

**MEMORANDO**

Bogotá, D. C., 19 NOV 2013

**PARA:** NUBIA OROZCO ACOSTA  
Directora General.

ANDREA CORTÉS SALAZAR  
Subdirectora Instrumentos, Permisos y Trámites.

**DE:** ROBERTH LESMES ORJUELA  
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

**Asunto:** Solicitud de Apoyo Jurídico.

En atención a su solicitud de apoyo a la Oficina Asesora Jurídica con respecto a la posibilidad de realizar seguimiento sobre las Certificaciones de Exclusión de IVA, o renta, expedidas según los artículos 424-5 y 428 – literal f del estatuto tributario de conformidad con las competencias asignadas a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, se plantean las siguientes consideraciones.

**1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

El ordenamiento jurídico Colombiano establece el principio de legalidad que expresa la idea de la ley como acto supremo e irresistible que por línea de principio no le es oponible fuerza alguna que, cualquiera sea su fundamento o forma, quiera apartarse de ella. Para los funcionarios públicos, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6 y 123 de la Constitución Política, su función y ejercicio público está establecido por las normas jurídicas determinadas en la Constitución, la Ley o los reglamentos (incluye manual de funciones), sin que le sea permitible extender sus funciones por vía de interpretación, o crearlas, a otras actuaciones administrativas que no estén expresamente consagradas.

Por lo cual, el primer elemento que el funcionario público debe analizar es su capacidad o competencia administrativa empezando por la función pública asignada (competencia funcional), el territorio que cubre la entidad (competencia territorial), por el tiempo que establezca la ley (competencia temporal) y si se vale o no de instrumentos para cumplir la función pública (competencia instrumental). Son éstos los principales elementos que determinan la competencia de las entidades y, obviamente, de quienes son designados en los cargos públicos de cada entidad.

Las reglas jurídicas existentes sobre competencia determinan quien realiza determinada actividad. El cómo lo hacen, son la otra parte de las actuaciones de la administración y constituyen los procedimientos de orden público existentes de los que el Estado y los particulares se sirven para llegar a las conclusiones administrativas denominadas: Actos Administrativos.

Los mecanismos procesales son garantía de orden público que establece las etapas a través de las cuales se llega y profieren los actos administrativos, y así mismo, determina, no siempre, la forma de control y exigibilidad, incluyendo también el control de legalidad sobre ellos.

Proferida una decisión que se denomina acto administrativo goza éste de los presupuestos de validez, eficacia, ejecutividad y presunción de legalidad; y no podrá ser revocado por la misma administración que lo profiere, salvo las excepciones que establezca el mismo procedimiento especial, o el general.

En efecto, el Estado ha reconocido que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad que significa que éstos fueron proferidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico existente. Y no podrán ser desconocidos, ni por la misma administración. La única autoridad que tiene competencia para ejercer sobre ellos control de legalidad es la jurisdicción contenciosa administrativa quien, previa demanda de nulidad, podrá suspenderlos o anularlos. Por tanto, la única forma de romper dicha presunción de legalidad, validez, eficacia y ejecutividad es mediante pronunciamiento judicial definitivo. La administración no puede ejercer control de legalidad sobre sus propios actos.

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley, existen procedimiento administrativos que contemplan en su ordenamiento de manera excepcional criterios de seguimiento y control de sus propios actos, en inclusive de revocarlos. El particular ejemplo es la Ley 99 de 1993 que establece en el artículo 62 dicha posibilidad jurídica; e igualmente se contempla dentro de esta gama de posibilidades jurídicas el Decreto 2820 de 2010 a través del cual se permite ejercer seguimiento y control de sus propios actos con el fin de verificar la eficacia de las medidas administrativas, variarlas, ajustarlas o modificarlas. No obstante, esta posibilidad jurídica se debe a la existencia del ordenamiento que así lo contempla, y es por el hecho de que los proyectos, obras y actividades pueden generar impactos graves al ambiente. Y en ese sentido es que el legislador ha establecidos mecanismos estrictos de verificación sobre ellos.

La única excepción general que contempla la Ley para las demás decisiones de la administración, es que los actos administrativos podrán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los

siguientes casos: (i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. (ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. (iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. Lo cual no puede superar el término de caducidad judicial que es de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto.

Actuar sin la facultad legal para ello constituye el factor de incompetencia funcional del órgano administrativo que así lo haga, o incompetencia temporal cuando agotado la solicitud o trámite procesal con acto administrativo definitivo va más allá de lo que la constitución y la ley le ha indicado, pues ya no tiene competencia temporal para revisar su propio acto. En este caso, su control de legalidad corresponde a otra autoridad.

Proferir un acto sin las competencias o facultades legales para ello, sería una de las formas de ilegalidad más graves que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad.

## 2. NORMAS OBJETO DE ANALISIS.

Las normas procesales que regulan las peticiones de exenciones tributarias de Renta e IVA son: (i) renta a través del Decreto 2532 de 2001 y (ii) por las Resoluciones 978 de 2007 y 778 de 2012.

Las reglas procesales establecidas para esta clase de actuaciones son claras y determinan cómo debe actuar la administración al interior de cada petición que todo usuario presenta para obtener el beneficio tributario. Su decisión, por supuesto, es un acto administrativo definitivo que goza de los presupuestos de eficacia, validez, ejecutividad y presunción de legalidad, el cual podrá ser anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa, único juez que tiene competencia jurisdiccional para verificar si la decisión que tomó la autoridad administrativa, cumplió con los parámetros de existencia, validez, eficacia y ejecutividad que refiere actualmente el artículo 137 del CPACA.

En los procedimientos especiales que contemplan las citadas normas, no se establece la posibilidad procesal de efectuar seguimiento o control alguno a los actos administrativos que otorgan el respectivo beneficio tributario.

La única vigilancia y control que la Administración pública puede hacer sobre las decisiones administrativas es de información exógena tributaria que podrá ser exigida por la Autoridad Fiscal respectiva. Así lo contemplan el Decreto y las citadas Resoluciones; es decir, no existe regla procesal que conceda competencia funcional de que la autoridad ambiental que otorgó el beneficio tributario mediante acto

administrativo, para que realice seguimiento y control de la decisión dada, o como excepción que le permita revisar sus propios actos.

En este sentido la única posibilidad jurídica de revocar los actos administrativos es de acuerdo con el CPACA, esto es, cumpliendo los presupuestos y procedimiento establecidos por el artículo 93 y siguientes:

## CAPÍTULO IX

### Revocación directa de los actos administrativos

**Artículo 93. Causales de revocación.** Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

**Artículo 94. Improcedencia.** La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

**Artículo 95. Oportunidad.** La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

**Parágrafo.** No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

**Artículo 96. Efectos.** Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

**Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto.** Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios

*illegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.*

*Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa*

Bajo tales supuestos jurídicos, en el término de cuatro (4) meses siguientes a la ejecutoria del respectivo acto administrativo que otorga el beneficio, la ANLA excepcionalmente podrá revocar sus propios actos administrativos. Para ello tendrá en cuenta las causales expresas señaladas por el CPACA.

En conclusión, los procedimientos de exenciones tributarias, de renta e IVA, no contemplan posibilidad jurídica alguna de efectuar seguimiento y control los propios actos que la otorgan.

### 3. COMPETENCIA DE LA ANLA

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, es una Unidad Administrativa Especial, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos a licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. Se desconcentraron así las funciones que tenía el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que, antes de la escisión, ejercía éste a través la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales. Razón por la cual esta Autoridad asume la competencia para la expedición de las certificaciones señaladas en los artículos 424-5 y 428 – literal f del estatuto tributario.

Así mismo, de acuerdo con lo contemplado en la Resolución 978 de 2007 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como parte del procedimiento requerido para la expedición de la respectiva certificación; es obligatorio remitir copia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a fin de que ésta realice las diligencias de vigilancia y control de su competencia y se incluye el requerimiento de remitir copia de las mismas certificaciones a las autoridades ambientales y demás entidades que se considere conveniente.

El objetivo de enviar la información de exención o beneficio tributario a la autoridad ambiental que, haya otorgado la licencia, permiso o autorización ambiental, no es otro distinto a que ésta contemple dentro de su respectivo instrumento de control y manejo la medida técnica que expuso el peticionario que representaba beneficio con el fin de que en ese instrumento se incluya la misma como una forma más de prevenir, mitigar, recuperar o compensar el ambiente que es el fin de la excepción tributaria como una forma de incentivar la aplicación tecnológica en materia ambiental a los proyectos, obras y actividades que puedan causar grave impacto al

ambiente, o aquellas actividades que mediante permisos o autorizaciones se beneficien de él.

Por ello, resulta válido señalar por esta Oficina que, en una interpretación sistemática finalista se deba efectuar el seguimiento y control dentro del respectivo instrumento que se haya otorgado como autorización ambiental, con el fin de que sea esa respectiva autoridad quien efectúe la verificación de la implementación de la medida de manejo que beneficia el ambiente y por la cual se otorga el beneficio.

Lo anterior, por cuanto dentro del procedimiento de exención tributaria, no existe mecanismo procesal que permita realizar ese seguimiento y control, tal cual como se explicó anteriormente; y también por el hecho de que sobre una actividad con licencia, permiso o autorización, no pueden existir dos autoridades ambientales efectuando seguimiento.

Cobra especial relevancia jurídica en estos vacíos normativos la aplicación de los principios generales establecidos por el CPACA en su artículo 3 el cual señala que en las actuaciones de la Administración se deberán aplicar los principios de eficacia, eficiencia, coordinación, economía y celeridad administrativa.

De estos resalto para el caso en estudio, los principios de coordinación y economía administrativa, según los cuales, dos autoridades públicas no pueden realizar actuaciones administrativas, cuando una de ellas puede cumplir la función de la otra sin entrar en conflicto de competencias.

En aquellas exenciones tributarias que no contemplen instrumento de manejo y control alguno, es decir, que no tengan licencia, permiso o autorización ambiental, la regla de competencia en el manejo ambiental, se traslada a la primera autoridad ambiental que tenga bajo su jurisdicción el control y manejo de los recursos naturales renovables, esto es, las Corporaciones Autónomas Regionales y las autoridades de los Grandes Centros Urbanos.

El motivo por el cual, sean éstas autoridades y no la ANLA quienes deban realizar el control y seguimiento ambiental de los beneficios que se reportaron para obtener la exención tributaria obedece a que son éstas las autoridades por su autonomía administrativa reconocida por la Constitución Política (art. 113) y los criterios de interpretación de la Corte Constitucional, a las que se les ha dado un principal criterio de manejo y administración de los recursos naturales renovables en su región, al punto de que son éstas las que deben exigir el cumplimiento normativo en materia ambiental a toda actividad que no requiriendo licencia, permiso o autorización ambiental para su ejecución, haga uso de dichos recursos naturales.

En ese manejo de la autonomía administrativa, la ANLA no puede usurpar, bajo criterio propio de control y seguimiento sin fundamento legal alguno, las competencias que le son propias de aquéllas autoridades. Podrá, bajo los mismos principios referidos anteriormente, coordinar que éstos beneficios realmente sí se apliquen, como lo indica el peticionario de la exención tributaria, al beneficio ambiental de la respectiva región. Y esto se puede realizar con la comunicación del respectivo acto administrativo para que en los términos que indica el artículo 93 del CPACA, pueda ejercerse las acciones de revocatoria sino se cumple con los criterios públicos de beneficio ambiental.

## CONCLUSIONES

1. Siendo la presunción de legalidad de la actividad administrativa<sup>1</sup> característica que le da a las actuaciones de la administración plena eficacia y obligatoriedad, lo que en esencia significa una presunción de legalidad del acto administrativo y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo; no le es posible a la administración crear procedimientos de control y seguimiento cuando la propia ley no los contempla.
2. Efectuar el seguimiento y control ambiental de las exenciones tributarias sin norma habilitante no solo daría lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado, sino que deslegitima los principios de eficacia y eficiencia que debe atender la administración, dando lugar a otras acciones de control de las funciones públicas de la administración.
3. El Consejo de Estado ha dicho que, “la **incompetencia** del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, **es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave** que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad.
4. Conforme a este postulado, a los servidores públicos les está vedado ejercer funciones que no le han sido asignadas (preámbulo, arts. 6, 121, 122 y 123 constitucionales), normas de distribución de competencia que por lo mismo revisten el carácter de orden público y que cuando son inobservadas acarrear que se desvanezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos expedidos con desconocimiento de las mismas.
5. Toda vez que en el estatuto tributario y demás normas reglamentarias no señalan el procedimiento para la vigilancia y control de los actos administrativos

<sup>1</sup> Artículo 88 Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

que otorgan el beneficio tributario, éste debe ser ejercido, de acuerdo con la interpretación sistemática finalística de las normas procesales, por la Autoridad Ambiental Regional, no por la ANLA.

6. Para la verificación de la eficacia de los equipos importados y/o el cumplimiento de los propósitos de mejoramiento ambiental por los cuales se ha otorgado el beneficio tributario, resulta pertinente señalar que ésta competencia deberá ser asignada a las diferentes autoridades ambientales, bien sea como:

- a) Responsables del seguimiento del instrumento de manejo y control ambiental por el cual se haya autorizado el aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables y sobre los cuales se plantea el beneficio. Esto como una medida de manejo y control ambiental dentro de los parámetros del permiso o licencia ambiental otorgada dentro de la cual se debe incluir como tal, pues el fin último de los instrumentos de control y manejo es prevenir, mitigar, recuperar o compensar el impacto ambiental que se pueda producir por ello, y si el beneficio los previene, mitiga o recupera, pues una medida de manejo ambiental que allí se debe adoptar.
- b) Como máxima autoridad ambiental en la jurisdicción donde se propone la instalación, montaje y operación de los respectivos sistemas de control y monitoreo ambiental, o se destine la maquinaria para reciclar y procesar basuras o desperdicios o se realice la depuración o tratamiento de aguas residuales, emisiones atmosféricas o residuos sólidos como parte de un programa de mejoramiento ambiental, cuando la actividad económica que se desarrolla no está dentro de los planteamientos del literal anterior, debe ser la autoridad ambiental regional que haga el seguimiento y control a ese respecto.

En los anteriores términos, esta Oficina Jurídica expresa que con el actual procedimiento administrativo especial de beneficios no es posible realizar seguimiento y control a los actos administrativos que otorguen beneficio tributario; podrá realizarse éste, de acuerdo con el fin constitucional y legal, efectuarse éste por las autoridades ambientales que administren los recursos con o sin licencia, permiso o autorización ambiental.

Cordialmente,



**ROBERTH LESMES ORJUELA**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró Julián David Benítez Rincón – Profesional Especializado OAJ – ANLA