. 0306 de 2018 celebrado entre Prosperidad Social y la sociedad Dexon Software S.A. identificada con Nit. 830023735-5 la factura No 1506 presenta endoso, para que se surta su pago debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 774 del Código de Comercio, modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008, revisión que debe llevar a cabo la Subdirección Financiera, y no presentar ninguna de las excepciones que se oponen a la acción cambiaria contenida en el artículo 784 del Código de Comercio, condición última esta que para el caso en concreto, de acuerdo con la información allegada no se cumple, ya que por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN- se profirió la Resolución Embargo de Créditos u Otros Derechos Semejantes No. 20186306000826 de fecha 05 de septiembre de 2018 siendo comunicada a Prosperidad Social, la cual debe ser atendida y en caso de no cumplirse explicarse las razones por las cuales no pudo ser atendida.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace *Conceptos Jurídica* en la intranet.

Atentamente,

OMAR ALBERTO BARON AVENDAÑO
Jefe de Oficina (E)
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Sandra Johana Gonzalez Matallana
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 4
Anexo: 0
Copia: clic para registrar información de copia