

CERT – Incentivo a las exportaciones. Requisitos para su expedición y entrega / EXPEDICION DEL CERTIFICADO DE REEMBOLSO TRIBUTARIO - Plazo

Lo primero que debe precisar la Sala es que el Certificado de Reembolso Tributario- CERT es un incentivo a las exportaciones, que se concreta en la devolución de la totalidad o de una parte de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones que el exportador haya pagado, con el ánimo de incentivar la exportación. (Artículo 5 del Decreto 636 de 1984). Ahora bien, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 636 de 1984, las exportaciones “legal y efectivamente realizadas”, el reintegro de las divisas correspondientes y la solicitud formalmente presentada otorgan el derecho a reclamar los Certificados de Reembolso Tributario. Cumplidos esos requisitos, surge, en principio, la obligación, para la autoridad pública encargada, de expedir y entregar tales certificados. En todo caso, el artículo 2º mencionado debe interpretarse armónicamente con el artículo 11 Ibídem, que establece los requisitos para la expedición y entrega de los CERT. Dentro de esos requisitos está el relativo a que la solicitud de expedición y entrega se debe presentar dentro de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 636 DE 1984 – ARTICULO 5 / DECRETO 636 DE 1984 – ARTICULO 2

CERT – El término para solicitarlo puede prorrogarse antes de su vencimiento / PRORROGA PARA SOLICITAR LOS CERT – Eventos en los que procede / CANALIZACION DE LAS DIVISAS – Termina a partir del cual se deben contar los seis meses para presentar la solicitud de expedición del CERT / REINTEGRO DE DIVISAS – Concepto / PLAZO PARA SOLICITAR LA EXPEDICION DEL CERT – No es un término de caducidad

El párrafo primero del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y el artículo 9 de la Resolución 1092 de 1997 establecen que el término para solicitar los CERT puede prorrogarse antes de su vencimiento. La última de las normas mencionadas prevé que la prórroga es procedente siempre y cuando ocurra lo siguiente: i) Que el exportador justifique la solicitud de prórroga; ii) Que el intermediario financiero presente solicitud en la que se relacione número y fecha de la declaración de cambio, el valor en dólares y el número y fecha del documento de exportación, y, iii) Que la solicitud se presente dentro de los seis meses de que trata el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984. De lo anterior surge, sin duda, que el término de seis meses para la presentación de la solicitud debe contarse desde el día siguiente en que se canalizan las divisas, sin perjuicio de que se disponga la prórroga del término por seis meses más. En materia cambiaria, reintegrar las divisas significa canalizar, por medio del mercado cambiario o mediante la utilización de las cuentas corrientes de compensación, los dineros provenientes de las exportaciones. En todo caso, ese término de seis meses no es un término de caducidad, como equivocadamente lo entendió el a quo, sino un plazo preclusivo en el que el interesado debe pedir la expedición y entrega de los CERT. Diferente es el término de caducidad, previsto en el artículo 13 del Decreto 636, establecido como el plazo en el que el interesado puede ejercer el derecho que se deriva de los CERT, una vez se han expedido y se ha ordenado la entrega. Es decir, uno es el tiempo con que cuenta el interesado para pedir el reconocimiento del incentivo tributario y otro es el término que tiene para hacer valer el derecho que se deriva del CERT.

FUENTE FORMAL: DECRETO 636 DE 1984 - PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 11 / RESOLUCIÓN 1092 DE 1997 - ARTÍCULO 9

REINTEGRO ANTICIPADO DE DIVISAS – No determina el plazo para presentar la solicitud de expedición del CERT / REINTEGRO DE DIVISAS – Fecha a partir de la cual se cuenta el plazo para presentar la solicitud de expedición del CERT

La sociedad apelante alegó que, por haber realizado un reintegro anticipado de divisas, el término de seis meses no debía contarse desde la fecha de dicho reintegro, sino desde el momento en que se materializó la exportación. Sobre este particular, baste decir que el recuento normativo realizado en la primera parte de las consideraciones de este fallo demostró que de las normas que regulan la expedición de los CERT no se deriva la interpretación que pretende hacer valer la sociedad apelante. Por el contrario, las normas reseñadas son claras en determinar que el plazo de seis meses para presentar la solicitud debe contarse a partir del día siguiente a que se produzca el reintegro de divisas. El hecho de que el demandante hubiera realizado el reintegro anticipado de divisas, no significa que no se debiera cumplir con el plazo previsto para solicitar la expedición y entrega de los CERT. De hecho, ante la imposibilidad de presentar la solicitud oportunamente, la sociedad demandante pudo pedir la prórroga a que se refiere el párrafo primero del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y el artículo 9 de la Resolución 1092 de 1997, anteriormente citados. Adicionalmente, el hecho de que el exportador reintegre las divisas de manera anticipada y la exportación se concrete con posterioridad al reintegro no son fundamentos para interpretar que el término de los seis meses se debe contabilizar a partir de la fecha de cierre del documento de exportación, toda vez que, la autoridad competente para reconocer el derecho al CERT, tiene el deber de verificar que, en efecto la exportación se haya realizado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 636 DE 1984 – ARTICULO 11 / RESOLUCIÓN 1092 DE 1997 – ARTICULO 9

CERT – Funcionario competente para su reconocimiento / SUBDIRECTOR DE OPERACIONES – Funcionario competente para reconocer el CERT / ACTO QUE DECIDE EL RECONOCIMIENTO DEL CERT – Contra el proceden los recursos de reposición y apelación

El artículo 31 de la Resolución 1092 de 1997 establecía que el reconocimiento del CERT era de competencia del Subdirector de Operaciones del INCOMEX, decisión que podía impugnarse mediante los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos ante el mismo funcionario que tomó la decisión, es decir, el Subdirector de Operaciones. La Sala aprecia que la norma citada sigue los mismos parámetros establecidos en el C.C.A., luego no se trata de un procedimiento que difiera del Código y que prime sobre este por la supuesta diferencia, como lo dijo el a quo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 47001-23-31-000-1999-00294-01(17334)

Actor: C.I. TECNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR - FUSIONADO CON EL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, HOY MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena del 31 de octubre de 2007, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La sociedad TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó los siguientes actos administrativos:

- La comunicación DSMG-0225-97 del 11 de septiembre de 1997, en la que, en su momento, el Director Seccional del Instituto de Comercio Exterior - INCOMEX de Santa Marta hizo la devolución de las declaraciones de cambio Nos. 45193, 54453, 37493, 34193, 20750, 11354, 04808, 88432 y 80929 y negó la expedición de los Certificados de Reembolso Tributario – CERT.
- La Resolución 002953 del 19 de mayo de 1998, en la que el Subdirector de Operaciones del INCOMEX confirmó la decisión contenida en la comunicación DSMG-0225-97, antes mencionada.
- La Resolución 5006 del 31 de julio de 1998, en la que el Director General del INCOMEX confirmó Resolución 002953.

A título de restablecimiento del derecho, la demandante pidió que se condenara al INCOMEX a pagar la suma de \$90'953.366,76, que corresponde al valor de los CERT reclamados. Solicitó, además, que se condenara en abstracto o *in genere* al INCOMEX a pagar los perjuicios sufridos (lucro cesante), por la mora en la expedición y entrega de los CERT.

La parte demandante invocó como vulnerados las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2 y 58,
- Ley 48 de 1993: artículos 1°, numeral 1°; párrafo 2° del artículo 2,
- Código Civil: artículo 2535,
- Código Contencioso Administrativo: artículo 50,
- Ley 153 de 1987: artículo 8, y
- Decreto 636 de 1984: artículos 2, 3 y 11.

En el concepto de violación, la demandante adujo que el INCOMEX desconoció los principios de legalidad y del patrimonio de los asociados (arts. 2 y 58 de la C.P.), por cuanto injustificadamente negó la expedición y entrega de los CERT y que, con ello, causó un grave perjuicio.

Dijo, por un lado, que del análisis de los artículos 2º, inciso segundo, y 4º, párrafo 2º de la Ley 48 de 1983, desarrollados por el artículo 11 del Decreto 636 de 1984, a su vez, modificado por el Decreto Reglamentario 987 de 1991, se desprendía que el acto en que se decide sobre las solicitudes de expedición y entrega de los CERT, es un acto administrativo esencialmente reglado, por cuanto el INCOMEX está obligado a verificar el cumplimiento de ciertos requisitos. Que, en todo caso, una vez cumplidos surge la obligación de ordenar la expedición y entrega de los CERT, independientemente de cualquier consideración adicional. Adujo, de otro lado, que los actos demandados están viciados por **falsa motivación**, por interpretación errónea de los artículos 11 del Decreto 636 de 1984¹, 8 de la Resolución 1092 de 1997 y 18 de la Resolución 21 de 1993². Que, en efecto, el INCOMEX “*contrariando uno de los principios más elementales de la interpretación de las normas, contenido en el artículo 8º de la ley 153 de 1987*” efectuó “*un análisis aislado y exegético de las normas referidas, omitiendo aplicar el artículo 2535 del Código Civil*”.

Que si bien el literal d) del artículo 8º de la Resolución 1092 de 1997 establece un término de prescripción del derecho a solicitar los CERT, lo cierto es que dicho literal debía interpretarse en armonía con el artículo 2535 del Código Civil. Que, en este caso, las dudas en la interpretación de las normas debían resolverse a favor del exportador, en virtud del principio “*indubio pro libertate o pro administrado*”.

Adujo que, en el caso concreto, TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., se acogió al “*régimen especial*” de reintegro anticipado de divisas, previsto en el artículo 18 de la Resolución 21 de 1993. Que, por lo tanto, si la resolución mencionada permitía el pago anticipado de divisas y la realización de exportaciones en un término de cuatro meses o más, contados desde la fecha de canalización, resultaba lógico que para las empresas que se acogieran a dicho régimen, el derecho a reclamar los CERT nacía una vez que se hubieran realizado y legalizado dichas exportaciones.

Que, en ese sentido, el computo del término de “*caducidad o prescripción*” para reclamar los CERT debía computarse a partir del momento en que se hubieren reunido todos los requisitos para reclamarlos, esto es, una vez naciera a la vida jurídica el derecho reclamarlos. Es decir que si las exportaciones se realizaron con posterioridad a la fecha de reintegro de las divisas, sólo a partir de la fecha de cierre del DEX (Documentos de Exportación) podía iniciarse el cómputo del término de prescripción.

Por último, en cuanto a la expedición irregular de la Resolución 2953 de 1998, que resolvió el recurso de reposición presentado contra la comunicación DSMG-0225-97 de 1997, dijo que no debió proferirla el Subdirector de Operaciones del INCOMEX, sino el Director Seccional del INCOMEX de Santa Marta, pues, de conformidad con el artículo 50 del C.C.A., el recurso de reposición debe resolverlo el mismo funcionario que adoptó la decisión.

¹ Modificado por el Decreto Reglamentario 978 de 1991.

² Modificada por el artículo 1º de la Resolución 5 de 1997, de la Junta Directiva del Banco de la República.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La autoridad demandada no contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró que no es cierto, como se concluyó en los actos demandados, que la presentación de la solicitud de los CERT, por fuera de los seis meses de la canalización de las divisas, diera lugar a la “*caducidad del derecho*” y que tampoco es cierto, como lo alegó la parte actora, que la caducidad se contara desde el momento en que se cumplieran los requisitos legales para solicitarlos. Que los argumentos de ambas partes son equivocados, por cuanto una cosa es la extemporaneidad de la solicitud y otra es la “*caducidad de los CERT*”, esto es, que uno es el término que tiene el interesado para presentar la solicitud y otro es el término que tiene para hacer valer los derechos que se derivan de los CERT³.

Destacó que en el expediente estaba probado que el demandante se acogió al régimen de pagos anticipados, regulado en el artículo 18 de la Resolución 21 de 1993, modificado por la Resolución Externa 5 de 1997. Que, por lo tanto, debía cumplir con los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y, en especial, debía presentar la solicitud de los CERT dentro de los seis meses siguientes a la canalización de las divisas. Que ese requisito es autónomo y que no está condicionado al cumplimiento de otros requisitos, como lo entendió la parte demandante.

Que, además, estaba probado que la parte demandante presentó la solicitud de reconocimiento de los CERT por fuera de los seis meses de canalización de divisas y que, por ende, era procedente negar su reconocimiento y expedición.

Que, en consecuencia, el cargo de nulidad no tenía vocación de prosperidad.

En cuanto a la expedición irregular, dijo que, de conformidad con el artículo 31 de la Resolución 1092 de 1997, vigente para la época de los hechos, contra el acto administrativo que resolvía la petición del CERT procedía el recurso de reposición que debía decidir el Subdirector de Operaciones del INCOMEX. Que por tratarse de una norma especial que regía el trámite en vía gubernativa en esos casos, debía preferirse sobre las normas que regulan dicho trámite en el Código Contencioso Administrativo.

Que el hecho de que la decisión inicial la hubiera adoptado el Director Seccional del INCOMEX Santa Marta y no el Subdirector de Operaciones, no afectaba la legalidad de los actos acusados, por cuanto en el proceso de formación de los actos administrativos no se pretermitió ninguna ritualidad de las previstas en el ordenamiento jurídico.

Que, en todo caso, el vicio de ilegalidad que debió proponer la parte demandante no era el de expedición irregular, sino el de falta de competencia.

Que, por tanto, el cargo de nulidad no prosperaba.

EL RECURSO DE APELACIÓN

³ Para respaldar este aserto, citó (sin referencia) la sentencia del 12 de febrero de 1999, dictada por esta Sección.

La parte demandante apeló y, en general, reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Manifestó que el Tribunal omitió considerar que la sociedad demandante se acogió al régimen especial de reintegro anticipado de divisas y que, por tanto, el término de seis meses para presentar la solicitud debía contarse a partir de la exportación efectiva. Que, en el caso examinado, el derecho a reclamar los CERT no surgía al momento del reintegro, sino cuando surgiera el derecho, esto es, a partir de la fecha de la declaración de exportación. En este aspecto, insistió en que, de conformidad con el artículo 2535 del Código Civil, el término de prescripción debía computarse desde el nacimiento del derecho.

Dijo, de otro lado, que no existía una norma que estableciera el término para solicitar el reconocimiento y expedición de los CERT para los casos en que existe un reintegro anticipado de divisas y que, por ende, ese término empezaba a correr a partir del nacimiento del derecho.

Que, en ese orden, las solicitudes fueron oportunas, habida cuenta de que se *“realizaron dentro de los 6 meses previstos en la ley”*. Para respaldar esa conclusión, propuso el siguiente cuadro:

| Declaración de cambio Fecha de reintegro | Declaración de exportación Fecha de cierre. | Solicitud CERT Fecha de radicación. | Lapso transcurrido para solicitar CERT a partir de la fecha de cierre de la exportación |
|--|--|---|--|
| 45193 1997/02/18 | 2318- 1997/06/06 2317- 1997/06/07 2321- 1997/06/11 2320- 1997/06/14 | 1997/09/11 | Tres meses y cinco días Tres meses y cuatro días Tres meses Dos meses y veinte siete días |
| 54453 1997/02/20 | 2325- 1997/06/14 2324- 1997/06/18 2323- 1997/06/18 | 1997/09/11 | Dos meses y veinte siete días Dos meses y veinte tres días Dos meses y veinte tres días |
| 37493 1997/02/14 | 2315- 1997/06/03 2318- 1997/06/06 | 1997/09/11 | Tres meses y ocho días Tres meses y cinco días |
| 34193 1997/02/13 | 2313- 1997/05/27 2312- 1997/05/27 2311- 1997/05/31 2302- 1997/06/03 | 1997/09/11 | Tres meses y catorce días Tres meses y catorce días Tres meses y once días Tres meses y ocho días |
| 20750 1997/02/07 | 2309- 1997/05/24 | 1997/09/11 | Tres meses y diez y siete días (sic) |

| | | | |
|---------------------|--|------------|---|
| | 2313- 1997/05/27 | | Tres meses y catorce días |
| 11354 1997/02/04 | 2305- 1997/05/16 2306- 1997/05/17 2310- 1997/05/21 2309- 1997/05/24 | 1997/09/11 | Tres meses y veinticinco días Tres meses y veinticuatro días Tres meses y veinte días Tres meses y diez siete días (sic) |
| 04808 1997/01/31 | 2305- 1997/05/16 | 1997/09/11 | Tres meses y veinticinco días |
| 88432 1997/01/28 | 2305- 1997/05/16 | 1997/09/11 | Tres meses y veinticinco días |
| 80929 1997/01/24 | 2020- 1997/05/10 2307- 1997/05/16 2305- 1997/05/16 | 1997/09/11 | Cuatro meses y un día Tres meses y veinticinco días Tres meses y veinticinco días |

En cuanto al término de caducidad que se mencionó en la sentencia apelada, dijo que dicho término hacía referencia al plazo de dos años que tiene el interesado para ejercer el derecho incorporado en el título, pero que, en todo caso, ese término era diferente al previsto para presentar la solicitud de los CERT.

Insistió, por último, en que el recurso de reposición presentado por la demandante en vía gubernativa lo resolvió el Subdirector de Operaciones y no el Director Seccional del INCOMEX de Santa Marta, que fue el que expidió la comunicación DSMG-0225-97 de 1997, que negó el reconocimiento y expedición de los CERT.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reiteró los planteamientos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación. Insistió en que, en el caso particular, no puede aplicarse el requisito previsto en el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984, toda vez que *“al momento que se reintegran las divisas, no ha surgido a la vida jurídica el derecho al CERT debido a que las exportaciones aún no se han efectuado real y materialmente.”* Que, por ende, como la solicitud de expedición de los CERT se presentó oportunamente no había fundamento legal para negarla.

La parte demandada no presentó alegatos finales.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala decidir si son nulos los actos acusados.

En concreto, corresponde definir, de un lado, desde cuándo debe computarse el término de 6 meses, [literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984], previsto para solicitar la expedición de los CERT, en los casos en que el exportador

reintegra anticipadamente las divisas por la exportación. De otro lado, se debe determinar si el hecho de que el recurso de reposición, en vía gubernativa, no lo hubiere resuelto el Director Seccional del INCOMEX de Santa Marta (funcionario que expidió el acto administrativo inicial), sino el Subdirector de Operaciones del INCOMEX, configura la expedición irregular de los actos demandados.

Lo primero que debe precisar la Sala es que el Certificado de Reembolso Tributario- CERT es un incentivo a las exportaciones, que se concreta en la devolución de la totalidad o de una parte de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones que el exportador haya pagado, con el ánimo de incentivar la exportación. (Artículo 5 del Decreto 636 de 1984⁴).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 636 de 1984⁵, las exportaciones “*legal y efectivamente realizadas*”, el reintegro de las divisas correspondientes y la solicitud formalmente presentada otorgan el derecho a reclamar los Certificados de Reembolso Tributario. Cumplidos esos requisitos, surge, en principio, la obligación, para la autoridad pública encargada, de expedir y entregar tales certificados⁶.

En todo caso, el artículo 2º mencionado debe interpretarse armónicamente con el artículo 11⁷ *Ibidem*, que establece los requisitos para la expedición y entrega de los CERT. Dentro esos requisitos está el relativo a que la solicitud de expedición y entrega se debe presentar dentro de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.

Por su parte, la Resolución 1092 de 1997, vigente al momento de los hechos, determinó en el literal d) del artículo 8⁸ que el plazo de seis meses “*se computará*

⁴ Artículo 5º Del Certificado de Reembolso Tributario como instrumento de devolución de impuestos. Mediante el Certificado de Reembolso Tributario el Gobierno devolverá al exportador la totalidad o una porción de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones que éste hubiere pagado y promoverá la actividad exportadora.

⁵ Artículo 2º 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.

⁶ De conformidad con los artículos 1 de la Ley 48 de 1983 y 11 del Decreto 636 de 1984, la facultada para reconocer y expedir era del Banco de la República. Con la expedición del Decreto 546 de 1997, esa facultad se radicó en el INCOMEX, entidad que se suprimió y, en virtud del Decreto 2682 de 1999, esa función la asumió el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

⁷ 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.

Parágrafo 1º Antes del vencimiento del término señalado en el literal d), el Banco de la República podrá prorrogarlo hasta por un plazo de seis (6) meses. A tal efecto, el interesado deberá presentar una solicitud debidamente sustentada.

Parágrafo 2º - Para los fines previstos en este artículo el Banco de la República podrá exigir, según el caso, los siguientes documentos adicionales: guía aérea o marítima refrendada por la empresa transportadora; conocimiento de embarque; Planilla Única del Instituto Nacional de Transporte -INTRA- refrendada por la autoridad aduanera en la frontera; factura comercial; certificación y factura del proveedor; certificación sobre dirección de proveedor y del destinatario de la mercancía; constancia de recibo del importador de la mercancía; registro de la Cámara de Comercio.”

⁸ “ARTÍCULO 8. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CERTIFICADO DE REEMBOLSO TRIBUTARIO CERT:

según el calendario a partir del día del reintegro (de divisas), lo cual significa que su vencimiento tiene lugar el mismo número de día del correspondiente mes.”⁹

De otra parte, el párrafo primero del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y el artículo 9 de la Resolución 1092 de 1997¹⁰ establecen que el término para solicitar los CERT puede prorrogarse antes de su vencimiento. La última de las normas mencionadas prevé que la prórroga es procedente siempre y cuando ocurra lo siguiente: *i)* Que el exportador justifique la solicitud de prórroga; *ii)* Que el intermediario financiero presente solicitud en la que se relacione número y fecha de la declaración de cambio, el valor en dólares y el número y fecha del documento de exportación, y, *iii)* Que la solicitud se presente dentro de los seis meses de que trata el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984.

De lo anterior surge, sin duda, que el término de seis meses para la presentación de la solicitud debe contarse desde el día siguiente en que se canalizan las divisas, sin perjuicio de que se disponga la prórroga del término por seis meses más.

En todo caso, ese término de seis meses no es un término de caducidad, como equivocadamente lo entendió el *a quo*, sino un plazo preclusivo en el que el interesado debe pedir la expedición y entrega de los CERT. Diferente es el término de caducidad, previsto en el artículo 13 del Decreto 636¹¹, establecido como el plazo en el que el interesado puede ejercer el derecho que se deriva de los CERT, una vez se han expedido y se ha ordenado la entrega. Es decir, uno es el tiempo con que cuenta el interesado para pedir el reconocimiento del incentivo tributario y otro es el término que tiene para hacer valer el derecho que se deriva del CERT. En ese contexto, la Sala examinará el caso concreto.

Hechos probados

Se encuentran probados los siguientes hechos:

(...)

d) Que la solicitud de otorgamiento de los Certificados de Reembolso Tributario sea presentada al INCOMEX dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.

El plazo de los seis (6) meses se computará según el calendario a partir del día del reintegro, lo cual significa que su vencimiento tiene lugar en el mismo número de día del correspondiente mes. Si el último día del plazo es feriado o de vacancia, se extiende el término de presentación de la solicitud hasta el primer día hábil siguiente.

(...)” (Se destaca).

⁹ En materia cambiaria, reintegrar las divisas significa canalizar, por medio del mercado cambiario o mediante la utilización de las cuentas corrientes de compensación, los dineros provenientes de las exportaciones.

¹⁰ ARTÍCULO 9. PRORROGAS: El INCOMEX podrá prorrogar el plazo para presentar la solicitud de reconocimiento del Certificado de Reembolso Tributario de que trata el literal d) del artículo 8o., de la presente resolución, hasta por seis (6) meses más, mediante el llenado de los siguientes requisitos:

- a) Solicitud del exportador en la cual justifique plenamente el motivo de la prórroga, dirigida al INCOMEX, a través de un intermediario financiero.
- b) Solicitud del intermediario financiero al INCOMEX adjuntando la del exportador y relacionando datos sobre número y fecha de la Declaración de Cambio, valor en dólares (US\$) de la misma, número y fecha del Documento de Exportación.
- c) Radicación de la solicitud en el INCOMEX dentro del término de los seis meses de que trata el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984.

Una vez analizada la solicitud de prórroga y la justificación de la misma, decidirá el INCOMEX si las razones expuestas ameritan o no su otorgamiento, lo cual se comunicará al exportador a través del intermediario financiero.

¹¹ Artículo 13. De la caducidad. El término de caducidad de los Certificados de Reembolso Tributario será de dos (2) años contados a partir de la fecha de su expedición. Solamente dentro de este término, los Certificados de Reembolso Tributario podrán negociarse libremente o utilizarse conforme a lo previsto en el artículo 10.

1. Que el 11 de septiembre de 1997, la sociedad demandante, por intermedio de Banco Industrial Colombiano, presentó solicitudes de expedición de los CERT, así¹²:

| NÚMERO DE DECLARACIÓN DE CAMBIO | FECHA | VALOR US\$ | DOCUMENTOS DE EXPORTACIÓN |
|---------------------------------|------------|------------|------------------------------|
| 45193 | 18-02-1997 | 740.000,00 | 2318 2317 2321 2320 |
| 54453 | 20-02-1997 | 670.756,80 | 2325 2324 2323 |
| 37493 | 14-02-1997 | 440.000,00 | 2315 2318 |
| 34193 | 13-02-1997 | 855.000,00 | 2313 2312 2311 2302 |
| 20750 | 07-02-1997 | 280.000,00 | 2309 2313 |
| 11354 | 04-02-1997 | 689.258,20 | 2305 2306 2310 2309 |
| 04808 | 31-01-1997 | 120.000,00 | 2305 |
| 88432 | 28-01-1997 | 400.000,00 | 2305 |
| 80929 | 24-01-1997 | 480.000,00 | 2320 2304 2307 2305 |

2. Que, mediante oficio DSMG-00225-97 del 11 de septiembre de 1997, el Director Seccional del INCOMEX de Santa Marta negó la solicitud de reconocimiento y entrega de los CERT, por haberse presentado por fuera de los 6 meses siguientes al reintegro de las divisas¹³.
3. Que contra el oficio mencionado se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación.
4. Que, mediante Resolución 2953 del 19 de mayo de 1998, la Subdirectora de Operaciones del INCOMEX resolvió el recurso de reposición y confirmó la negativa de reconocimiento y entrega de los CERT¹⁴.
5. Que, mediante Resolución 5006 del 31 de julio de 1998, la Directora General del INCOMEX resolvió el recurso de apelación y confirmó la decisión de negar la expedición de los CERT¹⁵.

¹² Folio 23 del cuaderno principal.

¹³ Folio 24 del c.p.

¹⁴ Folios 32-47 del c.p.

6. Que el reintegro de divisas que motivaron la expedición de los CERT se realizó conforme se explica en el siguiente cuadro¹⁶:

| NÚMERO DE DECLARACIÓN DE CAMBIO | FECHA | | |
|---------------------------------|-------|-----|------|
| | DÍA | MES | AÑO |
| 45193 | 18 | 02 | 1997 |
| 54453 | 20 | 02 | 1997 |
| 37493 | 14 | 02 | 1997 |
| 34193 | 13 | 02 | 1997 |
| 20750 | 07 | 02 | 1997 |
| 11354 | 04 | 02 | 1997 |
| 04808 | 31 | 01 | 1997 |
| 88432 | 28 | 01 | 1997 |
| 80929 | 24 | 01 | 1997 |

De la oportunidad de la presentación de la solicitud de los CERT

La primera inconformidad de la apelante radica en que en los actos acusados se habrían interpretado erróneamente las normas que regulan el reconocimiento y expedición de los CERT, por cuanto el término para solicitarlos, en los casos en que se hace un reintegro anticipado de divisas, debía contarse a partir de la fecha de cierre de la exportación, que, según dijo, era el momento en que surgía el derecho a reclamar el incentivo tributario.

Según las declaraciones de exportación enunciadas en el acápite de hechos probados, la solicitud de expedición de CERTS debió hacerse oportunamente conforme con las fechas que se relacionan en el siguiente cuadro:

| NÚMERO DE DECLARACIÓN DE CAMBIO | FECHA LÍMITE PARA SOLICITAR LOS CERT | | |
|---------------------------------|--------------------------------------|-----|------|
| | DÍA | MES | AÑO |
| 45193 | 18 | 08 | 1997 |
| 54453 | 20 | 08 | 1997 |
| 37493 | 14 | 08 | 1997 |
| 34193 | 13 | 08 | 1997 |
| 20750 | 07 | 08 | 1997 |
| 11354 | 04 | 08 | 1997 |
| 04808 | 31 | 07 | 1997 |
| 88432 | 28 | 07 | 1997 |
| 80929 | 24 | 07 | 1997 |

En el expediente está probado que la solicitud de expedición de los CERT fue presentada por la sociedad TÉCNICAS BALTIME DE COLOMBIA S.A., el 11 de septiembre de 1997, esto es, por fuera de los seis meses siguientes a la fecha de que se produjo el reintegro de divisas.

¹⁵ Folios 26-30 del c.p.

¹⁶ Folios 49-56 del c.p.

Ahora bien, la sociedad apelante alegó que, por haber realizado un reintegro anticipado de divisas¹⁷, el término de seis meses no debía contarse desde la fecha de dicho reintegro, sino desde el momento en que se materializó la exportación.

Sobre este particular, baste decir que el recuento normativo realizado en la primera parte de las consideraciones de este fallo demostró que de las normas que regulan la expedición de los CERT no se deriva la interpretación que pretende hacer valer la sociedad apelante. Por el contrario, las normas reseñadas son claras en determinar que el plazo de seis meses para presentar la solicitud debe contarse a partir del día siguiente a que se produzca el reintegro de divisas.

El hecho de que el demandante hubiera realizado el reintegro anticipado de divisas, no significa que no se debiera cumplir con el plazo previsto para solicitar la expedición y entrega de los CERT. De hecho, ante la imposibilidad de presentar la solicitud oportunamente, la sociedad demandante pudo pedir la prórroga a que se refiere el parágrafo primero del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y el artículo 9 de la Resolución 1092 de 1997, anteriormente citados.

Adicionalmente, el hecho de que el exportador reintegre las divisas de manera anticipada y la exportación se concrete con posterioridad al reintegro no son fundamentos para interpretar que el término de los seis meses se debe contabilizar a partir de la fecha de cierre del documento de exportación, toda vez que, la autoridad competente para reconocer el derecho al CERT, tiene el deber de verificar que, en efecto la exportación se haya realizado. Por eso, el artículo 24 de la Resolución 1092 de 1997 prevé que si la DIAN no ha remitido la declaración de exportación (DEX), esa situación impide que se inicie el estudio correspondiente y el plazo para decidir se contabilice desde el momento en que el DEX sea efectivamente recibido por el INCOMEX.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento propuesto por la sociedad apelante.

De la expedición irregular

La recurrente también se mostró inconforme con el hecho de que la Resolución 2953 del 19 de mayo de 1998 la expidiera la Subdirectora de Operaciones del INCOMEX y no el Director Seccional del INCOMEX Santa Marta, que expidió el oficio DSMG-00225-97 de 1997, mediante el que negó la expedición de los CERT. A juicio de la parte apelante, eso constituye una expedición irregular de los actos acusados.

Sobre este punto, la Sala destaca que para el Tribunal a quo, en el caso concreto se debía aplicar el procedimiento especial previsto para la expedición de los CERT, procedimiento que, según dijo, debía aplicarse con preferencia de las normas que regulan la vía gubernativa en el Código Contencioso Administrativo. Pues bien, el artículo 31 de la Resolución 1092 de 1997¹⁸ establecía que el reconocimiento del CERT era de competencia del Subdirector de Operaciones del

¹⁷ El reintegro anticipado de divisas es una figura prevista en el artículo 18 de Resolución 21 de 1993, modificada por el artículo 1° de la Resolución Externa 5 de 1997, que, en lo pertinente, dice: "*Pagos Anticipado. Las divisas recibidas de compradores extranjeros por concepto de futuras exportaciones de bienes no pueden constituir una obligación financiera con reconocimiento de intereses ni generar para el exportador obligación diferente a la entrega de la mercancía. Los exportadores tendrán un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de canalización de las divisas para realizar la correspondiente exportación.*"

¹⁸ ARTÍCULO 31. DECISIÓN: Con base en las pruebas e informes disponibles, el Subdirector de Operaciones tomará la decisión, la cual será motivada y se notificará en la forma prevista en el artículo siguiente. Contra el acto administrativo que resuelve la petición del CERT procede por vía gubernativa los recursos de reposición y apelación interpuestos ante el Subdirector de Operaciones dentro de los términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

INCOMEX, decisión que podía impugnarse mediante los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos ante el mismo funcionario que tomó la decisión, es decir, el Subdirector de Operaciones. La Sala aprecia que la norma citada sigue los mismos parámetros establecidos en el C.C.A., luego no se trata de un procedimiento que difiera del Código y que prime sobre este por la supuesta diferencia, como lo dijo el a quo.

Lo que ocurre es que en el presente caso está probado que el Director Seccional del INCOMEX Santa Marta, mediante el oficio DSMG-0225-97 le comunicó a la demandante que le devolvía los documentos que había radicado en esa seccional para que le reconocieran el CERT, porque lo había hecho en forma extemporánea. Ahora, como la demandante interpretó que ese oficio decidió negarle el CERT, a pesar de que esa competencia estaba radicada en el Subdirector de Operaciones, la actora decidió interponer los recursos contra la comunicación, pero no alegó la falta de competencia del Director del Incomex de Santa Marta.

En ese contexto, como la causal de violación por expedición irregular se concretó en la Resolución 002953 del 19 de mayo de 1998, en cuanto a la presunta falta de competencia del Subdirector de Operaciones del Incomex para resolver el recurso de reposición, la Sala considera que esa violación no se configuró, por cuanto, el Subdirector de Operaciones era el competente para decidir de fondo la solicitud y para resolver el recurso de reposición.

Por otra parte, el hecho de que la actora interpretara que el oficio DSMG-0225-97 era el acto administrativo de fondo expedido por funcionario competente y que haya decidido impugnarlo por razones diferentes a la falta de competencia, dio lugar a que el Director Seccional de Santa Marta remitiera la documentación a quien si era el competente y, por lo tanto, no se evidencia la causal de nulidad aludida. En ese orden, no es procedente declarar la nulidad de los actos demandados por falta de competencia del Subdirector de Operaciones.

Por lo tanto, tampoco prospera el argumento propuesto por la parte recurrente.

En conclusión, es indudable para la Sala que no había lugar al reconocimiento de los CERT, habida cuenta de que la solicitud se presentó extemporáneamente.

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,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 31 de octubre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por las razones expuestas.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO