

CERTIFICADO DE REEMBOLSO TRIBUTARIO – Instrumento de apoyo a las exportaciones / MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO – Entidad competente para expedir los certs / CERTS – Su reconocimiento está sometido al cumplimiento de los requisitos legales / RECONOCIMIENTO DE CERTS – Durante el procedimiento la practica de pruebas se adelanta por lo dispuesto en el Código Contencioso

El artículo 5° de la Ley 48 de 1983 prevé que el Certificado de Reembolso Tributario será un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones cuyos niveles fijará el gobierno Nacional en cualquier momento de acuerdo a los productos, y a las condiciones de los mercados a que se exporten. El Gobierno regulará la utilización del certificado consultando la realidad del comercio exterior, con el propósito de estimular la producción de bienes y servicios, es decir, como un instrumento de apoyo a las exportaciones. Posteriormente, la Ley 7ª de 1991 dispone en su artículo 7° que el CERT continuará siendo un instrumento libremente negociable y que el Gobierno Nacional establecerá los criterios, requisitos, condiciones y procedimientos para el reconocimiento, expedición, redención, negociación y caducidad de los CERT, así como las entidades autorizadas para realizar dichas operaciones, los beneficiarios y los impuestos que puedan ser cancelados con él. Cumplidos tales requisitos, surge, en principio la obligación de la autoridad competente de expedir y entregar los certificados de reembolso. De conformidad con los artículos 1° de la Ley 48 de 1983 y 11 del Decreto 636 de 1984, la facultad para reconocer y expedir los CERTs era del Banco de la República. Con la expedición del Decreto 546 de 1997, esa facultad fue trasladada al INCOMEX, entidad suprimida y, en virtud del Decreto 2682 de 1999, la competencia la asumió el Ministerio de Comercio Exterior hoy, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. De acuerdo con el artículo 11, transcrito, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es el encargado de decidir sobre el reconocimiento y entrega de los CERTs; para ello debe verificar la legalidad y efectividad de la exportación; solicitar la guía aérea o marítima refrendada por la empresa transportadora; el conocimiento de embarque; la planilla única de transporte; la factura comercial; la certificación y factura del proveedor; el certificado sobre la dirección del proveedor y del destinatario de la mercancía; la constancia de recibo del importador y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, entre otros. De conformidad con el artículo 30 de la Resolución 1092 de 1997¹, por la cual se determina el procedimiento para el reconocimiento del derecho al certificado de

¹ ARTICULO 30o. PRUEBAS: Con el objeto de verificar los hechos en que se fundamentan las peticiones de reconocimiento del derecho al CERT, durante la actuación administrativa se podrán decretar y practicar pruebas de conformidad con las normas del Código Contencioso Administrativo.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el código de Procedimiento Civil y los demás medios que sean útiles para la formación del convencimiento del INCOMEX.

Corresponde al peticionario probar la realización efectiva y legal de la operación de comercio exterior y el reintegro de las divisas.

Las pruebas se decretarán mediante auto dictado por la Subdirección de Operaciones, el cual se notificará por medio de anotaciones en estados; éste se fijará en lugar público y permanecerá allí durante la jornada de trabajo del respectivo día.

La inserción en el estado se hará pasado un día de la fecha del auto, y en ella debe constar:

a) La indicación del nombre del peticionario y del intermediario financiero que actúa como su representante.

b) La fecha del auto.

c) La fecha del estado y la firma del funcionario, según el caso.

El auto mediante el cual se decreten pruebas, quedará ejecutoriado tres (3) días después de su desfijación o cuando se hayan

resuelto los recursos contra el interpuestos.

En firme el auto, deberá practicarse las pruebas decretadas, dentro del término que prudencialmente haya fijado la Subdirección de Operaciones.

reembolso tributario CERT, durante la actuación administrativa, las pruebas que se practiquen y decreten se registrarán por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, en los procesos de reconocimiento de CERT es posible trasladar pruebas para verificar los hechos en que se fundamentan las solicitudes de reconocimiento, tal como sucedió en el sub lite en que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como entidad competente, solicitó a la DIAN y al Tribunal Administrativo del Atlántico copia auténtica de las actuaciones adoptadas en los procesos adelantados a la sociedad Confecciones Tío Ltda. y una vez valoradas las pruebas verificó los aspectos relacionados con las exportaciones que dieron origen a la solicitud de reconocimiento de CERT.

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1983 – ARTICULO 5 / LEY 7 DE 1991 - ARTICULO 7

CERTS – se pierde el derecho a su reconocimiento cuando el exportador contraviene las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios aduaneros o de comercio exterior / MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – Competencia. Reiteración

De acuerdo con la norma en cita, se pierde el derecho al CERT cuando el exportador contraviene las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios, aduaneros o de comercio exterior, tal como sucedió en el caso en estudio en que se vulneraron las normas cambiarias como lo advirtió la DIAN en una actuación que se encuentra en firme, circunstancia que demuestra que no se cumplió lo previsto en el artículo 11 del Decreto 636 de 1984, por lo que deberá negarse la solicitud de reconocimiento y expedición de CERTs. los actos fueron expedidos con base en pruebas trasladadas de actuaciones adelantadas por otras entidades, en el caso la DIAN, lo que significa que podían servir de fundamento para expedir los actos administrativos demandados. La demandante no demostró la legalidad y efectividad de las exportaciones que dieron lugar a la solicitud de reconocimiento de los CERTs; por el contrario, las pruebas recaudadas por el Ministerio desvirtúan la legalidad y la realidad de las operaciones de comercio exterior durante el año 1991; las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, son simples afirmaciones sin sustento legal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 636 DE 1984 – ARTICULO 11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá, D. C. dieciséis (16) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01748-01(17008)

Actor: CONFECIONES TIO LTDA.

Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de octubre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección "B", dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra las Resoluciones No. 030 del 17 de febrero de 2003 y No. 467 del 11 de junio de 2003, expedidas por la Dirección General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y la No. 152 del 5 de febrero de 2004, expedida por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, la cual dispuso²: (sic)

"PRIMERO. *Niéganse las pretensiones de la demanda.*

(...)"

ANTECEDENTES

La sociedad Confecciones Tío Ltda., durante los años 1991 y 1992 radicó ante el Banco de la República, a través de los intermediarios financieros Banco Anglo Colombiano, Banco Tequendama y Banco del Estado, solicitudes de certificados de reembolso tributario CERTs, por la suma de US\$1.115.164.

El 1° de octubre de 1991, mediante el Oficio No. 606 la Superintendencia de Control de Cambios informó al Banco de la República que mediante acto del 30 de septiembre de 1991, inició investigación administrativa a la sociedad Confecciones Tío Ltda., por las operaciones de exportación realizadas durante el segundo semestre del 1989 y primero de 1991.

El 27 de mayo de 1993 el apoderado de la sociedad Confecciones Tío Ltda., radicó ante el Banco de la República un recurso de apelación para efectos de que se ordenara la expedición de los CERTs a que, en su concepto, tenía derecho la sociedad.

El 28 de junio de 1993, el Banco de la República, mediante Oficio No. 01257, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad, declarándolo improcedente.

Como consecuencia de lo anterior, el 6 de agosto de 1993, el apoderado de la sociedad, presentó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se decretara la nulidad del acto presunto referido al silencio administrativo negativo, aplicado, según él, por el Banco de la República a las solicitudes que la sociedad Confecciones Tío Ltda. presentó para el reconocimiento y expedición de CERTs a que tenía derecho.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN profirió la Resolución 010168 del 18 de noviembre de 1993, en desarrollo de la investigación tributaria adelantada por concepto del impuesto sobre las ventas primer (1°) bimestre del año gravable 1991.

El 23 de mayo de 1995, la Administración de Impuestos y Aduanas de Barranquilla, formuló cargos a la sociedad, mediante el acto No. 0051, por posible

² Folio 430 a 441

violación del artículo 246 del Decreto Ley 444 de 1967, en relación con los reintegros realizados con varios documentos de exportación, relacionados con las solicitudes presentadas a través de los Bancos Anglo Colombiano y Tequendama.

El 17 de octubre de 1995, el Grupo Cambiario de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas de Barranquilla resolvió imponer a la sociedad demandante una multa por violación al artículo 246 del Decreto 444 de 1967, por ingreso ilegal de divisas con base en las liquidaciones de reintegro relacionadas con varios documentos de exportación, entre ellos los correspondientes a los Banco Anglo Colombiano y Tequendama.

El 19 de noviembre de 2001, la Dirección General de Comercio Exterior, mediante auto No. 207, resolvió continuar la suspensión de la actuación administrativa de reconocimiento del CERT, hasta tanto se conociera el resultado de las actuaciones adelantadas por la DIAN y el Tribunal Administrativo del Atlántico.

El 20 de mayo de 2002 la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, mediante Oficio No. 4340, respondió a la Dirección General de Comercio Exterior sobre el resultado de las investigaciones adelantadas en materia tributaria por concepto de la devolución del impuesto sobre las ventas, a algunas empresas de la ciudad, entre las que se encontraba la sociedad Confecciones Tío Ltda., envía los actos definitivos proferidos por la División de Liquidación, así como la relación de las resoluciones de la División Jurídica, que resolvieron los recursos de reconsideración.

Entre las resoluciones remitidas se encuentra la Resolución 10168 del 18 de noviembre de 1993, que confirma la Liquidación Oficial de Revisión No. 0186 del 19 de octubre de 1992, practicada por concepto del impuesto sobre las ventas, correspondiente al primer bimestre de 1991 por valor de \$ 67.199.203.

Mediante Auto No. 259 del 19 de noviembre de 2002, la Dirección General de Comercio Exterior ordenó valorar como pruebas e incorporar al expediente las actuaciones adelantadas por la DIAN, el Tribunal Administrativo del Atlántico y el Consejo de Estado, contra la demandante.

El 17 de febrero de 2003 la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo profirió la Resolución No. 030 en la que negó el reconocimiento del incentivo tributario CERT a la sociedad demandante por valor de US\$297.963.00.

Mediante la Resolución No. 467 del 11 de junio de 2003, la misma Dirección resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante, resolviendo no reponer la decisión impugnada, decisión que confirmó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante la Resolución No. 152 del 5 de febrero de 2004 con ocasión del recurso de apelación presentado por la demandante.

El 8 de julio de 2004, la demandante radicó ante el Procurador Judicial Administrativo una solicitud de conciliación prejudicial para conciliar los efectos económicos de las Resoluciones Nos. 030, 467 y 152, la cual se llevó a cabo el 25 de agosto de 2004, sin que se lograra llegar a un acuerdo.

LA DEMANDA

La sociedad actora demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos que negaron el reconocimiento del incentivo tributario, CERT.

La demandante, el 11 de noviembre de 2004, presenta corrección y aclaración de la demanda³, posteriormente, el 21 de junio de 2005, presenta la versión integrada de la misma (folio 264 a 301).

Como normas violadas invoca los artículos 3º, parágrafo; 11 y 18 del Decreto 636 de 1984.

Sobre el concepto de violación, la demandante, expresó:

1. El artículo 11 del Decreto 636 de 1984, legalidad y efectividad de las exportaciones.

Señala que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo viola el artículo 11 del Decreto 636 de 1984, pues en él se señalan las condiciones que se deben cumplir para que se expidan y se entreguen los CERTS, las cuales fueron cumplidas y probadas, a través de los documentos pertinentes, por la sociedad.

Resalta que los documentos que prueban la legalidad y efectividad de las exportaciones que dieron origen a las solicitudes de los CERTs no han sido desvirtuados por el Ministerio, al punto que los certificados de exportación DEX, nunca han sido tachados, declarados nulos, ni señalados como no veraces, lo que era suficiente para que procediera el reconocimiento y entrega de los certificados.

2. El artículo 18 del Decreto 636 de 1984, la pérdida del derecho al CERT.

El artículo 18 del referido Decreto se refiere a las causales taxativas por las cuales se suspenden los registros y se pierde el derecho al CERT; de conformidad con esta norma, no corresponde al Ministerio definir si una exportación fue ilegal o ficticia, pues esta función está asignada a la justicia penal, así como tampoco puede determinar si se violó el régimen de cambios, ya que esa es una atribución de la División de Investigaciones Especiales de la DIAN.

Afirma que el Ministerio *usurpó* competencias de otras autoridades públicas y negó el derecho a los CERTS, a partir de "*sus propias deducciones probatorias*", con lo que desconoció el artículo 18 del Decreto 636 de 1984.

Dijo, que al expedir las resoluciones demandadas, el Ministerio no tuvo en cuenta que el procedimiento de reconocimiento de los CERTs había sido suspendido con anterioridad, para que las autoridades correspondientes adelantaran sus investigaciones, y que éstas no desvirtuaron la legalidad y efectividad de las exportaciones; que en efecto, el Ministerio ha obrado de manera abiertamente ilegal, vulnerando los derechos de la sociedad demandante, las normas aplicables al caso y desconociendo la jurisprudencia de ésta Corporación.

3. Pruebas trasladadas de los procesos adelantados por la DIAN.

Señala que, el 23 de mayo de 1995, la Subdirección de Fiscalización de la División de Cambios de la Administración de Impuestos y Aduanas de Barranquilla formuló

³ Folio 176 a 250

cargos a la sociedad demandante, mediante el acto No. 0051, por posible violación del artículo 246 del Decreto 444 de 1967.

Posteriormente, el 17 de octubre de 1995, el Grupo Cambiario de la División de Liquidación de esa Administración impuso, mediante la Resolución No. 124, una multa a la sociedad Confecciones Tío Ltda., por la razón mencionada.

Mediante Auto No. 259 del 19 de noviembre de 2002 la Dirección General de Comercio Exterior ordenó incorporar al Expediente B.R.81 las pruebas practicadas por la DIAN, correspondientes a la investigación tributaria adelantada por el impuesto sobre las ventas del primer bimestre del año gravable 1991 y las realizadas en la investigación por violación del artículo 246 del Decreto 444 de 1967.

Indica que la resolución mediante la cual se niega el reconocimiento de los CERTS, fundamenta su decisión en unos indicios traídos de las investigaciones adelantadas por la DIAN; que en ese punto existe una falencia en la argumentación de la DIAN y en la del Ministerio, pues el conjunto de hechos que se presentan como indicadores de un reintegro ilegal de divisas no tienen la capacidad de desvirtuar la legalidad y efectividad de las exportaciones realizadas por la sociedad.

Agrega que del hecho de que los instrumentos de pago con los que se realizaron los reintegros no provinieran directamente de los importadores en el exterior, no se infiere que los mismos no fueran el producto de tales exportaciones; es posible y, además, lícito que los medios de pago no provengan necesariamente del lugar de destino de la mercancía sino de cualquier otro lugar o país en el que el importador disponga de tales medios de pago, si prefiere por razones de su propia conveniencia utilizar esos medios en particular y no otros, como ocurrió en éste caso, pues el pago provino de un país diferente al cual fueron exportadas las mercancías.

Precisa que el hecho de que el producto de los reintegros no se hubiere quedado en la empresa, no quiere decir que estas divisas no fueran el resultado de las exportaciones realizadas por la demandante; que es un indicio débil para demostrar la ilegalidad del reintegro, ya que no se refiere de manera concreta a la circunstancia de que las exportaciones fueron efectivamente realizadas, tal como lo señalan los documentos que la ley colombiana establece para esos efectos.

Que un comerciante o empresario puede, lícitamente, dar orden de que los dineros de unas exportaciones por él realizadas sean entregados directamente a un tercero para saldar deudas previas, por cualquier otra razón de la práctica de su industria, o que sean invertidas en otra empresa a su favor.

Considera que los hechos en los que se fundamenta la DIAN para sancionar no son, por sí solos ni en conjunto, indicadores de un reintegro ilegal de divisas y no desvirtúan la legalidad y efectividad de las exportaciones realizadas; los certificados de reintegro de divisas nunca se cuestionaron ni se declararon nulos y tienen plena vigencia; en la actuación sólo se cuestionaron ciertos reintegros resultado de las exportaciones y, por lo tanto, sólo una parte de las solicitudes de CERTs se vería afectada.

4. Las pruebas del Ministerio.

Indica que las pruebas que tuvo en cuenta el Ministerio para desvirtuar la legal y efectiva realización de la exportación, adolecen de al menos una de las tres condiciones que deben cumplir para poder ser tenidas en cuenta: conducencia, pertinencia y utilidad.

4.1. La sanción por liquidación del impuesto sobre las ventas.

Afirma que el Ministerio se refiere a la Resolución No. 010168 del 18 de noviembre de 1993, con la cual la Administración Tributaria confirmó la Liquidación Oficial de Revisión No. 0186 del 19 de octubre de 1992 en la que se concluye que *“la venta nunca existió, fue producto de una simulación entre las partes y todos los indicios obtenidos son graves porque se relacionan en forma inmediata con el hecho investigado”*; y se asegura que no existió contrato de compra venta entre los proveedores y el exportador, dado que los exportadores nunca demostraron haber adquirido la mercancía.

Al respecto, precisa la actora que la citada resolución no tiene relación con el problema jurídico que se discute, ni con la legalidad y efectividad de las exportaciones realizadas por la demandante, que dan origen a los CERTs, ni con el reintegro de las divisas, por lo que el descuido de los proveedores al no demostrar la adquisición de la mercancía, no le puede traer consecuencias al exportador. Además, no hubo de parte de la Administración Tributaria una decisión formal sobre la calidad presunta de proveedores ficticios, siendo esta entidad incompetente para declarar la simulación, ilegalidad o no efectividad de las exportaciones, ilegalidad que no encontraron las entidades competentes.

Por lo anterior, la prueba alegada por el Ministerio no justifica ni puede justificar la negativa al reconocimiento de los CERTs solicitados.

4.2. El acto de formulación de cargos del 23 de mayo de 1995, proferido por la DIAN.

Afirma que del acto de formulación de cargos del 23 de mayo de 1995 proferido por la DIAN, el Ministerio deduce que hubo una entrada ilegal de divisas y un canje no autorizado de moneda nacional, encubiertos por una operación de comercio exterior, argumento que nada tiene que ver con los requisitos legales necesarios para el reconocimiento y entrega de los CERTs, pues por medio de los documentos legales pertinentes quedó demostrado que los reintegros de divisas correspondientes a las exportaciones realizadas se hicieron en tiempo y de manera legítima.

Agrega que las autoridades penales y administrativas han investigado hasta la saciedad la legalidad de las operaciones de comercio exterior realizadas por la demandante y en varios de sus pronunciamientos dejaron claro que no existe hecho alguno que desvirtúe tales exportaciones.

Concluye que no corresponde al Ministerio arrogarse funciones y competencias de otras autoridades para, desconociendo documentos públicos que no han sido cuestionados, determinar que la operación de comercio exterior fue ilegal y negar los CERTs.

4.3. Las falencias probatorias del Ministerio.

Indica que las pruebas con las que el Ministerio pretende probar su posición son inconducentes, porque no son el medio probatorio idóneo para establecer si se

realizó o no la exportación, la que ya se encuentra demostrada con el documento de exportación y el reintegro de divisas, sin que pueda el Estado concluir que las exportaciones que dan derecho a los CERTs no fueron veraces ni efectivas, basándose en resoluciones de autoridades tributarias que no son competentes.

5. La liquidación de los CERTs.

Advierte que la decisión de suspensión del proceso de reconocimiento y entrega de los CERTs a la sociedad, adoptada con fundamento en el literal c) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984, por parte del Banco de la República, no suspendió únicamente la expedición propiamente dicha, sino también el proceso de reconocimiento, lo que implica la suspensión de la tasa de cambio que habría de servir para determinar la cuantía de los certificados.

Indica que las exportaciones legal y efectivamente realizadas, dan origen a la obligación, a cargo del Ministerio de Comercio, industria y Turismo, de expedir y entregar al exportador los Certificados de Reembolso Tributario, CERT y que, para el proceso de reconocimiento, dentro de los seis meses siguientes al reintegro de las divisas, se debe presentar la solicitud ante la autoridad competente, la que posteriormente verifica la existencia de los requisitos exigidos para la expedición de los CERTs, de acuerdo con el artículo 11 antes citado para finalmente proceder a la expedición y entrega de los certificados.

Manifiesta que en el caso bajo análisis el proceso de reconocimiento de los CERT se suspendió en la etapa de verificación, por lo cual no se culminó el proceso que se adelantaba; en esta situación, el Ministerio debía proceder a liquidar en moneda colombiana los CERTs que expida, una vez levantada la suspensión del proceso de reconocimiento, aplicando la tasa de cambio que se encuentre vigente al momento del levantamiento de la suspensión.

6. La tasa del Decreto 636 de 1984.

Establece el párrafo del artículo 3° del Decreto 636 de 1984 que la tasa de cambio para la liquidación del CERT es la que se encuentre vigente al momento en el cual se efectúe el reintegro de divisas de la exportación pero que la norma no establece la tasa de cambio para los casos en que se suspenda el proceso de reconocimiento de los CERTs, antes de su liquidación y pago; que ninguna norma señala que una vez suspendido el proceso la tasa de cambio deba congelarse, lo que sería claramente inconstitucional, porque su efecto equivaldría exactamente a la expropiación, sin indemnización, de la pérdida de valor del peso frente al dólar, entre el momento de la suspensión y el momento del pago.

7. El abuso del derecho.

Explica que si el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decidiera aplicar las tasas de cambio de hace más de diez años para pagar hoy los CERTs que se reclaman, incurriría en abuso de derecho, conducta prohibida a todos los asociados y especialmente a la administración pública, que ocurre cuando se aplica una norma desatendiendo la finalidad para la cual fue concebida.

Con base en la Sentencia de Casación No. 3972 del 19 de octubre de 1994, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresa que el Ministerio debe interpretar de manera íntegra y sistemática las normas aplicables al reconocimiento y pago de los CERTs, para aplicar a su reconocimiento y pago la tasa del día en que la suspensión sea levantada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en escrito de contestación a la demanda solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se declare la legalidad de los actos administrativos demandados con fundamento en los siguientes argumentos:

De acuerdo con el Decreto Ley 444 de 1967, Decreto 636 de 1984 y la Resolución No. 1092 de 1997, para que proceda el reconocimiento del incentivo tributario CERT, el beneficiario debe demostrar que se trata de una exportación legal y efectivamente realizada desde Colombia, lo que significa que se encuentre conforme a todas las normas jurídicas que regulen las operaciones de comercio exterior, de carácter civil, comercial, aduanero, tributario, cambiario, etc.

Precisa que la competencia para el reconocimiento y expedición de los CERTs, la tenía inicialmente el Banco de la República y posteriormente, le fue asignada al Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX; actualmente le corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones de la Dirección de Comercio Exterior, analizar y tramitar las peticiones relacionadas con el Certificado de Reembolso Tributario CERT.

Considera que los actos demandados fueron expedidos conforme a las normas reguladoras de la materia y, para soportar los mismos, se valoraron todas las pruebas válidamente decretadas y practicadas por autoridades competentes, en aplicación del principio de colaboración que existe entre las autoridades del Estado.

Agrega que dentro de esas pruebas se encuentran los actos administrativos sancionatorios proferidos por la DIAN por infringir las normas reguladoras del ingreso de divisas que acreditan la existencia de anomalías en las exportaciones e impiden cualquier reconocimiento de los pretendidos certificados de reembolso a favor de la sociedad.

Concluye que la imposición de la sanción, por parte de la DIAN, impide que nazca la obligación, por parte del Ministerio, de reconocer y otorgar los CERTs.

En cuanto al fondo del asunto manifestó, en síntesis, lo siguiente:

Destaca que para acceder al reconocimiento del incentivo tributario CERT, debe demostrarse a la autoridad competente que la exportación se realizó de manera legal y efectiva; no basta con que se afirme haber realizado una exportación, sino que deben cumplirse todos los requisitos legales y adjuntar las pruebas que la autoridad competente requiera.

Señala como otra obligación a cargo del peticionario de los CERTs, que no exista en su contra investigación administrativa o penal, lo que no ocurre en el presente caso.

Asegura que deben observarse todas las formalidades, no sólo la relacionada con el reintegro de las divisas y, con la investigación adelantada por la DIAN. Dijo que quedó demostrado que la exportación no cumple con la exigencia de la legalidad.

Concluye afirmando que se debe reconocer que los actos administrativos y las actuaciones administrativas previas adelantadas por el Ministerio, se ajustaron a derecho, porque se profirieron teniendo en cuenta que hubo sanciones por las irregularidades presentadas en las operaciones de comercio exterior.

Frente a la aclaración y corrección de la demanda, manifestó que de la lectura y análisis de los hechos objeto de aclaración y corrección, sólo se evidencia que la demandante no cumplió en su totalidad con las normas que afectan una operación de comercio exterior, como lo son las normas cambiarias, tributarias, aduanera, civiles, etc.

LA SENTENCIA APELADA

En la sentencia del 11 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección "B", negó las pretensiones de la demanda.

El *a quo* realizó un recuento pormenorizado de la actuación administrativa y de las normas que regulan el reconocimiento y expedición de los CERTs.

Consideró que dentro del proceso de reconocimiento de CERTs es posible el traslado de pruebas para verificar los hechos en que se fundamentan las peticiones del reconocimiento, tal como aconteció en el caso en estudio, en que el Ministerio como entidad competente, en su momento solicitó a la DIAN y al Tribunal Administrativo del Atlántico copia auténtica del expediente de la investigación y de las decisiones de fondo adoptadas, y una vez se transfirió la competencia al Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, procedió a valorar tales pruebas para verificar los aspectos objetivos de las operaciones de exportación con base en las cuales se hizo la solicitud.

Advirtió que de lo anterior, el Ministerio concluyó que "los hechos irregulares evidenciados en la investigación de la DIAN y cuyas pruebas fueron incorporadas mediante Auto No. 259, del 19 de noviembre de 2002, afectan negativamente la efectividad de las supuestas operaciones de exportación que sirvieron de fundamento a las referidas solicitudes de CERT, conforme a la valoración efectuada por este Despacho sobre las pruebas trasladadas (...) Como resultado de las pruebas practicadas por la DIAN... esta Dirección concluye que no se han cumplido los requisitos para dar aplicación al artículo 2° del Decreto 636 de 1984"

Precisó que las actuaciones adelantadas por la DIAN lograron desvirtuar la legalidad de las exportaciones, al establecer que las divisas reintegradas tenían como fuente una actuación distinta a la exportación y, por ello, consideró demostrado que las divisas reintegradas por su cuenta no provienen del aparente comprador, apareciendo giradas, acreditadas o desembolsadas por una fuente de recurso ajena por completo a la operación misma de la exportación que se pretende cancelar.

Así mismo, encontró que existió un ingreso ilegal de divisas porque a pesar de haberse realizado operaciones de exportación en Panamá, las divisas provienen de los Estados Unidos de Norteamérica, sin encontrarse ningún tipo de explicación al respecto, y que el ordenante de las divisas, objeto de los reintegros, tampoco

corresponde al importador que aparece registrado en los documentos de exportación.

Citó la Sentencia T-463 de la Corte Constitucional, en la que precisó que *“la ilegalidad no es sinónimo de acto criminal o de transgresión de la ley penal cuando ella se declara en el trámite administrativo para acceder a un reconocimiento estatal. La declaratoria de ilegalidad de la exportación, en este caso, significa el no cumplimiento de las exigencias legales para beneficiarse de las ventajas económicas ofrecidas por el Estado para promover y fomentar un sector de la economía”*.

Consideró el aquo que al haberse encontrado que las exportaciones no se ajustaban en un todo a las normas reguladoras de tales operaciones, como las leyes cambiarias, según el acto expedido por la DIAN, la conclusión hecha por el Ministerio es razonable y responde al desarrollo de una actividad reglada de la Administración encaminada a conceder ventajas, subsidios o devoluciones a personas que cumplan con los requisitos legales que garantizan la promoción de un sector específico de la economía nacional como son los exportadores y, por lo tanto, al no cumplirse con los requisitos establecidos en los artículos 2° y 11 literal c) del Decreto 636 de 1984, debía negarse el reconocimiento del incentivo tributario CERT.

Que, adicionalmente, el artículo 18 del referido decreto advierte que se pierde el derecho al CERT cuando el exportador contraviene las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios, aduaneros o de comercio exterior y en el caso en estudio se vulneró la normatividad cambiaria, conforme al acto administrativo cuyo traslado al procedimiento administrativo de reconocimiento de incentivo se realizó en debida forma.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante solicita revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues considera que se encuentra suficientemente probada la violación de los artículos 11 y 18 del Decreto 636 de 1984, para los cual reitera uno a uno todos los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión.

Insiste en que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo desconoce la presunción de legalidad y autenticidad que cobija los documentos públicos, los DEX, la cual sólo puede ser desvirtuada por la Fiscalía General de la Nación o por los jueces penales en el marco de sus competencias, al investigar y juzgar el delito de exportaciones ficticias, y que, en este caso, fue la misma Fiscalía de Barranquilla, la que declaró que la sociedad realizó exportaciones reales y efectivas.

Que, por lo tanto, las exportaciones realizadas por la demandante son legales, se ajustan a derecho, conforme a las disposiciones legales tanto del Código de Comercio, el Estatuto Tributario, el Régimen Cambiario, los derechos de autor, propiedad intelectual, marcas, patentes, fiscalización y aduaneras.

Se refiere de nuevo a la interpretación de las normas aplicables al reconocimiento y pago de los CERTs, que debe hacerse de manera integrativa y sistemática, por lo que el Ministerio debe proceder no sólo al reconocimiento y expedición de los CERTs, sino a liquidarlos a la tasa de cambio del dólar americano que se

encuentre vigente en el momento en que se levante la suspensión de la actuación de reconocimiento.

Para concluir, afirma que no existen dudas sobre la procedencia y pertinencia de la condena al pago de intereses moratorios, toda vez que el no pago oportuno de los CERTs trae como consecuencia el reconocimiento de los mismos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante⁴ reiteró los planteamientos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

La entidad demandada⁵, reitera los argumentos expuestos con ocasión de la contestación de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación solicita que se confirme la sentencia apelada⁶.

Manifiestó que el artículo 18 del Decreto 636 de 1984 hace alusión a la sanción según la cual el exportador puede perder durante 12 meses el derecho a la entrega del CERT, por contravención de las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios, aduaneros o de comercio exterior; situación ésta que no es la que se analiza en el presente asunto; por tal razón, la referida norma no es fundamento para acusar la incompetencia del Ministerio en la verificación de la exportación; el hecho de que la sociedad demandante pueda solicitar los CERTs, no implica que se deban expedir sin el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Decreto 636 de 1984.

Citó los requisitos para el reconocimiento de los CERTs, contenidos en los artículos 2° y 11 del Decreto 636 de 1984, así como en el parágrafo del mismo artículo 11 y los contemplados en la Resolución del Banco de la República No. 6 del 13 de diciembre de 1990, por la cual se determina el procedimiento administrativo para el reconocimiento al CERT y su entrega, para precisar que es competencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el establecer el cumplimiento de estos presupuestos que inician con el hecho de que las exportaciones deben ser legal y efectivamente realizadas. Por lo tanto, toda documentación allegada al proceso de reconocimiento debe ser analizada por el Ministerio, pues sólo con el cumplimiento de todos los requisitos legales se origina la obligación por parte del mismo, de expedir y entregar al exportador los CERTs.

Como soporte de su afirmación transcribe apartes de la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de febrero de 2005, Consejera Ponente Doctora María Inés Ortiz Barbosa, Expediente 13072.

Resalta que pese al requerimiento del Banco de la República al intermediario Banco Anglo Colombiano, no fueron allegados los documentos solicitados, razón

⁴ Folio 510 a 541 del cuaderno principal

⁵ Folio 508 a 509 del cuaderno principal

⁶ Folio 542 a 549 del cuaderno principal

por la cual no se pudo establecer la legalidad y efectividad de las exportaciones, por lo que no es posible afirmar que se encuentran plenamente demostradas.

En relación con las pruebas trasladadas, la sociedad demandante no desvirtuó su ilegalidad, por lo que no puede pretender que no se tengan en cuenta; que corresponden a una multa por la violación del artículo 246 del Decreto 444 de 1967, motivada por el ingreso ilegal de divisas con base en las liquidaciones de reintegro relacionadas con varios documentos de exportación, entre ellos los presentados a través de los Bancos Anglo Colombiano y Tequendama.

La sanción fue impuesta con respecto a certificados de reintegro dentro de los cuales se encuentran los No. 0365⁷ y 9186⁸, respecto de los que se negó el reconocimiento del CERT mediante los actos que se demandan, por lo que no procede afirmar que los actos acusados se refirieron a exportaciones a las cuales no aluden los actos de la DIAN.

Agrega que en el Auto de Formulación de Cargos No. 0051 del 23 de mayo de 1995, la DIAN indicó que no se pudo establecer la infraestructura con que contó la sociedad investigada para producir las mercancías exportadas, ni quien le vendió las materias primas o las manufacturadas.

De todo lo anterior concluye que la demandante omitió su deber de probar la realidad de las exportaciones, tanto en la vía gubernativa, como en la jurisdiccional.

Resalta que los actos de la Administración de Impuestos y Aduanas son válidos y se prueba, con ellos, el ingreso ilegal de las divisas, en la medida en que las mismas no provenían del importador de las mercancías cuya exportación se relaciona con el beneficio fiscal. Con esta situación, no está probada la existencia real del proveedor, la entrega real y material de la mercancía y, por ende, tampoco la realización efectiva de las exportaciones.

Aunado a lo anterior, no se probó que el reintegro de divisas correspondiera a las exportaciones frente a las cuales se solicitan los CERTs, factores indispensables para el reconocimiento de los mismos; ésta situación no queda desvirtuada con el pronunciamiento de la Fiscalía Quinta Delegada – Unidad Dos – Especializada en Delitos Contra el Patrimonio Económico Público y Privado de Barranquilla del 2 de abril de 1993, por cuanto la investigación no se adelantó por las operaciones sobre las cuales se reclama el beneficio tributario, tal como consta en el mencionado fallo, en el que se expresa:

“De los cargos que originaron la presente investigación penal, debe señalarse que son demasiados abstractos, gaseosos y por ende imprecisos, pues se hallan consignados en circunstancias generalizadas, que una vez analizadas en forma paralela con la información suministrada por las diligencias probatorias incorporadas de manera general al sumario, evidencia sus discrepancias con estas últimas, lo que forza(sic) concluir que le asiste razón a varios de los sindicados cuando aseveran que las empresas que representan no encajan en ninguna de las circunstancias que revela la resolución emanada de la Fiscalía 256 de Bogotá”.

⁷ Corresponde a las solicitudes de CERT 4421, 0664 Y 0745 del Banco Anglo Colombiano.

⁸ Corresponde a la solicitud del Banco Tequendama.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto sometido a consideración de la Sala se concreta en establecer si había lugar a la expedición y reconocimiento de los CERTs, por las exportaciones realizadas por la sociedad Confecciones Tío Ltda.

La demandante está inconforme porque en la sentencia apelada se concluyó que las exportaciones respecto de las cuales se requirió la expedición de los CERTs no se ajustan a las normas reguladoras de tales operaciones, por lo que la decisión del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es razonable y responde a la diligencia exigida para el desarrollo de una actividad reglada.

A juicio de la apelante, las solicitudes cumplían con los requisitos previstos en el Decreto 636 de 1984 y, por ende, no había razón para negar la expedición y reconocimiento de los CERTs.

El artículo 5° de la Ley 48 de 1983 prevé que el Certificado de Reembolso Tributario será un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones cuyos niveles fijará el gobierno Nacional en cualquier momento de acuerdo a los productos, y a las condiciones de los mercados a que se exporten. El Gobierno regulará la utilización del certificado consultando la realidad del comercio exterior, con el propósito de estimular la producción de bienes y servicios, es decir, como un instrumento de apoyo a las exportaciones.

Posteriormente, la Ley 7ª de 1991 dispone en su artículo 7° que el CERT continuará siendo un instrumento libremente negociable y que el Gobierno Nacional establecerá los criterios, requisitos, condiciones y procedimientos para el reconocimiento, expedición, redención, negociación y caducidad de los CERT, así como las entidades autorizadas para realizar dichas operaciones, los beneficiarios y los impuestos que puedan ser cancelados con él.

Por su parte, el Decreto 636 de 1984 establece:

“Artículo 2°.- Del derecho al Certificado de Reembolso Tributario. Las exportaciones legal y efectivamente realizadas, el reintegro de las divisas correspondientes y la respectiva solicitud formalmente presentada por el exportador originarán la obligación, a cargo del Banco de la República, de expedir y entregar al exportador los Certificados de Reembolso Tributario”.

(...)

Artículo 11. De los requisitos. El Banco de la República expedirá y entregará los Certificados de Reembolso Tributario una vez se hayan cumplido los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan reintegrado al Banco de la República las divisas correspondientes;*
- b) Que la Dirección General de Aduanas haya entregado al Departamento de Fiduciaria y Valores del Banco de la República la copia del formulario único de exportación que esa dependencia expide;*
- c) Que no curse investigación administrativa o penal alguna relacionada con la autenticidad o legalidad de las respectivas exportaciones;*
- d) Que la solicitud de entrega de los Certificados de Reembolso Tributario se presente dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.*

(...)”

Cumplidos tales requisitos, surge, en principio la obligación de la autoridad competente de expedir y entregar los certificados de reembolso. De conformidad con los artículos 1° de la Ley 48 de 1983 y 11 del Decreto 636 de 1984, la facultad para reconocer y expedir los CERTs era del Banco de la República. Con la expedición del Decreto 546 de 1997, esa facultad fue trasladada al INCOMEX, entidad suprimida y, en virtud del Decreto 2682 de 1999, la competencia la asumió el Ministerio de Comercio Exterior hoy, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

De acuerdo con el artículo 11, transcrito, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es el encargado de decidir sobre el reconocimiento y entrega de los CERTs; para ello debe verificar la legalidad y efectividad de la exportación; solicitar la guía aérea o marítima refrendada por la empresa transportadora; el conocimiento de embarque; la planilla única de transporte; la factura comercial; la certificación y factura del proveedor; el certificado sobre la dirección del proveedor y del destinatario de la mercancía; la constancia de recibo del importador y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, entre otros.

En estas condiciones, la Sala examinará el caso concreto.

La sociedad Confecciones Tío Ltda. radicó ante el Banco de la República a través de intermediario financiero solicitudes de reconocimiento de CERTs, por un valor de US\$ 308.094.10, así⁹:

1.- Banco Anglo Colombiano:

Solicitud de CERT No.	Documento de Exportación No.	Valor US\$
664 del 29 de enero de 1991	15 del 2 de enero de 1991	72.000.00
664 del 29 de enero de 1991	8547 del 17 de diciembre de 1990	42.000.00
745 del 30 de enero de 1991	16 del 2 de enero de 1991	72.000.00
899 del 13 de febrero de 1991	7766 del 22 de noviembre de 1990	48.000.00
899 del 13 de febrero de 1991	7766 del 22 de noviembre de 1990	14.091.10
4421 del 7 de junio de 1991	14 del 2 de enero de 1991	60.000.00
	TOTAL	308.094.10

2.- Banco Tequendama: Solicitud de CERTs No. 9186 del 18 de noviembre de 1991, por un valor de US\$ 51.963.00, con documento de exportación No. 2710 del 8 de marzo de 1991.

3.- Banco del Estado: Solicitud de CERTs por valor de US\$755.106.90, así:

Solicitud de CERT No.	Documento de Exportación No.	Valor US\$
-----------------------	------------------------------	------------

⁹ Folio 55 del cuaderno principal

3744 del 3 de septiembre de 1992	2710 del 8 de marzo de 1991	3.037.00
3744 del 3 de septiembre de 1992	2711 del 8 de marzo de 1991	43.091.34
5557 del 23 de diciembre de 1992	2711 del 8 de marzo de 1991	1.960.34
5561 del 28 de diciembre de 1992	6664 del 10 de mayo de 1991	58.240.00
27	6665 del 10 de mayo de 1991	58.240.00
27	6716 del 10 de mayo de 1991	58.000.00
27	6773 del 14 de mayo de 1991	58.000.00
27	6594 del 10 de mayo de 1991	43.459.28
5562 del 28 de diciembre de 1992	2711 del 8 de marzo de 1991	4.948.32
	2712 del 8 de marzo de 1991	58.000.00
	3374 del 20 de marzo de 1991	56.000.00
	3375 del 20 de marzo de 1991	50.000.00
	3376 del 20 de marzo de 1991	20.798.82
5563 del 28 de diciembre de 1992	3376 del 20 de marzo de 1991	34.201.18
	6594 del 10 de mayo de 1991	14.780.72
	6595 del 10 de mayo de 1991	53.760.00
	6774 del 14 de mayo de 1991	58.240.00
	6775 del 14 de mayo de 1991	56.000.00
	6776 del 14 de mayo de 1991	9.036.90
5564 del 28 de diciembre de 1992	6776 del 14 de mayo de 1991	15.313.000
	TOTAL	755.106.90

Mediante Oficio 2-2001-48604 S del 19 de octubre de 2001, la Dirección General de Comercio Exterior solicitó a la Subdirección de Cambios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, copia auténtica del expediente correspondiente a la investigación adelantada a la sociedad Confecciones Tío Ltda.; con el Oficio No. 2-2001-48605 S de la misma fecha, también solicita al Tribunal Administrativo del Atlántico copia auténtica de las decisiones de fondo adoptadas en el Proceso 7758/963 –D, instaurado por la sociedad contra el Banco de la República.

La Administración de Impuestos y Aduanas de Barranquilla, mediante la Resolución No. 010168 del 18 de noviembre de 1993, confirmó la Liquidación Oficial de Revisión No. 0186 del 19 de octubre de 1992, por concepto del impuesto sobre las ventas

correspondiente al primer (1°) bimestre de 1991¹⁰; posteriormente el Grupo Cambiario de la misma Administración, mediante la Resolución No. 124 del 17 de octubre de 1995 impuso a la demandante una multa por valor de \$ 3.549.461.855,33, por la violación al artículo 246 del Decreto 444 de 1967, relacionada con el ingreso ilegal de divisas, de acuerdo con las liquidaciones de reintegro de los años 1989 a 1991¹¹.

La sociedad interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declarara la nulidad y se ordenara el restablecimiento de los derechos violados por el Banco de la República, contenidos en el acto presunto nacido del silencio administrativo negativo que operó en las solicitudes de CERTs radicadas ante esa entidad; el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia del 13 de septiembre de 2000¹² negó las súplicas de la demanda.

La sentencia del Tribunal fue apelada y revocada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 10 de julio de 2002 y, en su lugar, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo, al advertir que no existía acto administrativo definitivo¹³.

De acuerdo con lo anterior la Dirección General de Comercio Exterior suspende, mediante el Auto No. 207 del 15 de noviembre de 2001, el proceso de reconocimiento de CERTs hasta que se conozca el resultado de las investigaciones adelantadas por la DIAN y del proceso seguido en el Tribunal Administrativo del Atlántico¹⁴.

En atención a la respuesta de las entidades citadas, la Dirección General de Comercio Exterior profiere el Auto No. 259 del 19 de noviembre de 2002; incorpora al expediente administrativo de reconocimiento y entrega de CERTs las pruebas practicadas por la DIAN, el Tribunal Administrativo del Atlántico y por la Superintendencia de Control de Cambios; se reanuda la actuación administrativa de reconocimiento¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, la misma Dirección expide la Resolución No. 0030 del 17 de febrero de 2003 en la que niega el reconocimiento del incentivo tributario CERT a la demandante¹⁶; por lo que la sociedad interpone recurso de reposición, resuelto mediante la Resolución No. 0467 del 11 de junio de 2003 que no repone la actuación¹⁷.

En vista de lo anterior, la sociedad demandante interpone el recurso de apelación para ante el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, quien confirma la actuación recurrida.¹⁸

En cuanto al fondo del asunto sometido a consideración de la Sala, se precisa:

¹⁰ Folios 219 a 229 del cuaderno 2 de antecedentes

¹¹ Folios 274 a 283 del cuaderno 3 de antecedentes

¹² Folio 330 a 350 del cuaderno 4 de antecedentes

¹³ Folio 314 a 324 del cuaderno 4 de antecedentes

¹⁴ Folio 192 a 193 del cuaderno 2 de antecedentes

¹⁵ Folio 360 a 363 del cuaderno 4 de antecedentes

¹⁶ Folio 54 a 66 del cuaderno principal

¹⁷ Folio 67 a 77 del cuaderno principal

¹⁸ Folio 78 a 84 del cuaderno principal

De conformidad con el artículo 30 de la Resolución 1092 de 1997¹⁹, por la cual se determina el procedimiento para el reconocimiento del derecho al certificado de reembolso tributario CERT, durante la actuación administrativa, las pruebas que se practiquen y decreten se regirán por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, en los procesos de reconocimiento de CERT es posible trasladar pruebas para verificar los hechos en que se fundamentan las solicitudes de reconocimiento, tal como sucedió en el *sub lite* en que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como entidad competente, solicitó a la DIAN y al Tribunal Administrativo del Atlántico copia auténtica de las actuaciones adoptadas en los procesos adelantados a la sociedad Confecciones Tío Ltda. y una vez valoradas las pruebas verificó los aspectos relacionados con las exportaciones que dieron origen a la solicitud de reconocimiento de CERT.

Dentro de las pruebas se encuentra la Resolución No. 124 del 17 de octubre de 1995, proferida por la Administración de Impuestos y Aduanas de Barranquilla, a través de la cual impuso una multa a la demandante por violación al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, por ingreso ilegal de divisas de acuerdo con la liquidaciones de reintegro de los años 1989 a 1991.

Para la Sala, contrario a lo alegado por la apelante, está desvirtuada la legalidad de las exportaciones; en efecto, está demostrada la infracción cambiaria, pues la DIAN estableció que las divisas reintegradas tenían como fuente una actuación distinta a la exportación al precisar que: *“...se ha demostrado a lo largo de la investigación que las divisas reintegradas por su cuenta no provienen del aparente comprador, apareciendo giradas, acreditadas o desembolsadas por una fuente de recursos ajenas por completo a la operación misma de la exportación que se pretende cancelar (...) a pesar de haberse realizado operaciones de exportación en Panamá, las divisas provienen de los Estados Unidos de Norteamérica, sin encontrarse ningún tipo de explicación al respecto. Y por otro lado, el ordenante de las divisas objeto de los reintegros tampoco corresponde al importador que aparece registrado en los documentos de exportación”*

Al haberse encontrado que las exportaciones respecto de las cuales se solicitó el reconocimiento de los CERTs no se ajustaban a las normas reguladoras de tales

¹⁹ ARTICULO 30o. PRUEBAS: Con el objeto de verificar los hechos en que se fundamentan las peticiones de reconocimiento del derecho al CERT, durante la actuación administrativa se podrán decretar y practicar pruebas de conformidad con las normas del Código Contencioso Administrativo.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el código de Procedimiento Civil y los demás medios que sean útiles para la formación del convencimiento del INCOMEX.

Corresponde al peticionario probar la realización efectiva y legal de la operación de comercio exterior y el reintegro de las divisas.

Las pruebas se decretarán mediante auto dictado por la Subdirección de Operaciones, el cual se notificará por medio de anotaciones en estados; éste se fijará en lugar público y permanecerá allí durante la jornada de trabajo del respectivo día.

La inserción en el estado se hará pasado un día de la fecha del auto, y en ella debe constar:

a) La indicación del nombre del peticionario y del intermediario financiero que actúa como su representante.

b) La fecha del auto.

c) La fecha del estado y la firma del funcionario, según el caso.

El auto mediante el cual se decreten pruebas, quedará ejecutoriado tres (3) días después de su desfijación o cuando se hayan

resuelto los recursos contra el interpuestos.

En firme el auto, deberá practicarse las pruebas decretadas, dentro del término que prudencialmente haya fijado la Subdirección de Operaciones.

operaciones, como las cambiarias; era procedente la negativa del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; tal como lo contempla el artículo 18 del Decreto 636 de 1984 que advierte:

“Artículo 18. De la suspensión de registros y de la pérdida del derecho al Certificado de Reembolso Tributario. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, previo pronunciamiento de la Superintendencia de Control de Cambios o de la autoridad jurisdiccional competente, el exportador que contraviniera las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios, aduaneros o de comercio exterior podrá ser sancionado así:

a) Pérdida, por el término de doce (12) meses, del derecho a solicitar registros de exportación en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior. Esta sanción se decretará por la Dirección del Instituto Colombiano de Comercio Exterior mediante resolución debidamente motivada.

b) Pérdida, durante el término de doce (12) meses, del derecho a la entrega del Certificado de Reembolso Tributario sobre las exportaciones realizadas. Esta sanción la decretará la Gerencia del Banco de la República mediante resolución debidamente motivada.

En caso de reincidencia, la pérdida del derecho al Certificado de Reembolso Tributario tendrá efecto durante un período no inferior a cuatro (4) años.”

De acuerdo con la norma en cita, se pierde el derecho al CERT cuando el exportador contraviene las disposiciones que regulan las exportaciones en sus aspectos cambiarios, aduaneros o de comercio exterior, tal como sucedió en el caso en estudio en que se vulneraron las normas cambiarias como lo advirtió la DIAN en una actuación que se encuentra en firme, circunstancia que demuestra que no se cumplió lo previsto en el artículo 11 del Decreto 636 de 1984, por lo que deberá negarse la solicitud de reconocimiento y expedición de CERTs.

En cuanto a la competencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Sala reitera lo precisado en la Sentencia del 7 de junio de 2011, Exp. 17153:

En los casos en que se decide sobre el reconocimiento de los CERT, la competencia del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo no debe limitarse a una verificación automática de los requisitos previstos en el mencionado artículo 11. En cumplimiento de esa actividad el Ministerio puede indagar a otras autoridades públicas para determinar la legalidad y efectividad de las exportaciones.

En otras palabras, la sola presentación de la solicitud y de los documentos necesarios no obliga al reconocimiento de los CERT, como equivocadamente lo cree la parte apelante, pues dicho reconocimiento está supeditado a que se acredite, además, la legalidad y la efectividad de las exportaciones. (...)

En este orden, no hubo la aparente violación de las normas alegada por la demandante, pues los actos fueron expedidos con base en pruebas trasladadas de

actuaciones adelantadas por otras entidades, en el caso la DIAN, lo que significa que podían servir de fundamento para expedir los actos administrativos demandados.

La demandante no demostró la legalidad y efectividad de las exportaciones que dieron lugar a la solicitud de reconocimiento de los CERTs; por el contrario, las pruebas recaudadas por el Ministerio desvirtúan la legalidad y la realidad de las operaciones de comercio exterior durante el año 1991; las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, son simples afirmaciones sin sustento legal.

Por todo lo anterior, la Sala desestimaré los argumentos del recurso y, en consecuencia, confirmará la sentencia apelada.

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

CONFÍRMASE la sentencia del 11 de octubre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección "B", dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad Confecciones Tío Ltda., contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ