

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de Julio de dos mil quince (2015)

Ref.:	Expediente
25000232400020090036401	
AUTORIDADES NACIONALES	
Actor: B.P. Exploration Company –Colombia Limited	

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de mayo 26 de 2011, proferida por la Subsección B, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual declaró no probada las excepciones propuestas por la parte demandada y denegó las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tipificada en el artículo 85 CCA, la sociedad actora por conducto de apoderado judicial solicitó se declaren las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Declarar la nulidad de la Resolución N° 1587 de septiembre 12 de 2008, *“Por la cual se modifica una Licencia Ambiental”*, expedida por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

-Declarar la nulidad de la Resolución N° 0622 de marzo 31 de 2009, *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”*, proferida por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

- Declarar la nulidad de la Resolución N° 1184 de junio 19 de 2009, *“Por la cual se declara improcedente un recurso de reposición”*, expedida por la misma Dirección.

-Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicitó fueran declaradas quince pretensiones subsidiarias cuya transcripción se considera no necesaria.

-A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que la modificación de la Licencia Ambiental debe considerar las inversiones ya realizadas por BP en cumplimiento del deber legal de la inversión forzosa de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y en tal sentido, se declare que existe algún saldo pendiente de cumplimiento de inversión del 1% por parte de la actora. Esta pretensión la discriminó en quince más, las cuales tampoco se transcribirán de acuerdo al sentido de la decisión adoptada en el presente fallo.

La estimación razonada del perjuicio lo estimó la demandante, con fundamento en el hecho de que el Ministerio pretende que la BP realice inversiones nuevas y adicionales por el 1% del valor total del proyecto, sin consideración del uso del recurso hídrico ni de las inversiones ambientales ya realizadas, lo cual para el caso en estudio podría implicar costos y perjuicios en exceso de un millón de dólares (USD \$1.000.000,00)

1.2. Hechos.

De acuerdo con el extenso escrito de la demanda¹ (220 folios), los hechos se pueden resumir en los siguientes: Mediante Resolución 128 de junio 3 de 1994 el Ministerio demandado otorgó licencia para llevar a cabo en el contrato de asociación denominado Piedemonte Recetor, la perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado la Volcanera C, ubicado en la finca La Roca, vereda Cagüi-Charte, jurisdicción del municipio de Yopal Casanare.

En esta resolución ni en los actos modificatorios de la licencia, se estableció la obligación de invertir no menos del 1% del valor total del proyecto ni se determinó la cuenca hidrográfica en la que debía efectuarse, según lo estableció el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Mediante Resolución 147 del 16 de febrero de 1996, el Ministerio modificó la licencia ambiental 128 de 1994 otorgada al proyecto perforación de dos pozos exploratorios. A través de la Resolución 046 del 28 de diciembre de

¹ Figura a folios 101 al 321 del cuaderno principal

1996 elINDERENA otorgó a BP permiso de concesión de aguas de la quebrada Aguazula o Bocachico, cuya captación se efectuaría mediante el sistema de bombeo anclado de carrotanques.

El Ministerio demandado el 24 de julio de 2008, mediante concepto técnico recomendó: *“modificar la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 128 de 1994, en el sentido de incluir la obligación de invertir no menos del uno por ciento en actividades de recuperación, conservación y vigilancia de la cuenca Aguazula o Bocachico y/o Río Charte. La empresa deberá presentar un plan de inversión para aprobación previamente concertado con CORPORINOQUIA...”*

Mediante Resolución 1587 de septiembre 12 de 2008, la entidad demandada modificó la Resolución 128 del 3 de junio de 1994, modificada a su vez por la Resolución 147 de febrero 16 de 1996, mediante la cual se otorgó licencia ambiental para el proyecto perforación de dos pozos exploratorios en la Volcanera C, en Yopal Casanare.

Dentro del término legal, la demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1587 de 2008, el cual fue parcialmente acogido mediante Resolución 622 de marzo 31 de 2009 al otorgarle a la BP un término de cuatro meses a partir de la ejecutoria de esta resolución, para que presentara un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades para la evaluación y aprobación por parte del Ministerio. En el párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009, se estableció que dentro del plan de inversión del 1% serían evaluados los documentos presentados relacionados con las actividades realizadas antes de la

expedición del Decreto 1900 de 2006, siempre y cuando no correspondieran a las obligaciones del Plan de Manejo Ambiental ni a las de la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 128 de 1994.

Mediante comunicación del 22 de mayo de 2009, la BP interpuso recurso de reposición contra el párrafo del artículo primero de la Resolución 622 de 2009, al considerar que este aparte constituye un punto nuevo respecto de la Resolución 1587 de 2008, el cual fue declarado improcedente mediante Resolución 1184 del 19 de junio de 2009, quedando agotada la vía gubernativa.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Considera la parte demandante que las resoluciones atacadas de nulidad violan las siguientes disposiciones superiores y legales: los artículos 6, 29, 58, 79, 80 y 121 de la Constitución Política; el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993; 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto 2811 de 1974; 1 al 12 del Decreto 2857 de 1981; 204 del Decreto 1594 de 1984; el párrafo del artículo 16 de la Ley 373 de 1997; 76.5.6. de la Ley 715 de 2001; 4, 6, 7, 8, 9, 19, 23-5, 23 párrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002; 6 del Decreto 155 de 2004; el párrafo del artículo 16 de la Ley 812 de 2003; 1 del Decreto 1220 de 2005; 35, 59, 76 y 84 del CCA.

El primer cargo de la demanda según la sociedad actora consistió en la falsa interpretación del artículo 58 de la Constitución Política y del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, al aplicar el Ministerio esta disposición legal en términos que no lo contempla, además que

desconocieron los actos acusados la función ecológica que le es inherente a la propiedad privada, lo cual no se puede traducir en que esta función puede llegar a implicar una carga ajena por completo al recurso natural su uso y conservación.

Cuestionó el hecho de que el Ministerio pretenda aplicar una norma que no fue contemplada dentro de la Licencia Ambiental, por lo que al aplicar el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1999 en la forma en que lo hizo, desconoció las disposiciones normativas que fueron invocadas como vulneradas en precedencia, por cuanto este párrafo indica que el propietario del proyecto para el cual se otorgó la licencia ambiental, debe invertir el 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hídrica.

Sin embargo dijo que desde 1997, se precisó que la destinación del 1% debía estar ligada a los planes de uso y ahorro eficiente del agua al tenor de lo previsto en la Ley 373 de 1997, a una cuenca ordenada según el plan de ordenamiento respectivo según la Ley 715 de 2001 y, desde el año 2002 están atados a la protección y recuperación del recurso hídrico de conformidad con el POT y el manejo de la cuenca, según la Ley 812 de 2003.

Señaló que no podía el Ministerio desconocer las inversiones efectuadas por la BP en cumplimiento de sus deberes legales, pues lo que pretende es aplicar indebidamente la norma al tratar de hacerla efectiva, sin la implementación efectiva de las restantes regulaciones de las cuales depende. De allí que la falta de reglamentación del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no daba opción distinta al interesado de invertir

directamente en la fuente en aras de no afectar su condición ambiental, por lo que antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, no había forma de saber qué inversiones pueden contabilizarse como imputables al 1%, distinto de los lineamientos trazados en la sentencia C-495 de 1996.

La segunda causal de nulidad fue la interpretación errónea del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del artículo 1º del Decreto 1220 de 2005, por cuanto una interpretación que desconozca que el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 es parte integral del citado artículo 43, resulta contraria a los principios de interpretación normativa previstos en la Ley 153 de 1887, pues si el legislador incluyó un párrafo dentro del artículo 43, es dable concluir que éste tenía una correlación directa con el artículo del cual forma parte integral.

Afirmó que no se puede aceptar que mientras que la tasa por uso de aguas se encuentra claramente reglamentada con fundamento en la proporcionalidad en el uso del recurso y la tasa misma; el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 deba interpretarse independientemente sin acudir a esa misma proporcionalidad en el uso del agua y la inversión respectiva.

El apoderado de la BP Exploration Company manifestó que mediante Sentencia C-495 de 1996 la Corte Constitucional consideró que existe una correlación íntima entre el párrafo y el resto del contenido que integra el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 al afirmar *“La inversión forzosa que contiene el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, consiste en destinar el 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas...”*,

por lo que no se puede interpretar como lo hizo el Ministerio, en el sentido de que el 1% debe calcularse sobre el total de un proyecto sin consideración alguna del uso efectivo del recurso hídrico, cuando la definición del 1% se encuentra íntimamente ligada a las obras y costos que generaron tasas por uso del agua.

Indicó que una adecuada interpretación del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, necesariamente debe llevar a concluir que existen conceptos que sirven de base para el cálculo del 1%, razón que llevó a la expedición del Decreto 1900 de 2006, por lo que no puede pensarse que la intención del legislador era que se hicieran inversiones sin consideración alguna del uso del recurso o las inversiones que activan dicho uso.

Adujo que la entidad demandada en los actos objeto de reproche, indicó aspectos que el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 no estableció, por lo que no es posible deducir que el valor para determinar el monto de la inversión del 1% sea el costo total del proyecto, sino que precisamente debe ser el monto de las obras que generaron tasas por utilización del agua.

Señaló que tampoco esta norma exige concertación alguna; sin embargo, la BP inclusive antes de la imposición de esta obligación, trabajó con CORPORIVOQUA en la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica de la quebrada Aguazula, Bocachico y la cuenca del río Charte, efectuando múltiples inversiones que encajan en las obras previstas por el Decreto 1900 de 2006 como parte de la inversión forzosa del 1%.

A juicio de la accionante resulta contradictoria la afirmación del Ministerio respecto del Plan de Manejo Ambiental y la aplicabilidad del artículo 1º del Decreto 1220 de

2005, efectuada en las resoluciones 1587 de 2008 y 622 de 2009, por lo que la compañía debió abstenerse de iniciar obras de conservación y protección desde el momento mismo en que inició el uso del agua por cuanto no existía la obligación en la licencia ambiental concedida ni la supervisión y aprobación de la autoridad competente.

Los actos acusados adolecen de falsa interpretación, pues le dan a los artículos 43 de la Ley 99 de 1993 y 1º del Decreto 1220 de 2005, una interpretación que nada tiene que ver con la realidad fáctica y jurídica de las mismas, por lo que se podría estar ante una desviación de poder, si lo que pretende el Ministerio es que invierta indiscriminadamente la BP en una cuenca en buen estado ambiental, sin proporción al uso real del recurso hídrico.

El tercer cargo de nulidad invocado por la demandante es la falta de aplicación de los artículos 6, 80, 121 y 123 de la Constitución Política; de los artículos 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto 2811 de 1974; artículos 1 al 7 y 9 al 12 del Decreto 2857 de 1981, numeral 1 del artículo 1 y artículo 3 de la Ley 99 de 1993

a) Respecto de la violación de los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política señaló que el Ministerio transgredió el principio de legalidad, toda vez que exigió la presentación de un Plan de Inversión del 1% que no está tipificado en la norma, por lo que el Ministerio solamente debió exigir expresamente lo fijado en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993. La vulneración se evidenció porque la autoridad administrativa no respetó los límites que le correspondía atender en el ejercicio de su función, como quiera que no existe disposición legal que le permitiera al Ministerio imponer un supuesto deber legal, cuando éste no existe.

En suma, para la demandante, no existe fundamento legal para plantear como lo hace el Ministerio, que el 1% de inversión corresponde al valor total de construcción

de un proyecto independientemente del uso que se le de al recurso hídrico y sin consideración alguna de la tasa por uso del agua.

b) En cuanto a la violación del numeral 1º del artículo 1º y del artículo 3º ambos de la Ley 99 de 1993 así como el del artículo 80 de la Constitución Política, dijo el apoderado de la BP que se manifiesta porque el Ministerio desconoció los propósitos de la legislación ambiental pues no tiene amparo legal afirmar que una actividad determinada debe asumir un costo ambiental sin sopesar dicho impacto y el desarrollo mismo de la obra.

Según el contenido de las disposiciones invocadas como vulneradas que regulan lo relativo al desarrollo sostenible, no puede suponerse que el uso de un recurso natural no es el aspecto relevante sino el valor de un proyecto, obra o actividad.

Por tanto, suponer como lo hizo la demandada que la lectura del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 debe hacerse independientemente del artículo como tal y de la normatividad ambiental, es tanto como sostener que quien no genera un impacto ambiental debe cargar con el costo del impacto, situación que desnaturaliza el derecho ambiental.

Adujo que el Ministerio demandado desconociendo el principio del desarrollo sostenible, pretende llevar a que la BP deba efectuar la inversión del 1% sin contemplación alguna del uso mismo que se da al recurso hídrico, desconociendo que lo que se procura es que si se da el uso del recurso natural que tenga la potencialidad de afectación, se deban implementar medidas que permitan que la afectación respectiva no impida el uso futuro del recurso.

c) En lo que atañe a la falta de aplicación de los artículos 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto 2811 de 1974; los artículo 1 al 7 y 9 al 12 del Decreto 2857 de 1981; el artículo 76.5.6. de la Ley 715 de 2001; 4, 6, 7, 8, 9, 19, 23

numeral 5, 23 párrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002, el apoderado de la BP sostuvo que los actos acusados, omitieron dar la aplicación a la anterior normatividad, por lo que se hace necesario que la autoridad ambiental defina la inversión del 1%, la cuenca hidrográfica, que se establezca un plan de ordenamiento de la misma, que se involucren los aspectos regulatorios de ahorro y uso eficiente del agua y que se establezcan los componentes dentro del respectivo plan, que resultarían beneficiados con el 1% en discusión. Destacó que ninguno de estos requisitos previos existió respecto del proyecto de perforación de dos pozos exploratorios en el sitio la Volcanera C al momento de su licenciamiento, por lo que el Ministerio lo que pretende mediante las resoluciones acusadas, es desconocer la normatividad que regula el tema de los planes de ordenación de las cuencas hidrográficas.

Anotó que si bien es cierto existía el deber legal de ordenar las cuencas incluso antes de que le fuera otorgada la licencia ambiental a la BP, igualmente lo es que el Ministerio tenía el deber legal de respetar el plan de ordenación en cuanto se refiere al uso del recurso y las inversiones de la cuenca, existía también la necesidad de definir la licencia ambiental conforme a esos planes respecto de las inversiones con cargo al 1% y existían unos plazos perentorios para cumplir con esos deberes legales, por lo que el Ministerio no puede ahora exigir un plan de inversión del 1% que no existe en la ley.

d) Respecto de la falta de aplicación del párrafo del artículo 16 de la Ley 373 de 1997 y del párrafo del artículo 16 de la Ley 812 de 2003, se observa porque el Ministerio en los actos acusados no respetó la destinación específica de la inversión del 1% generado por la tasa del uso de aguas, ya que en los actos se limitó a afirmar que la base para el cálculo de la inversión del 1% (que ya fue efectuada y el Ministerio no lo quiere reconocer), debe ser el costo total del proyecto y no el de las obras que generaron tasa por utilización de agua, conforme lo dispuesto en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Destacó que desde la entrada en vigencia de la Ley 373 de 1993, el párrafo del artículo 16 señaló que los recursos provenientes de la aplicación del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, las inversiones se destinarán a contribuir al propósito de ahorro y uso eficiente del agua y que desde la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, artículo 16 párrafo, todos los recursos provenientes del artículo 43 de la Ley 99 deberán destinarse a la protección y recuperación del recurso hídrico, de conformidad con el respectivo plan de ordenamiento y manejo de la cuenca. Por tanto criticó, que mal hizo el Ministerio en exigir la inversión del 1% e imponer a la BP obligaciones desconociendo por completo aquellas que oportunamente realizó.

e) Respecto de la falta de aplicación del artículo 6º del Decreto 155 de 2004 reglamentario del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, anotó la actora que la base gravable que activa la tasa por uso del agua, es el volumen del agua efectivamente captada, motivo por el que es clara la estrecha relación entre el párrafo y el resto del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, así como entre el uso y la afectación del recurso y el monto de la inversión del 1%, razón por la que el Ministerio no podía desconocer la misma reglamentación expedida por esa propia entidad, que establece una relación causal entre el valor de la tasa y el volumen de agua utilizada.

El cuarto cargo de la demanda es el de la indebida o falsa motivación, el cual fue desconocido ya que los artículos 35, 59 y 76 CCA exigen la motivación de los actos administrativos y no basta el mero capricho de la administración, normatividad que fue desconocida pues en el presente caso no existe ni el soporte jurídico ni fáctico para que el Ministerio haya expedido las resoluciones atacadas y le haya impuesto a la BP, una obligación desconociendo las inversiones realizadas por la Compañía en cumplimiento de la ley y mucho menos, cuando dichas obligaciones no habían sido claramente definidas por la misma entidad, tanto así que incurre en varias contradicciones en la motivación de las resoluciones.

Destacó la parte actora que no existía norma alguna que exigiera para la época de otorgamiento de la licencia ambiental, la presentación del referido Plan de Inversión del 1% que exigen las resoluciones enjuiciadas; no existe norma que libere al Ministerio de su deber legal de indicar las obras de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca, ni de su obligación de cumplir con lo dispuesto por él mismo en la licencia ambiental. Indicó que no existe obligación legal de concretar con las corporaciones autónomas regionales, las inversiones del 1% y no existe obligación legal alguna de presentar el citado plan de inversión del 1% para la aprobación y aval del Ministerio, antes de efectuar una inversión con cargo al 1%. Tampoco existe sustento jurídico para pretender que el 1% se calcule, como lo hacen las resoluciones demandadas, en relación con el valor total del proyecto y no en relación con el uso efectivo del recurso hídrico.

El quinto y último cargo de nulidad según la demandante es la violación del artículo 83 de la Constitución Política por infracción directa al principio de confianza legítima, por cuanto desde el inicio del desarrollo del proyecto de perforación de los pozos exploratorios en la Volcanera C, la BP como titular de la licencia ambiental, ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en el sentido de que efectuó múltiples inversiones en obras y actividades tendientes a la recuperación y preservación de la cuenca hidrográfica de las quebradas Aguazula y Bocachico y la cuenca del río Charte.

Además que en el Plan de Manejo Ambiental presentado en su momento por la actora cuando solicitó la licencia ambiental, se incluyeron las actividades para ser ejecutadas durante el desarrollo del proyecto encaminadas a garantizar la protección del medio ambiente y de la cuenca hidrográfica, por lo que con la aprobación del Plan de Manejo Ambiental por parte del Ministerio en los términos y condiciones en que fue presentado, la titular de la licencia la BP, entendió que la autoridad ambiental le había dado su aprobación respecto de proyectos y

actividades de carácter general, incluidas aquellas a beneficiar las cuencas y por ende, destinadas a dar cumplimiento a la inversión forzosa del 1%.

El apoderado de la demandante sostuvo que en virtud del principio de confianza legítima, la administración no puede legítimamente, prever unas determinadas condiciones, induciendo a las personas para que se acojan a ellas y después modificarlas, aduciendo que no se cumplieron los requisitos iniciales, cuando ya quienes actuaron de buena fe respecto de las primeras reglas, resultaron perjudicados por el súbito cambio en la actitud del ente público demandado.

Por lo anterior anotó que no puede la entidad demandada después de tantos años de haber sido otorgada la licencia ambiental y de realizadas múltiples obras y actividades tendientes a recuperar, preservar y vigilar la respectiva cuenca hidrográfica, pretender mediante una interpretación amañada y descontextualizada del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del Decreto 1900 de 2006, desconocer las cuantiosas inversiones efectivamente realizadas por la BP, tratando de endilgarle una nueva obligación a la demandante, como si la misma nunca hubiera sido cumplida a cabalidad.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por conducto de apoderado judicial, presentó memorial mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones: i) ausencia de legitimación en la causa por activa para impetrar la presente acción; ii) ausencia de ilegalidad en la actuación adelantada por la demandada y, iii) indebida acumulación de pretensiones².

² El escrito de contestación de la demanda figura a folios 341 al 391 del Cuaderno principal

Respecto de la ausencia de legitimación en la causa por activa para impetrar la acción, señaló que el Ministerio al expedir los actos acusados, no vulneró precepto constitucional ni legal alguno, por lo que no incurrió en ninguna de las causales de nulidad de los artículos 84 y 85 CCA, como quiera que la entidad se circunscribió al cumplimiento de la ley, en aras de proteger los recursos naturales renovables y el medio ambiente

Cuestionó que la sociedad actora insistió en que las actividades contenidas en el Plan de Manejo Ambiental equivalen a las derivadas de la obligación establecida en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, interpretación que no es compartida por el Ministerio.

Lo anterior, por cuanto la obligación de inversión del 1% se deriva del hecho que el proyecto involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales bien sea para consumo humano, recreativo, riego o cualquier actividad industrial, por lo que se deben realizar actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca que alimenta la respectiva fuente hídrica; mientras que la obligación de inversión del Plan de Manejo Ambiental, se da por necesidad de prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad, previa evaluación de los impactos ambientales.

Por tanto, queda claro que se trata de dos obligaciones diferentes y aunque algunas actividades pueden cumplir objetivos específicos iguales, no se puede pretender dar cumplimiento a una obligación, con rubros de otra obligación claramente establecida para cada proyecto en particular.

Aunado a lo anterior, señaló que si la inversión del 1% se pudiera cumplir con las actividades del Plan de Manejo Ambiental, se limitaría la inversión al área de influencia del proyecto, sobre la cual se formulan los planes de manejo ambiental, sin dar la oportunidad a toda la cuenca de recibir inversión en cumplimiento de dicha obligación.

La segunda excepción denominada ausencia de ilegalidad de la actuación, consistió en que el Ministerio expidió los actos acusados conforme a la legislación constitucional y legal, además de que gozan de motivación seria, adecuada y suficiente acorde con la realidad de los hechos que está íntimamente relacionada con la decisión adoptada, además que resulta acorde con el concepto técnico emitido por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales.

La tercera excepción propuesta fue la denominada Indebida Acumulación de Pretensiones, al afirmar que se sustenta en el hecho de que en el libelo de la demanda, se presenta un sin número de pretensiones que se desprenden de las principales, lo cual hace muy ambiguo ese acápite de pretensiones, por lo que unas se podrían excluir entre sí. Así mismo dijo que no existía una afinidad entre cada uno de los numerales de cada pretensión principal, lo que eventualmente afectaría de alguna manera la prosperidad de las súplicas de la demanda.

Respecto de las normas violadas y de las causales de nulidad invocadas relativas a la falsa interpretación, interpretación errónea y falta de aplicación, la apoderada del Ministerio demandado no las compartió, al afirmar que la

actuación de la entidad se circunscribió al marco constitucional y legal fijado entre otros por la Ley 99 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1220 de 2005 y que en cambio la parte actora, citó de manera indiscriminada y sin coherencia alguna una serie de normas invocadas como vulneradas, sin que lograra demostrar que los actos incurrieron en las anteriores causales de nulidad ni en la de falsa motivación, como quiera que se encuentran fincados en hechos que se ajustaron a una realidad fáctica que a pesar que no beneficie los intereses de la BP, no por ello se pueden calificar de ilegales.

Sostuvo que la demanda se limitó a citar artículos de la Constitución Política y de la ley que resultaron violentados por los actos acusados, con la simple afirmación de su violación pero sin argumentar por qué y en qué forma se configuraba tal violación.

La apoderada del Ministerio se refirió a los cuatro temas desarrollados en la demanda así: en cuanto al tema de las cargas ambientales frente a las que se define el mecanismo económico de la tasa como costo que tienen que pagar quienes se benefician con la utilización de los recursos naturales, anotó que no comparte la interpretación sesgada que le dio la actora al cálculo de inversión fijado en la Sentencia C-495 de 1996, pues las obligaciones contenidas en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, si bien tienen en común el recurso hídrico son muy diferentes y deben calcularse de conformidad con los criterios señalados en las respectivas reglamentaciones.

Lo anterior, por cuanto la parte actora, tomando como punto de referencia el precedente del fallo constitucional, concluyó de manera equivocada que los

elementos necesarios para que se configure la obligación de realizar la inversión del 1%, incluyen un cálculo basado en la inversión que ha generado tasa por uso del agua y la necesidad de reglamentación de la cuenca hidrográfica, requisitos que no fueron fijados por el legislador en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, siendo que la inversión del 1% deberá corresponder al costo total del proyecto.

De otra parte recordó que no es cierto que el impacto económico de las cargas ambientales, vaya en contra del desarrollo sostenible y del principio de proporcionalidad, por cuanto lo que no se puede desconocer es que la empresa actora está obligada a cumplir las obligaciones legales y administrativas dirigidas a garantizar la protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, entre ellas las tasas retributivas, las compensatorias y la inversión forzosa del 1%, las cuales tiene una reglamentación y destinación diferentes.

Respecto de la violación de las normas de los decretos 2811 de 1974, 2857 de 1981, 1729 de 2002, de las leyes 373 de 1997, 715 de 2001 y 812 de 2003 deprecada por la demandante, sostuvo que el Ministerio no incurrió en tal vulneración pues claramente la legislación citada se refiere a competencias dadas a los municipios y los lineamientos para la gestión ambiental del territorio, pero que ninguna de sus disposiciones constituía impedimento para dar cumplimiento a la obligación de la inversión del 1% consagrada en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, que es la obligación consignada en los actos acusados.

Destacó que el Decreto 1900 de 2006 reglamentario del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no estableció ninguna exoneración en el cumplimiento de la obligación contenida en el parágrafo de la norma reglamentada, aunado al hecho de que la exigencia de que la BP presente un plan de inversión tal y como lo exigió en el acto acusado, tiene su fundamento legal en el artículo 5º de la Ley 99 de 1993, además que el artículo 107 **idem** señaló que las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación, por lo que la BP está en la obligación de cumplir la inversión del 1% y en el Plan de Manejo Ambiental para el desarrollo del proyecto.

La apoderada del Ministerio adujo que la entidad ratifica que las actividades incluidas en el Plan de Manejo Ambiental PMA, no constituyen actividades para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica de la que se abastecen las fuentes de agua, ya que el criterio jurídico lo constituye el derecho a gozar de un ambiente sano y la protección de los derechos de las comunidades aledañas a la cuencas. Que no obstante lo anterior, la actora pretende demostrar el cumplimiento de los anteriores objetivos señalados en los decretos 1541 de 1978 y 1594 de 1984, en temas puntuales como captación de agua, remoción de contaminación en aguas residuales, manejo de residuos, pero que la jurisprudencia que citó demostró que la obligación incumplida por la empresa, tiene una razón de ser diferente a las tasas y tributos.

De otra parte señaló que no comprobó la demandante, la falsa interpretación que el Ministerio le dio al artículo 58 de la Constitución Política, al mencionar que la función ecológica se traduce en una carga ajena al recurso natural y

su uso y conservación, por cuanto si bien es cierto la obligación de inversión forzosa del 1% no consiste en una carga ajena a la conservación de los recursos naturales como lo sostiene la actora, igualmente lo es que la licencia ambiental constituye un instrumento administrativo a través del cual, el Estado ejerce el deber social de la protección del medio ambiente, por lo que puede imponer medidas para que se minimicen los efectos negativos sobre el ecosistema. De allí que el principio de desarrollo sostenible, constituye uno de los fundamentos jurídicos que faculta a la autoridad ambiental, para imponer medidas especiales para el otorgamiento de las licencias ambientales.

Por esta razón, pierde piso el cargo de la demanda relativo a la violación de los artículos 6, 80, 121 y 123 de la Constitución Política y de los artículos 1º y 3º de la Ley 99 de 1993, ya que el Ministerio no ha exigido requisitos adicionales a los establecidos en la ley pues lo que hizo fue fijar parámetros que faciliten el cumplimiento de las obligaciones a los beneficiados por una licencia ambiental, como en este caso a la empresa actora.

En cuanto a la violación al principio de la confianza legítima derivado del principio de seguridad jurídica relacionados con el principio de la buena fe, no fue tampoco compartido por la entidad demandada, como quiera que se limitó a dar aplicación a las normas de carácter ambiental y más concretamente a lo relacionado con el cumplimiento al Plan de Inversiones del 1% establecido en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Calificó de inaceptable la posición de la demandante según la cual, insiste erróneamente en pretender homologar que las contenidas en el Plan de

Manejo Ambiental equivalen a las mismas derivadas de la obligación establecida en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, pues mientras las primeras están dirigidas a prevenir y evitar impactos no controlados al medio ambiente en el desarrollo de un proyecto, las segundas se imponen como un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la protección e integridad del medio ambiente.

Destacó que la obligación de la inversión del 1% se deriva del hecho de que el proyecto involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, mientras que la obligación del Plan de Manejo Ambiental se da por la necesidad de prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causen por el desarrollo del proyecto, por lo que no cabe duda que se trata de dos obligaciones diferentes. Además sostiene que de aceptarse la tesis de la actora, es decir, que la inversión del 1% se pudiera cumplir con las actividades del PMA, se limitaría la inversión al área de influencia del proyecto sobre la cual se formulan los planes de manejo, sin dar la oportunidad a toda la cuenca de beneficiarse de la inversión en cumplimiento de dicha obligación.

La apoderada de la entidad demandada afirmó que la tasa por uso del agua establecida en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, tiene como sujeto pasivo a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que utilicen el recurso hídrico en virtud de una concesión de aguas y, se calcula con base en el sistema y método definidos en su reglamentación.

Finalmente adujo que establecer como determinante para el cálculo de la inversión del 1% el grado de afectación de la cuenca hidrográfica es un error,

puesto que si el proyecto objeto de licencia ocasiona contaminación de la fuente natural o daño a los recursos naturales, además de la contravención administrativa se configuraría un posible delito penal, por lo que el deterioro de la fuente no constituye fundamento para establecer el cumplimiento de las obligaciones fijadas en la licencia ambiental.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia de fecha 26 de mayo de 2011, la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió declarar no probadas la excepciones propuestas por la parte demandada y denegó todas las pretensiones de la demanda³.

En cuanto a las excepciones de falta de legitimidad en la causa para impetrar la acción y de ausencia de ilegalidad en la actuación, el a quo no las acogió, al considerar que se refieren al estudio de fondo del asunto objeto de examen y no constituyen un verdadero medio que impida tomar dicha decisión, por lo que lo procedente es estudiarlas en el fallo y como tal no están llamadas a prosperar. En cuanto a la excepción denominada “Indebida acumulación de pretensiones”, tampoco fue acogida al observar que todas las pretensiones se encuentran encaminadas a solicitar la nulidad de los actos demandados y su respectivo restablecimiento del derecho, de manera que no se encuentra una indebida acumulación.

En cuanto al primer cargo de la demanda que está integrado por la falsa interpretación del artículo 58 de la Carta Política y del párrafo del artículo

³ La providencia judicial figura a folios 586 al 637 del cuaderno 1

43 de la Ley 99 de 1993; la falta de aplicación de los artículos 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto 2811 de 1974; 1 al 7 y 9 al 12 del Decreto 2857 de 1981; 76.5.6 de la Ley 715 de 2001; y 4, 6, 7, 8, 9, 19, 23 numeral 5, 23 párrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002; falta de aplicación del párrafo del artículo 16 de la Ley 373 de 1997 y del párrafo del artículo 16 de la Ley 812 de 2003, no fue acogido por la primera instancia.

Arribó a la anterior conclusión luego de efectuar un recuento de las modificaciones que ha sufrido el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, con el fin de determinar qué comprende la obligación establecida en el párrafo de esta disposición, llegando a la conclusión que el tema se relaciona con las tasas por utilización de aguas, asunto que fue reglamentado mediante el Decreto 1900 de 2006, que en su artículo 5º reguló la destinación de los recursos.

Para la primera instancia, los actos administrativos acusados, lo que hicieron fue modificar la licencia ambiental ordinaria que le había sido otorgada a la BP mediante Resolución 128 de junio 3 de 1994, de tal forma que especificó la cuenca en la cual debía hacer la inversión del 1% tal como lo establece el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Es así como mediante Resolución 1587 de 2008 objeto de demanda, se modificó la licencia ambiental otorgada a la BP por las siguientes razones: i) porque ni en la Resolución 128 de 1994 ni en sus posteriores actos modificatorios, establecieron la obligación de invertir no menos del 1% del valor total del proyecto consagrada en el párrafo del artículo 43 de la Ley

99 de 1993, ni se determinó la cuenca hidrográfica en la que debía efectuarse; ii) el acto administrativo que otorgó la licencia ambiental, debía contener una obligación precisa, asimilable a un título ejecutivo que permitiera a la autoridad ambiental demandar su cumplimiento; porque el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, creó expresamente la obligación de inversión del 1% y estableció que debía estar estipulada la cuenca en la que se llevaría a cabo la recuperación, preservación y vigilancia, para dar cumplimiento con ese deber legal.

Destacó que el Ministerio por medio de los actos acusados, lo que hizo fue modificar la licencia inicial, especificando la cuenca en la cual debía hacer la inversión del 1% tal como lo establece el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, para que pudiera ser cumplido por parte de la BP. En este contexto, lo que hizo el Ministerio fue explicar que no podía exigir el cumplimiento de una obligación, que no había sido señalada de manera precisa en la Resolución 128 de 1994 por lo que hubo la necesidad de modificar la licencia ambiental imponiendo dicha obligación, ya que en los actos demandados no se está desconociendo las inversiones realizadas por la actora, sino que se está imponiendo esa obligación con los términos específicos para su cumplimiento, además que la imposición del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 comenzaba a regir hacia el futuro.

Respecto de la solicitud consistente en que se presente un plan de inversión del 1%, adujo que el Ministerio lo que pretende es que en ese documento se incluyan las actividades que se han desarrollado o que se pretendan desarrollar en cumplimiento de esa obligación de conformidad con el Decreto 1900 de 2006, sin embargo, los actos acusados no establecieron de manera

específica qué inversiones se aceptaban y qué otras no. Así las cosas, lo cierto es que al solicitarse el plan de inversión, el Ministerio lo que pretende es estudiar si las inversiones que se quieren llevar a cabo son las necesarias para dar cumplimiento a la finalidad de la norma (no dijo a cuál se refería).

Indicó que aunado a lo anterior, como el acto demandado fue expedido en el año 2008, ya estaba en vigencia el Decreto 1900 de 2006 por lo que era perfectamente viable la aplicación del artículo 5º que establece en qué se puede invertir ese dinero cuando no haya plan de ordenación y manejo de la cuenca hidrográfica, por lo que no resulta necesaria su existencia para el debido cumplimiento de la norma.

En cuanto al segundo cargo de la demanda relativo a la interpretación errónea del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del artículo 1º del Decreto 1220 de 2005; a la violación del numeral 1º del artículo 1º y del artículo 3º de la Ley 99 de 1993; de los artículos 80 y 83 de la Constitución Política y de la falta de aplicación del artículo 6º del Decreto 155 de 2004, la primera instancia no evidenció la violación de la legislación citada, por cuanto los actos acusados lo que hicieron fue establecer la obligación de la inversión forzosa que debía hacerse teniendo en cuenta como mínimo un uno por ciento 1% del valor del proyecto, para lo cual impuso la obligación de que se presentara un programa de inversiones, el cual debía ser aprobado por la autoridad ambiental correspondiente.

Reiteró el a quo que el Ministerio no está desconociendo las inversiones realizadas por la BP como lo expresa la demanda, sino que estableció los parámetros que se deben seguir para su debido cumplimiento de

conformidad con la ley, de manera que si una vez presentado el programa de inversión el Ministerio decide no aceptar alguna de sus inversiones, ese acto se podrá demandar, pero mientras esa circunstancia no se presente el Tribunal no podía pronunciarse acerca de si las inversiones que se han llevado a cabo, pertenecen o no a la inversión forzosa, puesto que ese asunto no se decidió en los actos objeto de demanda.

Según lo anterior, dado que los parámetros de la obligación no se habían impuesto, no se podía hablar de una confianza legítima, ya que los actos acusados sólo establecieron el lugar y la manera en la que debía cumplirse tal obligación.

De otra parte, la primera instancia, se apartó de la interpretación adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-495 de 1996 mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, que encontró ajustado a derecho que la inversión forzosa que contiene el párrafo de esta disposición legal, corresponda al 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas, al considerar que este aparte del fallo es *obiter dicta* o dicho de paso en la sentencia, ya que el estudio de constitucionalidad de la norma no tuvo relación con ese aspecto del párrafo y en realidad la *ratio decidendi*, se concentró en establecer las diferencias entre las tasas y la inversión forzosa y sus funciones sociales, mas no en establecer sobre qué monto se debía hacer esa inversión forzosa, interpretación que es reafirmada en la parte resolutive del fallo que declaró la exequibilidad de la norma de manera pura y simple y no condicionada. Dado lo anterior afirmó el a quo que al considerar que el planteamiento del fallo es

obiter dicta, carece de fuerza vinculante y por lo tanto, no fue tenido en cuenta en el presente caso.

A juicio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para poder establecer sobre cuál monto (valor total del proyecto o de la inversión que da lugar al pago de la tasa por utilización de agua), debe hacerse la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, es preciso analizar todo el contenido de esta norma, llegando a las siguientes conclusiones: la primera parte de esta disposición, establece que las tasas se generan por la utilización del agua por personas naturales o jurídicas, las cuales son calculadas y fijadas por el Gobierno Nacional y se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos. Por su parte, el párrafo del artículo analizado, establece que todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales, deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión, para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, obligación que corre por cuenta del propietario del proyecto quien debe invertir ese dinero en obras y acciones para la conservación de la cuenca que se determine en la licencia ambiental.

Destacó que la propia Corte Constitucional, diferenció entre la tasa y la inversión forzosa advirtiendo que no se agravó simultáneamente la misma actividad, sino un número plural de ellas distintas entre sí, aunque las dos recaigan sobre el empleo del recurso hídrico. Con fundamento en lo expuesto, para el a quo, es claro que la tasa consagrada en la primera parte del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y la inversión forzosa del párrafo **ídem**, son gravámenes diferentes con finalidades diferentes, razón por la que

la inversión forzosa no debe aplicarse en relación con la inversión que da lugar al cobro de la tasa, sino al total de la inversión, tal y como la norma lo expresa.

Respecto del tercer cargo de la demanda alusivo a la violación de los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política relativos al principio de legalidad y a la indebida o falsa motivación, tampoco fue acogido por el a quo, al afirmar que el artículo 4º del Decreto 1900 de 2006 vigente para la fecha de expedición de las resoluciones demandadas, estableció la aprobación de la inversión, norma conforme a la cual, todo solicitante de la licencia ambiental, debe presentar simultáneamente el estudio de impacto ambiental y el programa de inversiones correspondiente a la inversión del 1%, el cual debe contener como mínimo: i) la delimitación del área donde se ejecutará; ii) el valor en pesos constantes del año en el que se presente; iii) las actividades a desarrollar y iv) el cronograma de ejecución.

Por tanto, no se observa la violación al principio de legalidad, puesto que para el momento en el que se impuso la obligación de la inversión del 1%, ya se había expedido el Decreto 1900 de 2006, que viene a ser el fundamento legal del programa de inversiones que corresponde a la inversión del 1%, asunto que también encuentra su facultad legal en los numerales 2º y 14 del artículo 5º de la ley 99 de 1993 que señala entre otras funciones del Ministerio del Medio Ambiente, la de sanear el medio ambiente y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales para mitigar el impacto de actividades contaminantes del patrimonio natural.

Finalmente, en cuanto al cuarto cargo de la demanda que se refiere a la indebida o falsa motivación, fue descartado por el a quo ya que en los actos acusados no se desconocieron las inversiones realizadas por la empresa actora, sino que lo que se estableció fue esa obligación para lo cual tocaba modificar la licencia. Advirtió que en los actos acusados no se impuso la obligación de concertar con la Corporación Autónoma Regional las inversiones del 1%, sino que se dispuso que si bien el plan de inversiones era aprobado por el Ministerio, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía, por ser la autoridad ambiental con jurisdicción en el área de influencia del proyecto, contaría con un término máximo de treinta días para emitir el concepto respectivo, por lo que no se impuso la obligación de concertación como lo entendió la demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la empresa actora, presentó memorial en el que consignó los argumentos de inconformidad frente al fallo de la primera instancia, por lo que solicitó la revocatoria en su integridad y, en su lugar, fueran acogidas las súplicas de la demanda⁴.

El argumento central de inconformidad consistió en los evidentes yerros en los que incurrió el a quo dándole un sentido equivocado tanto a los actos acusados, a la legislación vigente que regula el tema en estudio y a la sentencia C-495 de 1996, al darles unos alcances incorrectos.

⁴ El recurso obra a folios 641 al 691 del cuaderno principal

Respecto del primer cargo de la demanda que fue unificado por la primera instancia, afirmó el apelante que de forma bastante escueta fue resuelto negativamente al considerar como argumento central que no era cierto que en las resoluciones demandadas se estuvieran desconociendo las inversiones efectuadas, *“sino que se está imponiendo esa obligación con los términos específicos para su cumplimiento”*.

Para el impugnante, no es cierto lo anterior, ya que la BP ha llevado a cabo un sinnúmero de actividades y de inversiones que han beneficiado la cuenca de la cual se tomó el recurso hídrico para el proyecto objeto de la licencia ambiental, inversiones con las cuales se ha cumplido con creces la obligación del 1% a la que se refiere el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no obstante que en las resoluciones enjuiciadas esas inversiones y actividades fueron desconocidas e ignoradas, puesto que si el Ministerio hubiera tenido en cuenta que la inversión del 1% ya estaba cumplida como lo ha sostenido la accionante, no habría tenido necesidad de modificar la licencia ambiental imponiendo dicha obligación y exigiendo además la presentación de un plan de inversiones acompañado de un cronograma de actividades.

Para el impugnante el Ministerio desconoció las inversiones y actividades efectuadas por la actora, tanto así que manifestó que no podían ser aceptadas o bien porque no podían considerarse como cumplimiento de la obligación del 1% o porque las inversiones o actividades como tales no se encontraban demostradas y soportadas por la demandante, situaciones que confirman el desconocimiento de tales actividades por el Ministerio. De lo contrario, se cuestiona el impugnante, qué necesidad había de incluir la

obligación del 1% en una modificación de licencia ambiental? Cuando lo que debió suceder es que el Ministerio tuviera por saldada la citada obligación o a la sumo si hubiera sido parcial dicha aceptación, en las resoluciones acusadas debió aclarar cuáles actividades eran aceptadas y cuál era el saldo con respecto a aquello que el Ministerio consideraba debía cumplirse.

El impugnante apoya la tesis de que el Ministerio desconoció las actividades e inversiones con las que la BP efectivamente le venía dando cumplimiento a la obligación del 1%, con la decisión adoptada en la Resolución 0622 del 31 de marzo de 2009 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1587 de 2008, que dice: *“En ese sentido estima necesario modificar la resolución recurrida para incluir un párrafo en el cual se indique que dentro del plan de inversión del 1% requerido, serán evaluados los documentos presentados, contentivos de aquellas actividades que hayan sido realizadas antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, siempre y cuando no correspondan a las obligaciones establecidas en el plan de manejo ambiental, ni en la licencia ambiental otorgada”*.

Adujo que la negativa en reconocer el cumplimiento de la obligación del 1%, no solo surge de las consideraciones jurídicas del Ministerio en los actos acusados, sino que se evidencia también en las consideraciones técnicas que de igual modo constituyen el fundamento de los actos acusados, consignadas en el concepto técnico 1266 del 24 de julio de 2008, documento en el que se constata que el Ministerio no aceptó las mencionadas inversiones y actividades que venía haciendo la actora, situación que no se ajusta a la realidad ya que se remitió abundante información al Ministerio que acredita lo contrario.

De acuerdo con lo anterior, para la impugnante el Tribunal de primera instancia cometió un grave error al llegar a una conclusión que contradice el texto de la Resolución 1587 de 2008, según la cual el Ministerio no había desconocido las actividades e inversiones efectuadas por la demandante. Censuró también que el fallo apelado hubiera considerado que hasta tanto el Ministerio expidiera los actos administrativos que efectivamente se refirieran a las actividades e inversiones, sólo hasta ese momento resultaría procedente activar el contencioso por lo que no se podía pronunciar el a quo *“puesto que ese asunto no se decidió en los actos aquí demandados”*.

Discrepó de la anterior postura de la primera instancia, al afirmar que la razón por la que la obligación se impuso en la modificación de la licencia, obedeció al hecho de que para el Ministerio tanto en el concepto técnico como en los actos acusados, la obligación del 1% no había sido cumplida y que las inversiones y actividades presentadas por la actora, no podían ser aceptadas.

Reiteró el impugnante el argumento de la demanda según el cual no es cierto que el Ministerio no le haya dado al parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 un alcance distinto a los términos que la misma norma contempla, ni es cierto tampoco que la obligación allí contemplada *“comenzaba a regir hacia el futuro”*, como lo dijo el a quo, por cuanto esta norma no se puede interpretar en el sentido de que impone una carga arbitraria y ajena por completo al uso del recurso natural y su uso y conservación, por tanto la obligación del 1% debe tener relación proporcional con el uso del recurso hídrico. Además que la interpretación de que comenzaba a regir hacia el futuro dada por el Tribunal, si implica entonces el desconocimiento de las

inversiones y actividades que venía haciendo la BP antes de la expedición del acto acusado.

Según el censor, la posición de la demandante ha sido la de que la obligación del 1% debía ejecutarse, de modo razonable y proporcional, por lo que el 1% debía calcularse sobre el valor de las obras y actividades que han generado tasa por el uso de agua.

Destacó que antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, no había forma de saber qué inversiones podían contabilizarse como imputables al 1%, vacío que vino a ser suplido por los lineamientos de la sentencia C-495 de 1996, motivo por el que no existe ninguna razón para que se rechacen las actividades e inversiones efectuadas por la BP en cumplimiento del 1%, tal y como lo hicieron los informes que obran en el expediente administrativo y en las resoluciones atacadas. Además que no existe ningún fundamento para la exigencia de un plan o programa de inversiones del 1%, en la medida en que con anterioridad al Decreto 1900 en cuestión no había ninguna norma que lo previera.

Estimó el apelante que la exigencia de un plan o programa de inversiones, es otro hecho indicativo del desconocimiento de que las actividades e inversiones anteriores que venía haciendo la BP, con las que se le dio cumplimiento a la obligación del 1%, aunado al hecho de que antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, no había fundamento legal que permitiera la exigencia de un plan o programa de inversiones.

El apelante insistió en que no hay ninguna razón para que las actividades e inversiones no hubieran sido tenidas en cuenta por la entidad demandada, por lo que cualquier obra o inversión sin importar su destino, con las que se hubiera logrado el objetivo de la inversión forzosa, debe aceptarse como forma de cumplimiento de la obligación del 1%, en vista de que para la época en que se ejecutaron las obras, no se había expedido el Decreto 1900 de 2006.

Dijo que el Ministerio en los actos acusados, omitió aplicar la normatividad invocada en la demanda, conforme a la cual se hacía necesario que la autoridad ambiental, a efectos de ejecutar la inversión del 1%, definiera la cuenca hidrográfica, que se estableciera un plan de ordenamiento de la misma, que se involucrara en dicho plan los aspectos regulatorios de ahorro y uso del agua y que se establecieran los componentes de dicho plan, que resultaran beneficiados por dicha obligación.

En cuanto al segundo cargo que fue unificado por el a quo, relativos a la interpretación errónea del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del artículo 1º del Decreto 1220 de 2005; falta de aplicación del artículo 80 de la Constitución Política; violación del numeral 1º del artículo 1º y 3º de la Ley 99 de 1993 y del artículo 6º del decreto reglamentario 155 de 2004, afirmó el apelante que estos cargos se encuentran relacionados con los que fueron analizados con anterioridad, que evidencian que el Ministerio con la interpretación que le dio en las resoluciones acusadas al parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no solo vulneró esta norma al interpretarla de forma equivocada, sino las demás que aluden al principio de desarrollo sostenible.

Lo anterior, por cuanto la entidad demandada impuso la obligación del 1% que se debe calcular “sobre el valor del proyecto”, desconociendo la proporcionalidad que debe existir entre las obligaciones y/o cargas de índole ambiental y la afectación correspondiente, pues el 1% sólo se debía calcular sobre aquellas actividades que habían generado tasa por uso de agua.

Respecto de las argumentaciones del Tribunal relacionadas con la vigencia del Decreto 1900 de 2006, para la parte impugnante es claro que si la administración impuso una obligación y solicitó la presentación de un plan de cumplimiento, es porque partió de la base de que esa obligación no había sido cumplida por la actora, lo cual es ajeno a la realidad. Censuró que el a quo no tuvo en cuenta que esas inversiones y actividades desconocidas por el Ministerio, se ejecutaron antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, época en la que existía incertidumbre acerca de cómo debía entenderse que la mencionada obligación del 1% debía llevarse a cabo, pero que para ello se debían aplicar criterios racionales de interpretación del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, entre ellos, el de la proporcionalidad entre el valor de la obligación y el uso del agua, por lo que el 1% se debía calcular sobre las actividades que generaron este uso.

Señaló el recurrente que no obstante lo anterior, pese a que el Tribunal consideró que las resoluciones demandadas habían sido expedidas bajo el amparo del Decreto 1900 de 2006, analizó de forma incorrecta el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996, fallo mediante el cual declaró la exequibilidad del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, norma que debía ser analizada bajo los principios de

proporcionalidad y desarrollo sostenible, por lo que debía existir una relación de proporción entre el valor de la obligación y el uso del recurso hídrico y que para hacer el cálculo de ésta, debía tenerse en cuenta las actividades y obras que hubieran generado la tasa por uso de agua y no sobre la totalidad del proyecto, criterio que en últimas fue el adoptado en el artículo 3º del Decreto 1900, ya que en éste la base del cálculo del 1% no es la totalidad del proyecto. Según el apelante, el tribunal de primera instancia pareciera que para unos asuntos considera aplicable el Decreto, mientras que para otros casos no, lo cual constituye grave error de interpretación.

En cuanto a la interpretación que el a quo le dio a la Sentencia C-495 de 1996, en el sentido de que no le otorgaba fuerza vinculante a lo considerado en este fallo por cuanto constituía parte del obiter dicta del fallo y no de su ratio decidendi, el apelante expresó su inconformidad pues no es cierto que el asunto hubiera sido solamente dicho de paso, como quiera que el análisis efectuado por la Corte sobre la inversión forzosa incluyó, entre otros, el referido aspecto de la base del cálculo como uno de sus elementos esenciales, a fin de establecer si resultaba constitucional o no su fijación en la ley, en adición a las tasas a las que se refieren los artículos 42 y 43 de la Ley 99 de 1993.

De allí que, contrario a lo esgrimido por la primera instancia, fue precisamente con base en el razonamiento de que la inversión forzosa se debía calcular sobre las actividades que generaran tasa por uso de agua, que la Corte concluyó que esa carga no vulneraba el principio de razonabilidad, progresividad y equidad, tal y como fue analizado en el numeral 5.4. de la sentencia C-495 de 1996. Por tanto, el argumento de la

base del cálculo constituye un asunto que se encuentra estrechamente relacionado con la decisión de constitucionalidad de la inversión forzosa, por lo que forma parte de la *ratio decidendi* del fallo, resultando equivocado el Tribunal en su apreciación.

Siendo lo anterior cierto, el Tribunal debió estudiar todos los argumentos de la demanda que con fundamento en la sentencia constitucional, acreditan que el cálculo de la inversión no debía hacerse sobre el total del proyecto sino sólo sobre las actividades que generan tasa por uso del agua, por lo que debe revocarse el fallo apelado.

Otro asunto que fue objeto de reproche por la empresa actora, consistió en que en la demanda no se pretendió desconocer las diferencias que existen entre la tasa por uso del agua regulada en la primera parte del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, y la inversión forzosa del párrafo del mismo artículo, asunto que fue objeto de pronunciamiento en la sentencia impugnada. Sino que lo que ha pretendido dejar claro la accionante, es establecer que la obligación del 1%, se debe calcular sobre las inversiones que generen tasa por uso de agua.

Por lo anterior, consideró que resultaría errado considerar, que mientras la tasa por uso de aguas se encuentra claramente reglamentada con fundamento en la proporcionalidad en el uso del recurso hídrico, el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, deba interpretarse independientemente sin acudir a esa misma proporcionalidad, pues se desbordaría la sana interpretación de la norma.

Respecto del tercer cargo que fue unificado por el a quo, relativos a la violación por falta de aplicación de los artículos 6, 121 y 123 de la Carta Política, consideró el apelante que, contrario al sentir de la primera instancia, la actuación del Ministerio consistente en exigir en los actos acusados la presentación de un Plan de Inversiones que la ley no contempla, sí constituye un atentado contra este principio superior, ya que no hay norma que autorice al Ministerio a imponer este tipo de obligaciones.

Adujo que se equivocó el Tribunal de primera instancia al afirmar que el fundamento legal de esta exigencia estaba contenido en el artículo 4º del Decreto 1900 de 2006, por cuanto las obras y actividades ejecutadas por la BP se llevaron a cabo, antes de la entrada en vigencia del mencionado decreto y por esta razón, no es posible asumir que las resoluciones demandadas, al hacer esta exigencia, estuvieran amparadas por este decreto. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto para cuando se expedieron los actos demandados el Decreto 1900 ya se había expedido, igualmente lo es que las actividades ejecutadas, fueron anteriores a su expedición, razón suficiente para concluir que respecto de las mismas no existía fundamento legal para exigir un plan de inversiones.

Descartó las facultades generales de la Ley 99 de 1993 como argumento esgrimido por el a quo en el fallo apelado, pues no es cierto que con base en las facultades otorgadas al Ministerio demandado se le esté facultando para imponer obligaciones específicas a los particulares que la misma ley no estableció ni tipificó. El Tribunal se equivocó ya que las facultades que invocó, consisten en la posibilidad de expedir reglamentaciones generales

sobre los aspectos a su cargo, pero no autorizan a imponer obligaciones o cargas adicionales a las establecidas en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

En cuanto al cuarto cargo relacionado con la indebida o falsa motivación, según la apelante fue analizado superficialmente en el fallo apelado al expresar que en las resoluciones demandadas no se estaban desconociendo las inversiones efectuadas por la actora, que se debía presentar un plan de inversiones como lo exigió la administración y que los actos acusados no impusieron la obligación de concertar con CORPORINOQUIA, la ejecución de las actividades relacionadas con el cumplimiento del 1%.

Lo anterior, al considerar que los actos demandados si incurrieron en falsa motivación, en la medida en que desconocieron las inversiones ejecutadas en cumplimiento de la obligación del 1%, tema ya analizado in extenso, pues si ello no hubiera sido así no se habría tenido la necesidad de imponer la obligación del 1% modificando la licencia ambiental. Pero es que los actos acusados desconocieron las actividades y obras con las cuales la BP consideró que se había dado cumplimiento a esta obligación.

Por lo anterior, a juicio del apelante, el a quo no estudió a fondo los argumentos de la indebida o falsa motivación sobre una base errada, pues insistió, en los actos demandados sí se desconocieron las obras o actividades ejecutadas por la actora, mediante las cuales se benefició la cuenca de la cual se tomó el recurso hídrico, cuyo valor de las obras fue certificado por los revisores fiscales. No obstante, los actos demandados partieron de la base falsa e inexistente, de que no se había dado

cumplimiento a la obligación del 1%, omitiendo analizar el material probatorio que así lo acreditaba.

Aunado a lo anterior, la falsa motivación se evidencia porque no existe ni soporte jurídico ni fáctico para que el Ministerio hubiera expedido los actos imponiendo a la demandante una obligación, desconociendo las inversiones realizadas por la actora en cumplimiento de la ley y, mucho menos cuando dichas obligaciones no habían sido claramente definidas por el mismo ente en la fecha en la que las mismas se ejecutaron.

Como si lo anterior no resultara suficiente, el recurrente afirmó que además de falsa motivación se evidenció indebida motivación, por cuanto no existía norma alguna que exigiera para la época de otorgamiento de la licencia ambiental, la presentación del referido Plan de Inversión del 1% que exigen las resoluciones demandadas. De allí que no existía ninguna norma que liberara al Ministerio de su deber legal de indicar las obras de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca, ni de su obligación de cumplir con lo dispuesto en la propia licencia ambiental. Tampoco existía obligación legal de concertar con las corporaciones autónomas regionales, las inversiones del 1%, menos aún existía sustento legal para pretender que el 1% se calcule, como lo hicieron los actos, en relación con el valor total del proyecto y no en relación con el uso efectivo del recurso hídrico.

Finalmente sostuvo que sorprende que en el fallo apelado, se afirme que en las citadas resoluciones no se impuso la obligación de concertar con CORPORINOQUIA, la ejecución de las actividades del 1%, cuando en la parte resolutive de las mismas, tal circunstancia aparece expresamente, pese

a que no existe ningún fundamento legal para esa imposición, error del fallo que sólo se pudo haber debido a una mala lectura de las resoluciones efectuada por el a quo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Fueron presentados por los apoderados de la parte demandante y del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de la época, mediante los cuales reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del debate procesal en procura de lograr la revocatoria del fallo apelado para lo cual se reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación, o bien para defender la legalidad de los actos demandados tal y como se había dejado sentado en la contestación de la demanda⁵.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación, no presentó concepto sobre la demanda en estudio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Los actos demandados.

Dada la extensión de los actos acusados, se transcribirán algunos apartes de la parte considerativa y la integridad de la parte resolutive de la primera resolución objeto de demanda, así:

⁵ Los memoriales obran a folios 14 al 29 y 31 al 37 del cuaderno de segunda instancia respectivamente

“MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO
TERRITORIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 1587
(Septiembre 12 de 2008)

“Por la cual se modifica una Licencia Ambiental”

LA ASESORA DE LA DIRECCION DE LICENCIAS, PERMISOS Y
TRÁMITES AMBIENTALES

En ejercicio de las funciones delegadas mediante la Resolución 1393 del 8 de agosto de 2007, proferida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en concordancia con lo establecido en la Ley 99 de 1993, en el Decreto 216 del 3 de febrero de 2003, en el Decreto 3266 del 8 de octubre de 2004, en el Decreto 1220 de 2005, modificado por el Decreto 500 de 2006, y

CONSIDERANDO

Que el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial), mediante la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, otorgó a la sociedad B.P. EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, una Licencia Ambiental para llevar a cabo, en el contrato de Asociación denominado ‘Piedemonte Recetor’, la perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado la Volcanera C, ubicado en la finca La Roca, vereda Cagüi-Charte, jurisdicción del municipio de Yopal (Casanare).

Que mediante la Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996, el entonces Ministerio del Medio Ambiente, modificó, entre otras, la Licencia Ambiental otorgada en el sentido de autorizar, en primer lugar, la quema de crudo de las pruebas de los pozos hasta que empiece a operar la línea de flujo que une a Cupiagua B4 con la PST-1, momento en el cual el crudo obtenido deberá ser transportado para su tratamiento y, en segundo lugar, autorizó la quema de crudo de las pruebas de los pozos hasta que en la zona se construyan líneas de flujo o una CPF.

Que el Instituto Nacional de Recursos Naturales –INDERENA-, mediante la Resolución N° 046 del 28 de diciembre de 1995, otorgó a la sociedad BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, un permiso de concesión de aguas de la quebrada Aguazula o Bocachico, por un término de cinco (5) años, y con un caudal de 1.40 l/seg.

Que posteriormente, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía-CORPORINOQUIA-, mediante la Resolución N° 200.15.05.0903 del 2 de diciembre de 2005, otorgó a la sociedad BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, un permiso de concesión de aguas de la quebrada Aguazula o Bocachico, por un término de cinco (5) años, con un caudal de 4 l/seg., cuya captación se efectuaría mediante el sistema de bombeo anclado a carrotaques.

Que de otra parte, en la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, ni en los actos administrativos por los cuales se modificó la referida licencia ambiental, se estableció la obligación de invertir no menos del 1% del valor total del proyecto, consagrada en el parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993, ni se determinó la cuenca hidrográfica en la que debía efectuarse.

Que al respecto, en el concepto técnico N° 1266 del 24 de julio de 2008, el Ministerio de Ambiente señaló lo siguiente:

'6.3. Recomendar...modificar la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 128 de 1994, en el sentido de incluir la obligación de invertir no menos del uno por ciento en actividades de recuperación, conservación y vigilancia de la cuenca Aguazula o Bocachico y/o Río Charte. La empresa deberá presentar un plan de inversión para aprobación previamente concertado con CORPORINOQUIA (...).'

Que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993, la obligación de inversión forzosa del 1%, debe establecerse de manera expresa en la licencia ambiental, razón por la cual se hace necesario modificar la licencia ambiental, en el sentido de incluir la obligación.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

(...)

Que en el caso objeto de análisis, se incluirá la obligación legal contenida en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en la licencia ambiental otorgada a la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, dándole el carácter de obligatoriedad como elemento fundamental del acto administrativo, definida como la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia del mismo.

Que en relación con la inversión forzosa establecida en el parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993, debe decirse que se impone como un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la

protección e integridad del medio ambiente y constituye una obligación específica, diferente a las contenidas en el plan de manejo, dentro de la licencia ambiental otorgada.

(...)

Que la Corte Constitucional en Sentencia C-495 de 1996, en relación con la inversión forzosa del 1%: *'(...) es una carga social que se desprende de la función social de la propiedad. No puede ser considerada una obligación tributaria porque no se establece una relación bilateral entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Así mismo, la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, el cual conlleva un deber correlativo de conservación y preservación de ese ambiente para sí mismo y para los demás. Es constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la protección e integridad del medio ambiente'*.

Que el acto administrativo mediante el cual se otorgó Licencia Ambiental a la empresa BP EXPLORATION COMPANY –COLOMBIA-LIMITED, debía contener una obligación precisa, asimilable a un título ejecutivo; es decir, una obligación expresa, clara y exigible que haga posible a la autoridad demandar su cumplimiento.

Que una vez analizada la licencia ambiental otorgada a la empresa BP EXPLORATION COMPANY –COLOMBIA- LIMITED, y revisado el Expediente 109, con el fin de garantizar el cumplimiento de la legislación ambiental, es necesario establecer de manera expresa la obligación de realizar la inversión del 1% del total del valor del proyecto, y determinar la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, en la cual deberán llevarse a cabo las actividades de recuperación, conservación, preservación y vigilancia, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, considerando procedente modificar la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, modificada por la Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996.

FUNDAMENTOS LEGALES

(...)

Que de otra parte, se debe tener en cuenta lo establecido en el numeral 1 y parágrafo primero del artículo 40 del Decreto 500 de 2006, por el cual se modificó el Decreto 1220 del 21 de abril de 2005, reglamentario del Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, que dice:

‘ARTICULO 40. REGIMEN DE TRANSICIÓN. El régimen de transición se aplicará a los proyectos, obras o actividades de que tratan los artículos 8 y 9 del presente decreto, y que se encuentren en los siguientes casos:

Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.

(...)

Parágrafo 1º. En los casos antes citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. **De igual forma, podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias, de conformidad con el artículo 33 del presente decreto.** (Negrillas fuera de texto)’

Que el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, mediante el cual el Gobierno reglamentó el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en su primer artículo establece:

‘Artículo 1º. Campo de aplicación. Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales y que esté sujeto a la obtención de licencia ambiental, deberá destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica; de conformidad con el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.’

Que el proyecto adelantado por BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, cumple con los elementos establecidos por el Decreto 1900 de 2006, en su Artículo Segundo, que a la letra señala:

‘Artículo 2º. De los proyectos sujetos a la inversión del 1%. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se considera que un proyecto deberá realizar la inversión del 1% siempre y cuando cumplan con la totalidad de las siguientes condiciones:

- a) Que el agua sea tomada directamente de una fuente natural, sea superficial o subterránea;
- b) Que el proyecto requiera licencia ambiental;
- c) Que el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, entendiendo por esta, las actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación;

- d) Que el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria.'

Que no obstante la obligación está expresa en la ley y es de obligatorio cumplimiento, la misma exige que en el acto administrativo mediante el cual se otorgó la licencia ambiental para el desarrollo del proyecto, se señale expresamente esa obligación, y además se deberá especificar cuál es la cuenca hidrográfica en la que se llevarán a cabo las medidas de recuperación, preservación y vigilancia para su protección.

(...)

En mérito de lo anterior,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Modificar la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, modificada por la Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgó licencia ambiental a la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, para llevar a cabo, en el contrato de Asociación denominado 'Piedemonte Recetor', la perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado la Volcanera C, ubicado en la finca La Roca, vereda Cagüi-Charte, jurisdicción del municipio de Yopal (Casanare), en el sentido de adicionar la siguiente obligación:

La empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) del valor del proyecto, en actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la Cuenca Hidrográfica Aguazula o Bocachico y/o Río Charte, localizada en jurisdicción del Municipio de Yopal, Departamento de Casanare, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor a dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades, para la evaluación y aprobación por parte de este Ministerio.

Las actividades en que se resuelva realizar la inversión deben ser de las establecidas en el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUIA-, y ejecutadas directamente por la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED.

Si al vencimiento del mencionado término, no existe concertación entre las partes, este Ministerio decidirá en qué actividades se invertirá el valor del 1%.

ARTICULO SEGUNDO.- Los demás términos, condiciones y obligaciones establecidas a la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, en la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, modificada por la

Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996, no se modifican y continúan vigentes.

ARTICULO TERCERO.- Notificar el contenido del presente acto administrativo al Representante Legal de la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED o a su apoderado debidamente constituido.

ARTICULO CUARTO.- Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, comunicar a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – CORPORINOQUIA-, el contenido del presente acto administrativo para su conocimiento y fines pertinentes.

ARTICULO QUINTO.- Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, publicar el presente Acto Administrativo en la Gaceta Ambiental de este Ministerio.

ARTICULO SEXTO.- Contra el presente acto administrativo, procede por vía gubernativa el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación de conformidad con los requisitos establecidos en el Artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA ELENA CAMACHO BELLUCI

Asesora Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales”

No se considera necesaria la transcripción de las resoluciones 0622 y 1184 ambas de 2009, pues se hará alusión a ellas en el desarrollo del presente fallo.

6.2. Planteamiento jurídico

Observa la Sala que de acuerdo con el texto del extenso recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la empresa demandante, los argumentos de inconformidad planteados fundamentalmente se refieren a la supuesta falsa motivación en que incurrió la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial de la época, al expedir los actos administrativos demandados mediante los cuales modificaron el acto administrativo que le otorgó la licencia ambiental a la demandante, para la ejecución de un proyecto de perforación de dos pozos exploratorios en el municipio de Yopal Casanare.

En este sentido, la inconformidad de la parte actora se centra en afirmar que la entidad demandada, no ha tenido en cuenta la información remitida que da cuenta de todas las actividades desarrolladas por la BP, que acreditan el cumplimiento de la obligación de la inversión del 1% a que alude el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993. Adujo que es censurable la posición del Ministerio en los actos acusados, ya que desconoció de manera arbitraria e ilegal las inversiones efectuadas por la actora en beneficio de las quebradas Aguazula, Bocachico y el río Charte, fuente de la cual se captó el recurso hídrico para el proyecto de perforación de pozos exploratorios en el municipio de Yopal, al considerar que tales inversiones no resultan aplicables al 1% ni evidenciaron la diligencia ambiental de la BP.

La anterior postura ilegal, a juicio de la parte apelante, obedece a la incorrecta interpretación que el Ministerio le dio al parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 frente al resto del articulado mismo que conforma la norma, como quiera que lo que pretende la demanda es que la inversión forzosa del 15 se debe calcular sobre las inversiones que generaron la tasa por uso del agua.

Por su parte, para el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la fuente

de la inconformidad radica en que no se pueden confundir las actividades y obras que ha cumplido la actora en ejecución del proyecto para el cual le fue otorgada la licencia ambiental, por cuanto unas corresponden a las propias del Plan de Manejo Ambiental y otras a la inversión obligatoria del 1%, es decir, a las del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Bajo esta óptica, entrará la Sala a analizar los argumentos del recurso de apelación con el fin de determinar si logran desvirtuar las consideraciones expuestas en la sentencia apelada, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda en contra de las resoluciones 1587 de 2008 y sus confirmatorias 622 y 1184 ambas de 2009, al considerar que no fue desvirtuada la presunción de legalidad de los anteriores actos, poniendo de presente que el fondo de la discusión jurídica gravita en determinar los alcances y la interpretación que debe darse al artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

6.3. Recuento del acontecer fáctico de la actuación administrativa

Para dirimir el anterior planteamiento jurídico, resulta necesario observar el acontecer fáctico de la actuación administrativa adelantada por el Ministerio demandado, previo a la expedición de los actos administrativos demandados:

El Ministerio del Medio Ambiente expidió la **Resolución N° 000128 del 3 de**

Junio de 1994 *“Por la cual se otorga una licencia ambiental”*⁶, mediante la cual se le otorgó licencia ambiental a la sociedad BP Exploration Company (Colombia) Limited para llevar a cabo en el contrato de asociación denominado Recetor, la perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado Volcanera C, ubicado en el vereda Cagüi Charte, Municipio de Yopal en el Departamento de Casanare.

En el artículo 2º de esta resolución, están consignadas todas las obligaciones a las cuales estaba sometida la BP dado el otorgamiento de la licencia ambiental otorgada, entre ellas: i) debía realizar todas las operaciones para la ejecución del proyecto que debían estar de acuerdo con la información suministrada al Ministerio; ii) la BP debía presentar el plan de reforestación que iría a realizar involucrando a la comunidad de la zona en su desarrollo; iii) presentaría programas específicos de participación de la comunidad en el proyecto, incluido un cronograma de actividades; iv) modificaría el monitoreo propuesto para el seguimiento de la quebrada Bocachico; v) se abstendría de quemar el petróleo en caso de obtenerse durante la realización de las pruebas del pozo, pues debía quedar almacenado en un tanque; vi) debería informar al Ministerio la fecha de iniciación de las actividades del proyecto con 10 días de anticipación y, vii) se haría responsable por cualquier deterioro y/o daño ambiental ocasionado por los contratistas a su cargo, para lo cual debería realizar las actividades necesarias para corregir los efectos causados.

A destacar los artículos 5º y 6º de la Resolución 0128 de 1994, por cuanto en

⁶ Figura a folios 190-193 del cuaderno principal

ellos se estableció que este acto no autorizaba el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en la zona del proyecto y que la BP, debería obtener ante la autoridad competente, los permisos, concesiones y autorizaciones que para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables fueran necesarios para el desarrollo del proyecto. Por su parte el artículo 8º **ídem** señaló que esta licencia tenía una vigencia de cuatro (4) años y podría ser prorrogada a solicitud de la BP previa evaluación y concepto técnico.

De bulto se observa que en la Resolución 0128 de 1994 no le fue fijada a la BP la obligación consagrada en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no obstante que para la fecha de expedición de este acto, esto es, para el 3 de junio de 1994, ya se había expedido el 22 de diciembre de 1993 la Ley 99 *“por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”*.

El artículo 43 de la Ley 99 de 1993, establece lo siguiente:

“Artículo 43º.- Tasas por Utilización de Aguas. La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas.

El sistema y método establecidos por el artículo precedente para la definición de los costos sobre cuya base se calcularán y fijarán las tasas retributivas y compensatorias, se aplicarán al procedimiento de fijación de la tasa de que trata el presente artículo.

Parágrafo.- Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, deberá destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El propietario del proyecto deberá invertir este 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determinen en la licencia ambiental del proyecto.”
(subrayas fuera de texto)

Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes administrativos de la actuación, se observa que **mediante Resolución 046 del 25 de enero de 1995** el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del AmbienteINDERENA Regional Boyacá Casanare⁷, otorgó una concesión de aguas a la empresa B.P. Exploration Company (Colombia) Limited, con destino a suplir las necesidades de explotación petrolífera de varios pozos entre ellos el de la quebrada Aguazula como alternativa Quebrada Bocachico. Los caudales concedidos se expresan en la cantidad de 1.40 Lts/seg, con destino a suplir las necesidades del pozo Volcanera C. El término de la concesión es de cinco años.

Por su parte, a través de **Resolución N° 200.15.05-0903 del 2 de diciembre de 2005** *“Por medio de la cual se otorga concesión de aguas”*⁸, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA, otorgó a la empresa BP Exploration Company, Concesión de aguas, para la

⁷ Visible a folios 43 al 52 del cuaderno de anexos de la contestación de la demanda

⁸ Obrante a folios 250-253 del cuaderno dos de anexos de la contestación de la demanda

reactivación de los pozos Dele-B y Volcanera C, por un caudal de 4 l/seg a captar de la Quebrada Aguazula en el punto ubicado en las coordenadas N 1'079.970 y E 1'174.450, por un término de 5 años. La captación sería realizada mediante el sistema de bombeo anclado a carrotanques.

Es de destacar el artículo 2º de este acto expedido por CORPORINOQUIA, que determinó que la empresa BP Explotation Company debía cancelar a esta corporación, *el pago correspondiente a las tasas por uso de agua, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993.*

Luego mediante **Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996** expedida por el Ministro del Medio Ambiente⁹, modificó el numeral cinco del artículo 2º de la Resolución 0128 de 1994, en el sentido de autorizar la quema de crudo de las pruebas de los pozos hasta que en la zona se construyeran líneas de flujo o una CPF.

Posterior a la expedición de la Ley 99 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 155 de enero 22 de 2004** *"Por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 sobre tasas por utilización de aguas y se adoptan otras disposiciones"*, **en acatamiento a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993** al señalar como objeto de este decreto lo siguiente:

⁹ Figura a folios 245-247 del cuaderno principal

“Artículo 1º. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto reglamentar el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 en lo relativo a las tasas por utilización de aguas superficiales, las cuales incluyen las aguas estuarinas, y las aguas subterráneas, incluyendo dentro de estas los acuíferos litorales. No son objeto de cobro del presente decreto las aguas marítimas”.

Así mismo según el artículo 4º del Decreto 155 de 2004, son sujetos pasivos por lo que están obligados al pago de la tasa por utilización de aguas, todas la personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que utilicen el recurso hídrico en virtud de una concesión de aguas, tal y como acontece con el caso en estudio. Los artículos 5º y 6º se refieren al hecho generador y a la base gravable, el 7º señala que la fijación de la tarifa le corresponderá a cada autoridad ambiental para cada cuenca hidrográfica, entre otras disposiciones que integran el decreto.

Por su parte, **el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, fue objeto de reglamentación mediante el Decreto 1900 de junio 12 de 2006**, al señalar lo siguiente:

“Artículo 1º. Campo de aplicación. Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales y que esté sujeto a la obtención de licencia ambiental, deberá destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica; de conformidad con el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.” (subrayas del Despacho)

De acuerdo con la realidad procesal descrita, se observa que desde el año 2005 CORPORINOQUIA, en virtud de la concesión de aguas, le había

ordenado a la sociedad demandante, el pago por concepto de las tasas por uso de agua consignada en el primer inciso del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, sin embargo no le había fijado el pago de la inversión a que hace alusión el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 reglamentado por el Decreto 1900 de 2006.

Ante esta omisión, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante la expedición de la Resolución 1587 del 12 de septiembre de 2008, impuso en forma expresa la obligación de la norma legal y del decreto reglamentario citados en precedencia, al disponer en el artículo 1º del acto acusado lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO.- Modificar la Resolución N° 128 del 3 de junio de 1994, modificada por la Resolución N° 147 del 16 de febrero de 1996, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgó licencia ambiental a la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, para llevar a cabo, en el contrato de Asociación denominado ‘Piedemonte Recetor’, la perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado la Volcanera C, ubicado en la finca La Roca, vereda Cagüi-Charte, jurisdicción del municipio de Yopal (Casanare), en el sentido de adicionar la siguiente obligación:

La empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) del valor del proyecto, en actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la Cuenca Hidrográfica Aguazula o Bocachico y/o Río Charte, localizada en jurisdicción del Municipio de Yopal, Departamento de Casanare, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor a dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades, para la evaluación y aprobación por parte de este Ministerio.

Las actividades en que se resuelva realizar la inversión deben ser de las establecidas en el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUIA-, y

ejecutadas directamente por la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED.

Si al vencimiento del mencionado término, no existe concertación entre las partes, este Ministerio decidirá en qué actividades se invertirá el valor del 1%”.
(subrayas fuera de texto).”

Como se observa del texto de la norma transcrita, el Ministerio demandado lo que hizo mediante la Resolución 1587 de 2008, fue adicionar el acto administrativo mediante el cual le otorgó la licencia ambiental a la demandante –Resolución 0128 de 1994-, en el sentido de incluir el cobro de la obligación forzosa del 1% consagrada en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en vista de que en el inicial acto no la había estipulado, pese a que ya estaba en vigencia esta legislación para cuando se otorgó la licencia ambiental.

Por su parte, **mediante Resolución 0622 del 31 de marzo de 2009** a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución 1587 de 2008, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales¹⁰, resolvió modificar esta resolución en los siguientes términos:

“ARTICULO PRIMERO.-Modificar el artículo 1º de la Resolución 1587 del 12 de septiembre de 2008, mediante el cual este Ministerio modificó la Resolución 128 del 3 de junio de 1994, modificada a su vez por la Resolución 147 del 16 de febrero de 1996, relacionada con el proyecto de perforación de dos pozos exploratorios en el sitio denominado la Volcanera C, ubicados en la finca La Roca, vereda Cagüi-Charte, en jurisdicción del municipio de Yopal, departamento de Casanare, el cual

¹⁰ Obra a folios 21-32 del cuaderno principal

quedará así:

“ARTICULO PRIMERO.- La empresa **BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD (BPXC)** de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) el valor del proyecto, en actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la Cuenca Hidrográfica Aguazula o Bocachico y/o Río Charte, localizada en jurisdicción del municipio de Yopal, departamento de Casanare, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor a cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades para la evaluación y aprobación por parte de este Ministerio.

Las actividades en que se resuelva realizar la inversión deben ser de las establecidas en el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – CORPORINOQUIA- y ejecutadas directamente por la empresa BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD. (BPXC).

Si al vencimiento del mencionado término, no existe concertación entre las partes, este Ministerio decidirá en qué actividades se invertirá el valor del 1%.

PARAGRAFO.- Dentro del Plan de Inversión del 1% requerido, serán evaluados los documentos presentados, contentivos de aquellas actividades que hayan sido realizadas antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, y/o se estén ejecutando, que cumplan con los objetivos de la inversión del 1%, siempre y cuando no correspondan a las obligaciones establecidas en el Plan de Manejo Ambiental, ni en la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto, mediante la Resolución 128 del 3 de junio de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Los demás términos y condiciones de la

Resolución 1587 del 12 de septiembre de 2008 continúan plenamente vigentes. (...)” (negritas del Despacho)

De suma importancia resulta la modificación introducida mediante la Resolución 0622 de 2009 a la Resolución 1587 de 2008, ya que el párrafo del artículo 1º de la Resolución 0622 expresamente señaló que dentro del plan de inversión de la obligación del 1%, serían evaluadas las actividades que se hubieran o se estuvieran ejecutando antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, en todo caso si cumplía con los objetivos de la inversión del 1% y, **siempre y cuando no correspondieran a las obligaciones del Plan de Manejo Ambiental y a las de la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto.**

Encuentra la Sala que el anterior aparte transcrito del párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009 objeto de nulidad, está dando cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 1900 de 2006 que señala:

“Artículo 5º. Destinación de los recursos. Las inversiones de que trata el presente decreto, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que incluya la respectiva fuente hídrica de la que se toma el agua.

En ausencia del respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, los recursos se podrán invertir en algunas de las siguientes obras o actividades:

- a) Elaboración del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica en un porcentaje que establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial;
- b) Restauración, conservación y protección de la cobertura vegetal, enriquecimientos vegetales y aislamiento de áreas para facilitar la sucesión natural;
- c) Adquisición de predios y/o mejoras en zonas de páramo, bosques de niebla y áreas de influencia de nacimiento y recarga de acuíferos, estrellas fluviales y rondas hídricas. En este caso la titularidad de los predios y/o mejoras, será de las autoridades ambientales;
- d) Instrumentación y monitoreo de recurso hídrico;
- e) Monitoreo limnológico e hidrobiológico de la fuente hídrica;
- f) Construcción de obras y actividades para el control de caudales, rectificación y manejo de cauces, control de escorrentía, control de erosión, obras de geotecnia y demás obras y actividades biomecánicas para el manejo de suelos, aguas y vegetación;
- g) Interceptores y sistemas de tratamiento de aguas residuales domésticas. Para la realización de los estudios respectivos, se podrá invertir hasta un 10% del valor total de esta inversión. En este caso la titularidad de las obras y de los estudios será de los municipios o distritos según el caso;
- h) Capacitación ambiental para la formación de promotores de la comunidad en las temáticas relacionadas en los literales anteriores, a fin de coadyuvar en la gestión ambiental de la cuenca hidrográfica;
- i) Preservación y conservación del Sistema de Parques Nacionales que se encuentren dentro de la respectiva cuenca de acuerdo con los planes de manejo.

Parágrafo 1°. La localización de las anteriores obras y actividades, debe estar soportada en las condiciones técnicas, ecológicas, económicas y sociales que permitan la recuperación, preservación, conservación y vigilancia ambiental de la respectiva cuenca hidrográfica.

Parágrafo 2°. Las obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado, no harán parte del Programa de Inversión del 1% de que trata este decreto.” (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con este parágrafo, es claro que no se pueden equiparar las obras y actividades del Plan de Manejo Ambiental con las del programa de inversión del 1% de la obligación reglamentada por el Decreto 1900 de 2006, porque se trata de dos supuestos de hecho y de derecho distintos, a pesar de que tengan en común la utilización del recurso hídrico. Siendo esto así, pierde sustento la teoría de la parte actora reiterada en la apelación, según la cual, la obligación de inversión del 1% debe estar ligada a los planes de uso y ahorro del agua de su protección y recuperación, por lo que -insiste el apelante- tiene relación proporcional con el uso del recurso hídrico, ya que según el texto del artículo 1° del Decreto 1900 de 2006, la obligación del 1% no se cobra con base en el cálculo de la tasa del uso del agua como lo pretende la actora sino sobre la inversión del proyecto como tal.

Aunado a lo anterior, el parágrafo 2° del artículo 4° del Decreto 1900 de 2006 establece lo siguiente:

“Parágrafo 2°. Con el fin de ajustar el valor de la inversión del 1%, calculada con base en el presupuesto inicial del proyecto, el titular de la licencia ambiental deberá presentar ante la autoridad ambiental competente, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en operación del proyecto, la liquidación de las inversiones

efectivamente realizadas, las cuales deberán estar certificadas por el respectivo contador público o revisor fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del presente decreto.”

A su turno, no todos los proyectos están obligados al cumplimiento de la inversión del 1%, pues en el artículo 2° del Decreto 1900 de 2006, se establecieron las condiciones que deben cumplir los proyectos afectos a esta carga, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. *De los proyectos sujetos a la inversión del 1%.* Para efectos de la aplicación del presente decreto, se considera que un proyecto deberá realizar la inversión del 1% siempre y cuando cumplan con la totalidad de las siguientes condiciones:

- a) Que el agua sea tomada directamente de una fuente natural, sea superficial o subterránea;
- b) Que el proyecto requiera licencia ambiental;
- c) Que el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, entendiendo por esta, las actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación;
- d) Que el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria.

Parágrafo 1°. La inversión a que hace referencia el artículo 1° del presente decreto, será realizada por una sola vez, por el beneficiario de la licencia ambiental.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el presente decreto no aplica para aquellos proyectos que tomen el agua directamente de la red domiciliaria de acueducto operada por un prestador del servicio.”(subrayas fuera de texto)

Tal y como lo consignó la parte considerativa de la Resolución 1587 del 12 de septiembre de 2008 objeto de nulidad, el proyecto adelantado por la sociedad actora para el cual le fue otorgada la licencia ambiental, cumple con las condiciones exigidas en el artículo 2º del Decreto 1900 de 2006, arriba transcritas razón por la que estaba sometido al cumplimiento de la inversión del 1%.

De allí que le asiste razón a la primera instancia al desestimar el primer cargo de la demanda, al considerar que los actos administrativos acusados lo que hicieron fue modificar la Resolución 0128 de 1994 especificando la cuenca en la que se debía hacer la inversión del 1% de que trata el parágrafo de la Ley 99 de 1993, pues los actos no desconocieron las actividades que se venían desarrollando en ejecución de la licencia otorgada a la BP sino que lo que pretendió fue imponer esta obligación hacia el futuro, en vista de que cuando se expidieron las resoluciones acusadas, ya estaba en vigencia la Ley 99 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1900 de 2006.

6.4. Consideración Previa. Precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional

En los términos en que fue sustentada la demanda y el recurso de apelación, la Sala interpreta que en últimas la inconformidad de la empresa actora no se dirige como tal en contra de la determinación adoptada en los actos acusados, sino que se enfoca en cuestionar la forma en que quedaron

redactados el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1900 de 2006, asuntos que escaparían al presente control de legalidad, no obstante que la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue interpuesta contra actos administrativos expedidos por la administración, en cumplimiento de las obligaciones señaladas en dichas disposiciones legales.

Por la anterior razón, el determinar si el 1% de la inversión forzosa a que alude el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, se debía calcular en forma proporcional sobre las actividades que habían generado tasas por uso del agua o si es sobre la inversión del proyecto -argumento central de la presente demanda-, es un asunto que corresponde dilucidar al juez constitucional, previa demanda de inconstitucionalidad contra la disposición legal o en virtud de una de las acciones contenciosas contra el decreto reglamentario.

De acuerdo con lo señalado, resulta necesario atenerse a los argumentos esgrimidos en torno al tema, tanto por la Alta Corporación Constitucional como por esta¹¹, teniendo de presente que uno de los argumentos esgrimidos en la apelación consistió en la equivocada interpretación que le dio la primera instancia a la Sentencia C-495 de septiembre 26 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Mediante sentencias C-495 de 1996 y 220 de 2011, y sentencia del 30 de agosto de 2012 proferida por esta Sección dentro del radicado 2006-00398-00 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Pues bien en la citada sentencia, la alta corporación judicial declaró exequible el artículo 43 y el párrafo de esta misma disposición de la Ley 99 de 1993, al no acoger entre otros argumentos de la demanda el cargo según el cual, con la inversión obligatoria prevista en el artículo 43, resultaban vulnerados los principios de equidad y progresividad del sistema tributario.

La Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996 desestimó los cargos de la demanda al considerar lo siguiente:

“La actora sostiene, equivocadamente, que al pesar sobre la utilización del recurso hídrico, simultáneamente, cuatro gravámenes a saber, las tasas retributiva, compensatoria, por utilización de aguas y la inversión obligatoria, se vulnera el principio superior de la equidad tributaria.

Al respecto la Corte señala en primer lugar que en ningún momento se está gravando simultáneamente una misma actividad sino por el contrario un número plural de ellas, distintas entre sí, aunque todas recaen sobre el empleo del recurso hídrico.

Las tasas por utilización de aguas se fundamentan en el uso de las mismas con fines lucrativos, en el sentido que destaca la Corte más arriba, y el gravamen señalado en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se refiere a los proyectos que involucren en su ejecución la utilización del agua para fines tales como el consumo humano, la recreación, el riego, etc..

Por lo anterior, la Corte no ve que las preceptivas impugnadas desconozcan el principio de la equidad y progresividad del sistema tributario, máxime cuando cada una de ellas persigue por separado recaudar recursos a fin de prevenir y planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, así como controlar los

factores de deterioro de las fuentes de agua en consonancia con lo dispuesto por el artículo 80 de la Carta.

En segundo lugar, los aludidos gravámenes no implican una sobre-imposición en el tributo, que por su extremada severidad, pueda resultar violando la equidad. Así mismo, su imposición se justifica por cuanto está inspirada en criterios de racionalidad y razonabilidad, en la medida en que consultan la teleología constitucional que propende por la preservación de este recurso vital sin el cual las condiciones bióticas son imposibles.” (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con los apartes subrayados de la norma analizada por la Corte Constitucional, queda claro que el supuesto normativo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 contempla dos situaciones distintas: i) la primera es la relativa a la tasa por utilización de aguas consignada en los primeros incisos de la norma y, ii) la segunda referente a la inversión obligatoria del 1% a que alude el parágrafo de esta disposición legal, que sobre esta última dijo de manera puntual la Sentencia C-495 de 1996, lo siguiente:

“5.4. LA INVERSION FORZOSA DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 43 DE LA LEY 99 DE 1993.

La inversión forzosa que contiene el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, consistente en destinar el 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas, para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, es una carga social que desprende de la función social de la propiedad (art. 58 C.P.).

En efecto, no puede ser considerada una obligación tributaria porque no se establece una relación bilateral entre un sujeto activo y un sujeto

pasivo, pues, según el párrafo aludido, es la propia persona la ejecuta las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica, bajo la orientación de la autoridad ambiental, a través de la licencia ambiental del proyecto.

Así mismo, como se señaló anteriormente, la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, el cual conlleva un deber correlativo de conservación y preservación de ese ambiente para sí mismo y para los demás.

Siendo así las cosas, es constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la protección e integridad del medio ambiente.” (subrayas fuera de texto)

El a quo en el presente caso, se apartó de la anterior motivación esgrimida por la corte Constitucional, al considerar que hacía parte del *obiter dicta* pero no de la *ratio decidendi* del fallo, razón por la que no le podía otorgar fuerza vinculante a lo apreciado en el sentido de que la inversión forzosa correspondía al 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas, como lo esgrimió la Sentencia C-495 de 2006.

Por esta razón, para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la medida en que este fallo no estableció sobre qué monto se debía hacer la inversión forzosa del 1%, como quiera que se preocupó por establecer las diferencias entre la tasa por el uso del agua y la inversión forzosa, no se debe aplicar en relación con la inversión que da lugar al cobro de la tasa por el uso del agua, sino frente al total de la inversión del proyecto, tal y como lo expresa el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, por

tratarse de dos gravámenes distintos. Además sostuvo que la finalidad de que dicha inversión se haga con base en el monto total del proyecto, obedece a la función social de la propiedad y a la protección y conservación de los recursos naturales. Cabe aclarar que esta inversión se hace por una sola vez, según lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 1900 de 2006.

Por su parte, el apelante se opuso a esta interpretación dada por la primera instancia al calificarla de incorrecta, al apreciar que no es cierto que la Corte Constitucional se refirió al tema de la inversión forzosa en el obiter dicta del fallo, como quiera que el análisis efectuado por la Corte sobre el 1%, incluyó el tema de la base del cálculo al afirmar que la inversión forzosa se debía calcular sobre las actividades que generaran tasa por uso del agua y no sobre la totalidad del proyecto como lo consignaron los actos acusados, ya que aceptar lo contrario transgrediría los principios de razonabilidad, progresividad y equidad, desconociendo lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1900 de 1996.

La Sala no comparte los anteriores argumentos de censura, por cuanto consultado el contenido del **artículo 3º del Decreto 1900 de 2006, señala que los costos que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la inversión forzosa del 1%, que corresponden a las inversiones realizadas en la etapa de construcción y montaje, se refieren es al proyecto pero no se relacionan con las actividades y obras que generaron tasa por uso del agua**, como lo quiere hacer ver el apelante.

El artículo 3º del Decreto 1900 de 2006, es del siguiente tenor literal:

“Artículo 3º. Liquidación de la inversión. La liquidación de la inversión del 1% de que trata el artículo 1º del presente decreto, se realizará con base en los siguientes costos:

- a) Adquisición de terrenos e inmuebles;
- b) Obras civiles;
- c) Adquisición y alquiler de maquinaria y equipo utilizado en las obras civiles;
- d) Constitución de servidumbres.

Parágrafo. Los costos a que se refieren los literales anteriores corresponden a las inversiones realizadas en la etapa de construcción y montaje, previa a la etapa de operación o producción. De igual forma, las obras y actividades incluidas en estos costos serán las realizadas dentro del área de influencia del proyecto objeto de la licencia ambiental.” (subrayas fuera de texto)

Por tanto, observa la Sala que argumentar el artículo transcrito, más que beneficiar la postura del apelante, lo contradice. Además que analizado el fallo de la Corte Constitucional, en lo que es enfático es en afirmar que el 1% del total de la inversión forzosa es una carga pero no una obligación tributaria, que resultaba razonable imponer dada la función social de la propiedad y el enfoque ecológico que le dio la Constitución Política de 1991.

Apoya la tesis de la primera instancia en el sentido de que el cálculo de la inversión forzosa del 1% fue analizado en el obiter dicta de la sentencia C-495 de 1996, el hecho de que la Corte Constitucional posteriormente mediante Sentencia C-220 del 29 de marzo de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, luego de descartar la figura de la cosa juzgada constitucional respecto del análisis de los cargos examinados contra el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 en la Sentencia C-495 de 1996, declaró exequible el parágrafo del artículo 43 **idem** frente a los cargos examinados en dicha providencia.

Respecto de la inexistencia de la cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-495 de 1996, la Sentencia C-220 de 2011 dijo lo siguiente:

“2.2.2.6. Como se puede observar en la anterior transcripción, la Corte solamente examinó la constitucionalidad de la creación de la inversión forzosa desde el punto de vista de los deberes ambientales de los ciudadanos y la función ecológica de la propiedad, y de su equidad dentro del sistema de cargas públicas –tributarias y no tributarias– previstas por el Legislador por la utilización del agua.

2.2.3. Inexistencia de cosa juzgada en el presente caso

La exposición de la ratio decidendi de la sentencia C-495 de 1996 que se llevó a cabo en sección anterior, muestra que en el presente caso no existe cosa juzgada constitucional, toda vez que en dicha providencia no se examinaron los cargos que ahora formula el actor contra el parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

2.2.3.1. En la demanda que dio lugar a la sentencia C-495 de 1996, el demandante formuló cargos principalmente contra los dos primeros

incisos del artículo 43, en los que el Legislador creó una tasa por utilización de aguas. El demandante alegaba que esta tasa desconoce el derecho al uso del agua y los principios constitucionales tributarios de capacidad contributiva, legalidad del tributo y equidad y progresividad del sistema tributario.

En relación con la inversión forzosa prevista en el parágrafo del artículo 43, el actor solamente extendió el cargo de violación de los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, bajo el argumento de que en conjunto los artículos 42, 43 y 46 de la Ley 99 imponen una carga tributaria desproporcionada a quienes usan los recursos hídricos.

2.2.3.2. La Corte declaró exequible la totalidad del artículo 43 sin condicionamientos; sin embargo, en el texto del fallo fácilmente se advierte que la Corte solamente examinó (i) si la inversión forzosa ahora acusada tiene fundamento constitucional y (ii) si contribuye o no a crear un régimen económico excesivo para las personas naturales o jurídicas que usan los recursos hídricos.

La Corte concluyó que esta inversión tiene un claro fundamento constitucional – el deber de todos de proteger el ambiente y la función ecológica de la sociedad- y que no contribuye a crear una carga económica excesiva.

2.2.3.3. En esta oportunidad, el actor formula los siguientes cargos: (i) violación de los principios de igualdad, proporcionalidad y equidad de las cargas públicas, por cuanto la inversión no se establece en forma directamente proporcional a la cantidad de agua que una persona o un proyecto emplea y conduce a un régimen económico confiscatorio; (ii) vulneración del principio de legalidad y reserva de ley en materia de creación de cargas públicas, ya que el parágrafo no prevé todos los elementos de la obligación, en particular, no define con precisión la tarifa aplicable y la base gravable; y (iii) desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que la medida adoptada en el parágrafo no es idónea para la protección del ambiente y restringe de manera excesiva los derechos a la libre empresa y a la propiedad privada de quienes emplean recursos hídricos en sus negocios.

2.2.3.4. En consecuencia, en la sentencia C- 495 de 1996, la Corte no analizó los cargos que ahora formula el demandante; por tanto, no existe cosa juzgada constitucional.” (subrayas del Despacho)

En punto al tema del análisis de constitucionalidad de la inversión del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, la Sentencia C-220 de 2011, señaló lo siguiente:

“2.8.1. Origen y contenido de la disposición demandada

2.8.1.1. Mediante el Decreto Ley 2811 de 1974 –Código de Recursos Naturales- se crearon varias cargas pecuniarias dirigidas a financiar la política ambiental y promover el uso racional del agua. En particular, en materia de agua, este cuerpo normativo introdujo en la legislación nacional las tasas retributivas, compensatorias y por uso de agua. Los artículos [18](#) y [19](#) del código, bajo el título de tasas retributivas de servicios ambientales, hacían referencia a las tasas retributivas y compensatorias dirigidas a quienes utilizan de manera directa o indirecta los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, y cuyo recaudo retribuía a las autoridades ambientales por el servicio de eliminación o control de las consecuencias de aquellas actividades nocivas. Por su parte, los artículos 158 y 159 introdujeron las tasas por utilización del agua, otro gravamen pecuniario exigible a quienes usaran el agua con fines lucrativos y cuya tarifa dependía del volumen de agua concedido y el volumen de material de arrastre otorgado en la respectiva concesión o permiso. El producto del recaudo de estos gravámenes, en los términos del código, debía destinarse a la protección y renovación de los recursos acuíferos.

2.8.1.2 La Ley 99 de 1993 modificó la regulación de estas tasas de la siguiente forma: (i) definió el sistema y método a partir del cual las autoridades ambientales deberían definir las tarifas; (ii) incluyó dentro de los hechos gravados no solamente las actividades lucrativas, sino todas las que involucran el uso del recurso y generan contaminación; y (iii) en relación con la tasa por uso de agua, eliminó los criterios de fijación de la tarifa de volumen de concesión y volumen de arrastre.

Adicionalmente, la Ley 99 introdujo una nueva carga por el uso del agua en el párrafo del artículo 43 que consiste en una inversión forzosa de al menos un 1% del valor de la inversión de los proyectos que utilizan agua, y cuyo destino es la realización por parte del inversionista de actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica de la que se toma el agua, bajo la supervisión de la autoridad ambiental.

2.8.1.3. La Ley 393 de 1997 "Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua", en su artículo 16 –modificado por el artículo 89 de la Ley 812 de 2003- precisó la destinación específica de los recursos proveniente del recaudo de los gravámenes previstos en el artículo 43 de la Ley 99, es decir, de las tasas por uso de agua y de la inversión forzosa de al menos el 1% del valor de la inversión. Según esta norma, tales recursos deben dedicarse a la protección y recuperación del recurso hídrico de conformidad con el respectivo plan de ordenamiento y manejo de la cuenca.

2.8.1.4. El párrafo del artículo 43 de la Ley 99 fue además reglamentado por el Decreto 1900 de 2006. De conformidad con este decreto, la carga prevista en el párrafo tiene las siguientes características:

(...)

2.8.2.2. Teniendo en cuenta estas características y como precisó esta Corporación en la sentencia C-495 de 1996, el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 prevé "(...) una carga social que [se] desprende de la función social de la propiedad" (negrilla fuera del texto) y no de una obligación tributaria "(...) porque no se establece una relación bilateral entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, pues, según el párrafo aludido, es la propia persona la [que] ejecuta las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica, bajo la orientación de la autoridad ambiental, a través de la licencia ambiental del proyecto."

En efecto, la obligación prevista en la disposición acusada no comparte las características de los tributos, tal como son entendidos por la Constitución en el artículo 338 y por la jurisprudencia constitucional. Los tributos son una modalidad de ingreso público, fruto del poder de imperio del Estado, creados por el Legislador en tanto cargas públicas, y destinados a atender los gastos que corresponden al Estado en ejercicio de sus funciones. Como ingresos públicos, se caracterizan por incrementar actual o potencialmente el patrimonio público.

Aunque en el caso de la obligación bajo examen la autoridad ambiental debe impartir instrucciones sobre el tipo de obras y actividades que debe desarrollar el obligado para la recuperación, preservación y

conservación de la cuenca hidrográfica, esta relación de supervisión, vigilancia y control no la convierte en sujeto activo de la obligación, pues las actividades que realiza el obligado no incrementan actual o potencialmente su patrimonio. Por esta razón, en la sentencia C-495 de 1996, la Corte afirmó que el parágrafo impugnado no prevé una relación bilateral y por ello no puede atribuírsele naturaleza tributaria. Se trata de una carga pública en la modalidad de inversión forzosa.

2.8.3. La carga pública demandada no desconoce los principios de reserva de ley y legalidad que rigen la creación y desarrollo de las cargas públicas.

2.8.3.1. El demandante sostiene que la disposición acusada vulnera los principios de reserva de ley y legalidad, ya que (i) no señala con precisión la tarifa aplicable y, en consecuencia, permite que las autoridades ambientales fijen a su libre albedrío tarifas superiores al 1% de la inversión; y (ii) no define el concepto de inversión empleado por la disposición y, por tanto, deja en manos de las autoridades administrativas la fijación la base de liquidación de la carga pública. A esto agregan algunos intervinientes que (iii) en el parágrafo censurado no precisa el periodo de la obligación, de modo no se sabe si la inversión sobre la que se liquida la carga pública es la que se realizará durante toda la vida del proyecto o durante su montaje; y (iv) la disposición tampoco prevé el sistema y el método al que debe sujetarse la Administración para precisar la tarifa.

2.8.3.2. Como se indicó en apartes previos, los elementos básicos de la carga acusada son definidos con precisión en el parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99. Allí se hallan delimitados lo obligados, la causa, es decir, la actividad que genera la obligación, el porcentaje mínimo aplicable para definir el valor de la inversión, la base económica a la que se aplica la tarifa, el destino de la obligación y la forma de cumplimiento.

2.8.3.3. El demandante cuestiona que la disposición establezca solamente el piso de la tarifa y no el techo, lo que en su sentir permite que las autoridades ambientales fijen tarifas muy superiores al 1% de la inversión sin justificación y con consecuencias casi confiscatorias.

La Sala recuerda que en materia de cargas públicas que no constituyen tributos no hay lugar a una aplicación tan rigurosa de los principio de reserva de ley y legalidad, de modo que es posible reservar un espacio de mayor discrecionalidad a la autoridad encargada de concretar la obligación.

En este sentido, la Corte ha señalado que en materias en las que no existe una reserva de ley estricta, el desarrollo de la potestad

reglamentaria por el Gobierno exige solamente a la ley haber configurado previamente "(...) una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno [pueda] ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, (...)" (negrilla fuera del texto), lo que significa que no es necesario que el Legislador defina en detalle todos los elementos de la regulación; lo contrario conllevaría la anulación de la función reglamentaria del Ejecutivo prevista en el artículo 189-10 superior. Al respecto, la Corte expresó lo siguiente en la sentencia C-690 de 2003:

"La existencia de ese principio de legalidad, no implica, sin embargo, que el legislador deba agotar la regulación de todas las materias hasta el detalle, puesto que, como lo ha señalado la Corte, cuando la regulación de determinada materia corresponda primariamente al Legislador, en virtud de la cláusula general de competencia, '... la ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, pues puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos.'".

Este argumento adquiere más fuerza en relación con asuntos tan técnicos como el que es materia de examen y que requieren un conocimiento muy especializado que solamente está en cabeza de las autoridades ambientales.

Adicionalmente, no puede afirmarse que la autoridad ambiental goce de discrecionalidad absoluta para fijar tarifas superiores a la prevista en el párrafo censurado. Como se explicó en apartes previos, el uso de instrumentos económicos como el que es objeto de estudio se rige por los principios constitucionales y, en particular, por el principio "el que contamina paga". Según este principio, los responsables de la contaminación actual o potencial deben asumir los costos de la prevención o mitigación de tal contaminación. En consecuencia, las tarifas superiores que fijen las autoridades ambientales deben sujetarse a este criterio, es decir, deben basarse en el costo ambiental del respectivo proyecto. Si el reglamento que desarrolla esta carga pública no se ajusta a este principio, es un asunto que deberá ser examinado por la jurisdicción contencioso administrativa.

2.8.3.4. El cargo del demandante de falta de precisión de la tarifa va de la mano con el formulado por uno de los intervinientes en el sentido de que el Legislador debía fijar el sistema y método al que debe sujetarse la Administración para reglamentar la tarifa de la carga. Al respecto, la Sala precisa que esta obligación legislativa fue contemplada por el constituyente exclusivamente en materia de tasas y contribuciones especiales como modalidades de tributos, como se pasa a analizar:

(...)

El Constituyente no estableció como requisitos de las leyes que crean cargas públicas que no son tributos, la definición del sistema y el método para el cálculo de la tarifa aplicable. Esta exigencia del principio de legalidad es exclusiva del ámbito tributario y fue incluido por el constituyente exclusivamente para las tasas y contribuciones como clases de tributos. En consecuencia, no es aplicable a la carga pública bajo estudio.

2.8.3.5. De otro lado, para la Sala tampoco es cierto que el párrafo acusado sea inconstitucional por no definir el término inversión. Como ha señalado la Corte, por ejemplo, en ámbitos de aplicación estricta de los principios de reserva de ley y legalidad como el tributario, es perfectamente posible que para la definición de los elementos de una obligación, el Legislador acuda a conceptos técnicos propios de otras disciplinas como la economía, especialmente en asuntos de amplia complejidad técnica. Sobre este punto, la Corte expresó lo que sigue en la sentencia C-690 de 2003:

"Finalmente, en materia de remisiones a la administración o al reglamento, es posible concluir que el rigor del principio de legalidad se aplica a la determinación política de los elementos del tributo, y que de tal rigor escapan ciertas variables técnicas o económicas cuya concreción no es posible realizar en la misma ley.

(...)

Adicionalmente la Corte también ha dicho que es posible que la remisión recaiga sobre conceptos que no obstante no tener un carácter unívoco en la ciencia económica sean determinables, a partir de ciertos parámetros. Tal ese el caso por ejemplo, del concepto de insuficiencia de oferta."

Si el empleo de conceptos técnicos determinables provenientes de otras disciplinas es permitido en materia tributaria, es decir, un ámbito de reserva de ley estricta, con mayor razón debe admitirse su uso en asuntos en los que la aplicación de aquel principio es menos estricto, como el que es objeto de análisis. En este caso, el concepto de inversión es determinable a partir de conocimientos especializados de ciencias administrativas y económicas y, en todo caso, es susceptible de una mayor delimitación por parte del reglamento.

(...)

2.8.4. La obligación acusada no conlleva una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales de los obligados

2.8.4.1. **El actor considera que la ambigüedad de la disposición en relación con los elementos de la carga y el uso del concepto de inversión –y no la cantidad de agua tomada- como base de liquidación de la carga, conducen a consecuencias injustas y confiscatorias.** Agrega que la carga es desproporcionada, por cuanto (i) no es una medida idónea para lograr la protección del ambiente; y (ii) conduce a una restricción desproporcionada de los derechos a la igualdad, a la libre empresa y a la propiedad de los empresarios que, por otro lado, no conduce a una protección adecuada del ambiente y los recursos hídricos.

Para analizar estos cargos, es necesario examinar la razonabilidad de la medida prevista en el párrafo censurado mediante la aplicación de un juicio de proporcionalidad.

(...)

2.8.4.3. **En el presente caso, la carga pública prevista en el párrafo acusado supera todos los niveles de escrutinio del juicio de proporcionalidad.**

En primer término, la medida persigue finalidades no sólo legítimas sino imperiosas a la luz de la Constitución. Como se explicó en apartes previos, la inversión forzosa bajo escrutinio busca la recuperación, preservación y conservación de las cuencas hídricas del país y, por tanto, del agua como recurso limitado y fundamental para la supervivencia humana.

En segundo término, la medida es idónea para alcanzar el fin perseguido. Ciertamente, la realización de obras u otras actividades como, por ejemplo, campañas pedagógicas o labores de reforestación, contribuyen efectivamente a preservar la cuenca de la que no sólo el obligado, sino la comunidad en general y las generaciones futuras obtendrán el agua. La efectividad de los medios previstos en la ley es además potenciada con la vigilancia que debe ejercer la autoridad ambiental y la existencia de un plan de manejo de la cuenca al que debe sujetarse el obligado.

Adicionalmente, en tanto la carga bajo escrutinio incrementa los costos de desarrollar proyectos que involucren el uso de agua tomada de fuentes naturales, desincentiva aquellos proyectos cuya utilidad no sea superior al costo de realización, incluidos los costos ambientales. De esta manera, la medida promueve un uso eficiente de los recursos hídricos. De otro lado, en tanto tarifas superiores al 1% de la inversión solamente pueden ser fijadas por la autoridad ambiental con fundamento en los costos ambientales del respectivo proyecto, la medida promueve la inversión privada en tecnologías amigables con el ambiente.

En tercer término, la medida es proporcionada en estricto sentido, pues no implica una limitación desproporcionada de los derechos de los

obligados y, de otro lado, permite alcanzar grandes beneficios en materia ambiental para toda la comunidad y las generaciones futuras.

Al respecto, es necesario precisar, como se hizo en la sentencia C-495 de 1996, que no existe evidencia –y el demandante no la aportó en esta oportunidad- de que la inversión forzosa acusada, en conjunto con los demás instrumentos económicos previstos por el Legislador como parte de la política de administración de los recursos hídricos, den lugar a un sistema de cargas inequitativo o confiscatorio.

Adicionalmente, tampoco existe evidencia de que la base elegida por el Legislador para aplicar la tarifa y calcular el monto de la obligación –el valor de la inversión del proyecto que usa el agua– sea irrazonable. Por el contrario, el criterio seleccionado tiene sentido en el contexto del funcionamiento de los proyectos que emplean agua. En efecto, muchos proyectos, pese a que usan poca cantidad de agua, generan altos impactos ambientales que deben ser soportados por otros miembros de la comunidad y las generaciones futuras. Por ejemplo, los proyectos de explotación de hidrocarburos emplean menos cantidad de agua que proyectos como un acueducto, pero generan altos impactos ambientales que en muchas ocasiones es difícil calcular. Por esta razón es razonable que el Legislador acuda al valor de la inversión para establecer el monto de la obligación.

Finalmente, el criterio utilizado por el Legislador garantiza que quienes más recursos tienen, contribuyan en mayor medida a la conservación del ambiente. De esta forma se da cumplimiento al principio de progresividad que rige la distribución de cargas públicas y se contribuye a la redistribución de la riqueza.” (negritas y subrayas del Despacho)

Luego de leídas con atención las anteriores consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en **la Sentencia C-220 de 2011**, la Sala encuentra que el examen de constitucionalidad realizado al parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, **dejó de presente que esta norma contempla el régimen de cálculo de la obligación del 1% de la inversión forzosa con fundamento en el proyecto a desarrollar y no por el volumen del agua que utilice, como lo reclama la apelación.**

En todo es caso es preciso destacar que según el anterior precedente jurisprudencial, el término “inversión” al que alude el parágrafo del artículo 43

de la Ley 99 de 1993, puede ser definido recurriendo a conceptos técnicos de otras disciplinas como la economía, por tratarse de un asunto eminentemente de esta naturaleza y guardar una complejidad técnica.

Precisamente es con fundamento en esta óptica que esta Sección en el fallo que se analizará en seguida, no observó reparo de ilegalidad al examinar varias disposiciones del Decreto 1900 de 2006, por encontrar que el Ejecutivo al expedir esta regulación no excedió el marco de la Ley 99 de 1993, pues lo hizo en ejercicio del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política. De allí que los costos de la liquidación de la inversión forzosa del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, hayan sido consignados en el artículo 3º del Decreto 1900 de 2006.

6.5. Antecedentes jurisprudenciales por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa

Por su parte, los artículos 1º parcial, 2º y 3º en su integridad del Decreto 1900 de 2006 *“Por medio del cual se reglamenta el Parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993”*, fue objeto de demanda de simple nulidad ante esta Corporación judicial, cuyo examen de legalidad fue analizado por esta Sección mediante Sentencia del 30 de agosto de 2012 radicado 11001-03-24-000-2006-00398-00 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, fallo que siguió la misma línea jurisprudencial trazada en la sentencia C-220 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

Resultan de suma ilustración los siguientes apartes de la providencia citada:

“Por resultar pertinente se trae a colación la sentencia C-220 de 2011¹², que se refirió al parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y a la obligación de destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica.

En esa oportunidad la Corte señaló como elementos básicos de la citada obligación: (i) El obligado que es el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria; (ii) La causa de la carga es el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales; (iii) El monto de la obligación es “no menos del 1% del total de la inversión”; (iv) La base a la que se aplica ese porcentaje es el valor de la inversión; (v) La forma de cumplimiento es la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, de conformidad con el plan de manejo de la cuenca y las instrucciones de la autoridad ambiental respectiva.

(...)

De la lectura del parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 y de la jurisprudencia transcrita se deduce claramente que en el mismo se impone una carga social que se desprende de la función social de la propiedad, en cuyo cumplimiento cumple un papel importante la autoridad ambiental, que es la llamada a definir en la respectiva licencia las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, que debe realizar el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, destinando para ello no menos del 1% del valor total de la inversión.

A lo anterior hay que añadir, que habiéndose expresado en el parágrafo del artículo 43 citado una regulación básica el Gobierno quedaba facultado para ejercer la potestad reglamentaria, consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el “propósito

¹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

de posibilitar la cumplida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos puntuales que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución”¹³.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la expresión "...y que esté sujeto a la obtención de licencia ambiental" contenida en el artículo primero del decreto 1900 de 2006, no introduce la licencia ambiental como elemento restrictivo de la norma reglamentada, pues es el mismo párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 el que incluye la licencia ambiental como un aspecto importante del cumplimiento de la carga pública allí impuesta, en tanto es la autoridad ambiental en la respectiva licencia la que define a que ha de destinarse el 1% de la inversión con miras a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, como bien lo señala el Ministerio Público.

Por su parte el artículo 2 acusado determina las condiciones que debe cumplir un proyecto para que deba realizar la inversión del 1% , las cuales repiten las fijadas en el párrafo del artículo 43 en cuanto a que: (i) el agua sea tomada directamente de una fuente natural, precisando que esta puede ser superficial o subterránea; (ii) el proyecto requiera licencia ambiental; (iii) el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria; (iv) el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, detallando aquí que se entiende por ésta la que comprende actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación.

Igualmente los párrafos del artículo 2 se encuentran dentro de los límites fijados por la norma reglamentada, pues prevén que la inversión debe hacerse por una sola vez y que no aplica para aquellos proyectos

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lamont Pianeta. Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00242-01. Actor: Orlando Parada Díaz.

que tomen el agua directamente de la red domiciliaria de acueducto operada por un prestador del servicio, todo lo cual se encuentra en armonía con el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 que no exige que la inversión se haga por más de una vez y que precisa que el proyecto sujeto a la carga social de la inversión debe tomar el agua de una fuente natural.

A su turno el artículo 3 del Decreto 1900 de 2006, define los costos que han de servir de base para la liquidación del monto de la inversión del 1%, que se entiende corresponden a las inversiones realizadas en la etapa de construcción y montaje, previa a la etapa de operación o producción y se refieren a las obras y actividades realizadas dentro del área de influencia del proyecto objeto de la licencia ambiental.

Tal disposición no contraviene el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, pues al establecerse la carga social de destinar no menos de un 1% del total de la inversión a todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, era necesario reglamentar el procedimiento para que la liquidación de ese porcentaje se realice con un criterio uniforme, por lo cual no puede predicarse la existencia de ningún vicio de exceso en la potestad reglamentaria, ni la presencia de contradicción alguna que pueda dar lugar a la anulación de este artículo.

Así pues, las disposiciones acusadas, no contravienen los mandatos del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, sino que permiten su cumplida ejecución, por lo cual la sala denegará las pretensiones de la demanda.” (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el análisis efectuado en el fallo transcrito, queda claro que los artículos demandados del Decreto 1900 de 2006, coinciden en afirmar que la inversión forzosa a que alude el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se refiere al 1% del total de la inversión del proyecto, como quedó consignado en la Resolución 1587 de 2008 y en el parágrafo del artículo 1º de la Resolución 0622 de 2009 objetos de demanda y, no se puede calcular dependiendo de la tasa por el uso del

agua, como lo reclama la actora al afirmar insistentemente que la obligación del 1% debe tener relación proporcional con el uso del recurso hídrico. En suma no se puede atar el cobro de la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 a la tasa del uso del agua de los dos primeros incisos de esta misma disposición legal.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que el fundamento legal para la afirmación anterior, se encuentra en el párrafo 2° del artículo 4° del Decreto 1900 de 2006¹⁴, según el cual, el valor de la inversión del 1%, se calculará con base en el presupuesto inicial del proyecto, nunca dice que con fundamento en proporción del uso del agua.

Por su parte, mediante Sentencia del 17 de octubre de 2013 radicado 25000-23-24-000-2009-00217-01 M.P. María Elizabeth García González, se pronunció la Sala respecto de las diferencias entre tasa y gravamen compensatorio, en los siguientes términos:

“Como tributo natural que es, la tasa debe reunir los elementos propios de la obligación tributaria, es decir, debe contener unos sujetos activo y pasivo, un hecho generador, una base gravable y una tarifa.

¹⁴ **Artículo 4°.** *Aprobación de la inversión.* El solicitante de la licencia ambiental presentará simultáneamente ante la autoridad ambiental competente, el Estudio de Impacto Ambiental y el programa de inversiones correspondiente a la inversión del 1%. Este último deberá contener como mínimo la delimitación del área donde se ejecutará, el valor en pesos constantes del año en el que se presente, las actividades a desarrollar y el cronograma de ejecución respectivo.

(...)

Parágrafo 2°. Con el fin de ajustar el valor de la inversión del 1%, calculada con base en el presupuesto inicial del proyecto, el titular de la licencia ambiental deberá presentar ante la autoridad ambiental competente, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en operación del proyecto, la liquidación de las inversiones efectivamente realizadas, las cuales deberán estar certificadas por el respectivo contador público o revisor fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del presente Decreto.

En relación con el caso concreto, el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 establece en su primer inciso que: “La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, **dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional** que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas. [...]” (Destaca la Sala fuera de texto).

Como puede verse, los tributos, denominados tasas en este evento, son generados por la utilización del agua, bien por personas naturales, ora por personas jurídicas, que son calculados por el Gobierno Nacional y destinados al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos.

Asunto muy diferente, es la carga obligacional, que no tributaria, contenida en el parágrafo del artículo tantas veces citado, que se encarga de establecer la obligación del propietario del proyecto de invertir, al menos, el uno por ciento (1%) del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica.

En el evento de las tasas (Inciso Primero del artículo 43 *ibídem*), existe una característica o don de generalidad, es decir, se le cobra a toda aquella persona, natural o jurídica, que se ubique como sujeto pasivo de la obligación tributaria y acometa el hecho generador de la misma. Por el contrario, el gravamen del uno por ciento -1%-(parágrafo del artículo 43 *ejúsdem*) se caracteriza por su especificidad, es decir, se le debe imputar sólo a la persona que ejecuta determinado proyecto con licencia ambiental que se vale para la ejecución del mismo de la toma del recurso hídrico.

Considera la Sala que no por el hecho de consagrarse ambas figuras en el texto del mismo artículo, se debe concluir que ellas se refieren a la misma figura impositiva. Nada más alejado de la realidad.

Tan diferentes son, que la primera se encuentra reglamentada a través del Decreto 155 de 2004, en tanto que la segunda, esto es, el gravamen del uno por ciento (1%) se reguló a través del Decreto 1900 de 2006, modificado por el artículo 216 de la Ley 1450 de 2011; regulaciones diferentes para figuras igualmente diferenciadas una de otra.”
(subrayas fuera del texto)

De suma ilustración resulta este precedente jurisprudencial, en la medida en que con fundamento en él, se afianza la postura en el sentido de que la inversión obligatoria del 1% se calcula con base en la inversión del proyecto y no depende de la tasa por el uso del agua, a pesar de que tengan en común el uso del recurso hídrico, por tratarse de cargas distintas, reguladas por decretos distintos y cuyo cálculo de liquidación opera diferente. Recuérdese además que el primer inciso del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 fue reglamentado por un decreto distinto al Decreto 1900 de 2006, como lo es el Decreto 155 de 2004.

Por tanto, con fundamento en la declaratoria de constitucionalidad y de legalidad tanto del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, como del Decreto 1900 de 2006 reglamentario de la ley ambiental, en el sentido de que no riñen con las disposiciones constitucionales ni legales, la Sala no encuentra vicio de ilegalidad en la inversión obligatoria que a través de los actos acusados, le impuso la administración a la empresa actora.

Lo anterior teniendo de presente que se trata de dos obligaciones distintas las consignadas en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, pues en la primera parte del artículo se encuentra la tasa por uso del agua y en el párrafo, la obligación de destinar el 1% del total de la inversión del proyecto, para

mitigar los daños que se hubieran podido generar con ocasión del uso de la fuente hídrica.

6.6. Análisis del caso concreto

En el caso en estudio, en la Resolución 0128 de 1994 que otorgó licencia ambiental a la actora para el proyecto de perforación de dos pozos exploratorios en el municipio de Yopal, no se dio cumplimiento a la obligación del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, motivo por el que se modificó la Resolución 128 de 1994 en el sentido de adicionarla, para lo cual se introdujo un párrafo alusivo a la citada obligación.

Si bien es cierto, en esta adición se dice que la empresa actora deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) **del valor del proyecto**, en actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica Aguazula o Bocachico y/o Río Charte, de acuerdo con el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, el Decreto 1900 de 2006 y los antecedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación **aluden a que se trata del 1% del valor de la inversión del proyecto.**

De esta manera pierde piso uno de los argumentos de la apelación según el cual, la entidad demandada desconoció y mal interpretó el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 desconociendo el porcentaje del 1% calculado sobre la inversión que generó la tasa por la utilización de aguas para la recuperación

de la cuenca hidrográfica y no sobre todo el valor del proyecto, en las cuales invirtió incluso más del 1%.

Tan cierto es lo anterior, que mediante Resolución 0622 del 31 de marzo de 2009 al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1587 de 2008, se modificó el artículo 1º de este acto, introduciéndole un párrafo en el que dijo:

“Dentro del Plan de Inversión del 1% requerido, serán evaluados los documentos presentados, contentivos de aquellas actividades que hayan sido realizadas antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, y/o se estén ejecutando, que cumplan con los objetivos de la inversión del 1%, siempre y cuando no correspondan a las obligaciones establecidas en el Plan de Manejo Ambiental, ni en la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto, mediante la Resolución 128 del 3 de junio de 1994”. (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el aparte subrayado del acto administrativo transcrito, pierde credibilidad la afirmación de la apelación según la cual, el a quo se equivocó al afirmar que el Ministerio del Medio Ambiente de la época en los actos acusados no desconoció las inversiones y actividades que había ejecutado la BP, con ocasión del desarrollo del proyecto para el cual le fue otorgada la licencia ambiental sino que lo que estaba haciendo, era imponiendo la obligación de la inversión forzosa del 1%, pues precisamente el párrafo del artículo 1º de la Resolución 0622 de 2009 fue enfático en tener en cuenta esta situación al establecer que serían evaluados los documentos presentados, *contentivos de aquellas actividades que se hubieran realizado antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006 o se estuvieran ejecutando.*

Reafirma la anterior tesis, las recomendaciones a las que llegó el concepto técnico N° 1266 del 24 de julio de 2008¹⁵, que sirvió de fundamento para la expedición de la Resolución 1587 del 12 de septiembre de 2008 objeto de demanda, mediante el cual se hizo seguimiento ambiental con visita en febrero de 2008 al proyecto Pozo Exploratorio Volcanera C, elaborado por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio demandado, que concluyó como resultado del seguimiento al proyecto lo siguiente:

“6.3. Recomendar al grupo jurídico de la DLPTA modificar la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 128 de 1994, en el sentido de incluir la obligación de invertir no menos del uno por ciento en actividades de recuperación, conservación y vigilancia de la cuenca Aguazula o Bocachico y/o Río Charte. La empresa deberá presentar un plan de inversión para aprobación previamente concertado con CORPORINOQUIA.

6.4. La empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LTD deberá remitir una liquidación de la inversión del 1% para el proyecto VOLCANERA C con Licencia Ambiental Resolución 128 de 1994, de conformidad con el Artículo tercero del Decreto 1900 de 2006, incluyendo en esta base la liquidación los costos relacionados con la perforación del pozo, dicho valor debe ser informado a este Ministerio acompañado de certificado emitido por contador público o revisor fiscal. Plazo seis meses.

6.5. Referente a la información remitida por la empresa BPXC mediante comunicación de octubre de 2006, como inversión del 1% realizada en el proyecto Volcanera C, y consideradas como actividades opcionales de inversión del 1% en el presente Concepto Técnico, para ser aceptadas como parte del plan de inversión del 1%, la empresa BPXC deberá remitir la siguiente información:

-Identificar en cada una de las actividades o proyectos, los objetivos, metas alcanzadas, población objeto de desarrollo del programa; lugar

¹⁵ visible a folios 61-82 del cuaderno principal

de ejecución, especificaciones técnicas, costos por actividad ejecutada y las fechas de ejecución y soportes fotográficos y cartográficos en caso de ser necesario. Plazo tres meses.

-Para proyectos de reforestación con cargo a la inversión del 1%, deberá remitir un informe de ubicación de las plantaciones, número de hectáreas reforestadas, especies, cantidades, nombre de predios, cuencas protegidas y georeferenciación de las plantaciones. Toda la información deberá ser soportada con actas, certificaciones y registros fotográficos que demuestren su ejecución. Plazo tres meses.”

Del mismo modo pierde solidez la afirmación del apelante según la cual, la entidad demandada desconoció que las inversiones que venía haciendo la BP eran aplicables al 1% correspondiente a la obligación forzosa del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 que evidenciaron la diligencia ambiental de la actora, al entender que se encuentran dentro de las inversiones propias del Plan de Manejo Ambiental, por cuanto se trata de instrumentos de protección ambientales distintos.

Tampoco se puede acoger la tesis de la apelación según la cual el Ministerio debió en los actos acusados, aclarar cuáles actividades eran aceptadas como cumplimiento de la inversión del 1% y cuál era por tanto el saldo que en caso dado quedaba pendiente por cubrir, pues precisamente con los apartes transcritos del concepto técnico se observa que era éste precisamente el cometido que tenía la entidad, sólo que la demandada no realizó las recomendaciones que se le hicieron sino que decidió incoar la acción contenciosa, previo agotamiento de la vía gubernativa.

Sobre este aspecto resulta oportuno transcribir las observaciones efectuadas en el concepto técnico 1266 del 24 de julio de 2008, al afirmar que la

demandante no cumplió la inversión del 1% ni las compensaciones forestales. Esto afirmó el concepto:

“En la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 128 de 1994, no se expresa la obligación o imposición de la inversión del 1%, por lo cual la empresa deberá acogerse al Decreto 1900 de 2006, teniendo en cuenta que la empresa no ha presentado un PLAN DE INVERSIONES del 1% de conformidad con el citado decreto, en consecuencia deberá realizar el plan de inversiones del 1% en la cuenca Aguazula o Bocachico y/o Charte, cuencas de las cuales se ha realizado la captación de aguas para el proyecto.

Mediante oficio 4120-E1-103992 de 30 de octubre de 2006, la empresa BP remite cuadros consolidados de la inversión ambiental del 1% realizada en la etapa de construcción para el pozo Volcanera C. A continuación se transcriben las tablas de inversión del 1% remitida por la empresa BPXC.

TABLA 1. Inversiones realizadas en la construcción del pozo Volcanera C.

ITEM	VALOR USD \$
Geotecnia	5.837,25
Educación Ambiental	2.098,43
Monitoreo de Agua	37.878,43
Interventoría	52.323,38
Obras civiles	23.047,93
Manejo de Residuos Sólidos	6.938,87

Reforestación	40.566,52
Revegetalización	22.032,39
Tratamiento ARI	5.501,51
Tratamiento lodos y fluidos de perforación	451.542,40
TOTAL	USD \$647.770,96

Como se aprecia en la información remitida por la BP, solo se da una relación de costos en moneda extranjera de cada actividad del proyecto.

La empresa BPXC también anexa el siguiente cuadro resumen de inversiones realizadas en la fuente de agua Quebrada Aguazula:

TABLA 2 Valor inversión 1% en beneficio de la Cuenca Quebrada Aguazula

ITEM	USD \$
Convenio N° 046-96	9.357,57
Convenio N°048-96	14.030,36
Convenio N°070-96	8.237,38
Convenio N°009-97	1.420,63
Convenio N°043-96	5.914,42
Convenio N°006-2005	1.075,07

Conservación de áreas (predios determinados)	1.411,63
TOTAL	USD \$41.443,06

Al analizar la información remitida por la BPXC, mediante oficio 4120-E1-103992 de 30 de octubre de 2006, se encuentran las siguientes consideraciones:

1. De todas las actividades relacionadas en el oficio 4120-E1-103992 del 30 de octubre de 2006, como ejecutadas dentro de la inversión del 1% para el proyecto VOLCANERA C, únicamente se consideran VIABLES COMO INVERSION del 1%, las siguientes:

- a. Obras de geotecnia (siempre y cuando no hagan parte de actividades enmarcadas dentro del PMA o licencia ambiental).
- b. Programas de Educación Ambiental.
- c. Programa de revegetalización (excepto los rubros destinados a la vigilancia, compra de los predios de la locación y lo realizado dentro de la locación o estabilización de vías).
- d. Programa de reforestación (siempre y cuando no hagan parte de actividades enmarcadas dentro del PMA o licencia ambiental).
- e. Programa de conservación de predios.

Con relación a las actividades anteriormente indicadas como opcionales para ser aceptadas como parte del plan de inversión del 1%, es necesario que la empresa indique para cada una los objetivos, metas alcanzadas, población objeto de desarrollo del programa; lugar de ejecución, especificaciones técnicas, costos por actividad ejecutada y las fechas de ejecución y soportes fotográficos y cartográficos en caso de ser necesario. Para proyectos de reforestación con cargo a la inversión del 1%, deberá remitir un informe de ubicación de las

plantaciones, número de hectáreas reforestadas, especies, cantidades, nombre de predios, cuencas protegidas y georeferenciación de las plantaciones. Toda la información deberá ser soportada con actas, certificaciones y registros fotográficos que demuestren su ejecución.

2. Las restantes actividades como obras civiles, interventoría, monitoreo de agua, tratamiento de residuos sólidos, tratamiento de aguas residuales, tratamiento de lodos, etc, son obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que fueron identificados en el Estudio de Impacto Ambiental y para los cuales la empresa propuso medidas de manejo en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado, por lo que no se pueden considerar como actividades del Programa de Inversión 1%, de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 5 del Decreto 1900 de 2006.

3. De otra parte, en la información remitida en el cuadro de inversiones del 1% en la quebrada Aguazula, se relacionan únicamente una serie de convenios sin discriminar el objeto de los mismos y las actividades que se realizaron bajo estos convenios, tampoco se presentan especificaciones técnicas, ni el lugar de ejecución de las actividades a nivel de cuenca hidrográfica en la que se hizo la inversión, tampoco se mencionan los productos obtenidos. Adicionalmente, se remite una información en moneda extranjera, lo cual no permite su evaluación. Por lo anterior, la empresa deberá remitir información adicional y aclaratoria de los convenios relacionados en la comunicación identificando a cada convenio ejecutado los objetivos, metas alcanzadas, población objeto de desarrollo del programa; lugar de ejecución, especificaciones técnicas, costos por actividad ejecutada y las fechas de ejecución y soportes fotográficos y cartográficos en caso de ser necesario.

Teniendo en cuenta el valor de la inversión del 1% que la empresa informa en la comunicación de octubre de 2006, es necesario que se liquide nuevamente dicho valor para el proyecto VOLCANERA C con licencia ambiental Resolución 128 de 1994, de conformidad con el artículo tercero del Decreto 1900 de 2006, incluyendo en esta base de liquidación los costos relacionados con la perforación del pozo, dicho

valor debe ser informado a este Ministerio acompañado de certificado emitido por contador público o revisor fiscal.

Una vez la empresa remita la información completa y detallada de los proyectos ejecutados se podrá dar aprobación de la ejecución de la inversión del 1%.”

De acuerdo con los anteriores apartes transcritos del concepto técnico 1266 que sirvió de fundamento para la expedición de la Resolución 1587 de 2008, la Sala encuentra desacertadas las críticas del apelante al observar que le dio un sentido equivocado a este documento, al afirmar que el Ministerio no aceptó las inversiones que pretende sean reconocidas como inversión del 1%, con fundamento en las siguientes razones:

-No es cierto que el Ministerio demandado, hubiera desconocido las inversiones, obras y actividades que la BP venía ejecutando en desarrollo del proyecto para el cual le fue otorgada la licencia ambiental en la Resolución 128 de 1994, así lo acreditan los apartes transcritos del concepto técnico, en el que en el numeral 1 de forma expresa le respondió a la demandante que de todas las actividades relacionadas en la comunicación que remitió a la entidad con las que pretendía fueran aceptadas y reconocidas como parte del plan de inversión del 1%, únicamente se consideraban viables como inversión del 1%, las cinco enlistadas en los literales a) al e). Por tanto, repárese que si fueron entonces reconocidas algunas actividades como parte de la obligación forzosa del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

En este numeral se le advirtió a la actora que en relación con estas actividades que podrían ser consideradas como parte de la inversión del 1%, la empresa debía cumplir una serie de recomendaciones, las cuales según el material probatorio allegado al expediente no se observa que hubieran sido acatadas por la demandante, es decir, no obra documento que controvierta o de cumplimiento a las directrices fijadas en el concepto técnico que hubiera sido aportado a la entidad demandada entre los meses de julio, agosto y septiembre de 2008, es decir, entre el 24 de julio de 2008 cuando se realizó el concepto técnico 1266 y el 12 de septiembre de 2008 cuando se expidió la Resolución 01587 objeto de nulidad.

-De forma expresa en el numeral 2 de este acápite del concepto 1266, la entidad demandada le respondió a la actora que las restantes actividades que no se consideraban aceptadas como inversión del 1%, era porque se trataba de obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que fueron identificados en el Estudio de Impacto Ambiental y para las cuales la empresa propuso medidas de manejo en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado.

Esta consideración, lejos de contrariar el ordenamiento legal lo que hace es dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 5 del Decreto 1900 de 2006 que dice: *“Las obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado, no harán parte del Programa de Inversión del 1% de que trata este decreto.”*

-De acuerdo con el anterior precepto normativo, no es posible equiparar las obras e inversiones que forman parte del Plan de Manejo Ambiental con las del Programa de Inversión del 1% del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, como lo ha reclamado la demandante.

-En el párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009 objeto de nulidad, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales desarrolló el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 1900 de 2000, al señalar que dentro del plan de inversión del 1% al que alude el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, *serían evaluados los documentos presentados contentivos de las actividades que se hubieran realizado o se estuvieran ejecutando antes y con ocasión de la expedición del Decreto 1900 de 2006, siempre y cuando cumplieran con los objetivos de la inversión del 1% y NO CORRESPONDIERAN A LAS OBLIGACIONES DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL NI EN LA LICENCIA AMBIENTAL OTORGADA MEDIANTE RESOLUCION 128 DE 1994.*

Por tanto, pierde piso el argumento de la apelación según el cual, la entidad demandada debía asumir la inversión del 1% de las actividades que hacían parte del Plan de Manejo Ambiental, por cuanto se trata de dos instrumentos jurídicos diferentes de protección al medio ambiente y al recurso hídrico en particular. Bien es sabido que mientras las obligaciones contenidas en el PMA, están orientadas a prevenir y mitigar el impacto al medio ambiente con ocasión del desarrollo de un proyecto amparado con una licencia ambiental,

la obligación forzosa del 1% del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se impone en palabras de la Corte Constitucional, como una “carga social” según la función social y ecológica que cumple la propiedad, tendiente a la protección de las cuencas hídricas que sirvieron de fuente para el proyecto, obligación distinta desde todo punto de vista de las del Plan de Manejo Ambiental.

Al respecto la Sala comparte las argumentaciones esgrimidas por la entidad demandada, en la Resolución 1184 del 19 de junio de 2009 *“Por la cual se declara improcedente un recurso de reposición”* objeto de nulidad, interpuesto por la BP contra el párrafo del artículo 1º de la Resolución 0622 del 31 de marzo de 2009, en la cual se dejó expuesto lo siguiente:

“Reitera el Despacho que bajo el anterior entendido ha venido actuando el Ministerio y, así mismo la Empresa, cuando dentro de su gestión ambiental, algunas de las actividades realizadas se enmarcan dentro de los objetivos del 1%. Igualmente, el Ministerio a través de los diferentes actos administrativos ha entrado a modificar las licencias ambientales en las cuales no se estableció la inversión forzosa del 1%, con el fin de dar cumplimiento al mandato legal establecido en el mismo párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y de esta forma llenar dicho vacío, a efectos de contar con el instrumento administrativo ambiental idóneo que permita tanto al titular de la licencia como a la autoridad ambiental, dar cumplimiento dentro de la mayor claridad y transparencia.

(...)

Aduce la empresa que la Resolución 0622 del 31 de marzo de 2009 no está teniendo en cuenta las inversiones del 1% que han sido efectuadas en beneficio de la quebrada Aguazula, Bocachico y la cuenca del río Charte. Igualmente manifiesta que ‘parecería que el Ministerio al

modificar la licencia ambiental desconociera las últimas inversiones de BP y pretendiera que se hiciera un nuevo Plan de Inversión del 1% como si no se hubiera efectuado inversión alguna con cargo a la obligación del 1% para el proyecto Volcanera C. Resulta necesario que ante la nueva redacción del Ministerio (y como lo ha venido haciendo en otros casos) determine cuáles de las inversiones con cargo al 1% realizadas con anterioridad al Decreto 1900 de 2006 y a la imposición de la resolución recurrida, debidamente concertadas con CORPORINOQUIA, resultan aceptadas por el Ministerio y de llegar a existir saldo de la obligación, cuáles serían las actividades que podrían continuar ejecutándose en la cuenca. De no ser así se estarían desconociendo los esfuerzos e inversiones con cargo al 1% de BP sin fundamento alguno y contrariando la posición misma del Ministerio en este asunto.'

Sobre estos argumentos el Despacho reitera que de ninguna manera se pretende desconocer las actividades que ha desarrollado la Empresa dentro de los llamados objetivos de inversión del 1%, y en este sentido estimó necesario modificar la resolución recurrida para incluir un párrafo en el cual se indique que dentro del plan de inversión del 1% requerido, serán evaluados los documentos presentados que correspondan a dicho objetivo, para poderse determinar como tales.

Así las cosas, el Plan de Inversión requerido por el Ministerio deberá reflejar las actividades realizadas por la Empresa, las que esté ejecutando, entendidas éstas dentro de los objetivos del 1% para la evaluación y correspondiente pronunciamiento.

Reiterados los anteriores criterios, los cuales considera el Despacho suficientes para dilucidar la confusión que tiene la Empresa sobre la aplicación de la inversión del 1% y la ejecución de las demás medidas ambientales derivadas del Plan de Manejo Ambiental y correspondiente Licencia Ambiental otorgada mediante la Resolución 128 del 3 de junio de 1994, el Ministerio espera la oportuna respuesta de la titular de la Licencia Ambiental en beneficio de los recursos naturales renovables y el medio ambiente, los cuales corresponden a los bienes jurídicos tutelados del Estado.” (subrayas del Despacho)

-Como si las anteriores consideraciones no resultaran suficientes, la Sala observa que en el numeral 3 del concepto técnico 1266 de 2008, la entidad demandada exhortó a la empresa actora para que reliquidara los valores que según la propia empresa según la comunicación de octubre de 2006 hacían parte de la inversión del 1%, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1900 de 2006.

Esta es otra razón de más para afirmar, que la demandada en ningún momento desconoció las obras, inversiones y actividades que la actora había ejecutado en virtud de la licencia ambiental otorgada para el proyecto la Volcanera C, antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, como lo ha deprecado el apelante.

Tan cierto es lo anterior, que en el citado concepto técnico se indicó: *“Una vez la empresa remita la información completa y detallada de los proyectos ejecutados se podrá dar aprobación de la ejecución de la inversión del 1%”*.

Lo que observa la Sala es que una vez rendido el concepto técnico, producto del seguimiento ambiental con visita el día 5 de febrero de 2008 al proyecto Pozo Exploratorio Volcanera C, la demandante no remitió la información requerida en los términos del concepto por lo que el Ministerio demandado no tuvo la oportunidad de dar aprobación a la ejecución de la inversión del 1%.

Así mismo, se tiene claro que con posterioridad a los dos meses de haberse rendido el concepto técnico en julio de 2008, fue que se expidió la Resolución 1587 el 12 de septiembre del mismo año, mediante la cual se modificó la resolución 128 de 1994 que había otorgado la licencia ambiental, adicionando de forma expresa la obligación del 1% del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Si bien es cierto, se dijo en los actos acusados que se debía destinar como mínimo un uno por ciento (1%) del valor del proyecto, se entiende según las consideraciones expuestas en precedencia que se trata del 1% del valor de las inversiones del proyecto. Tanto así que en el concepto técnico siempre se refirió a la inversión del 1%, refiriéndose a las que la actora pretendía le fueran reconocidas como cumplimiento de esta obligación.

En este sentido, la decisión del Ministerio respetó la normatividad ambiental al momento de proferir las Resoluciones 1587 de 2008 y 0622 y 1184 ambas de 2009, dentro del pleno ejercicio de sus competencias y de acuerdo con los motivos y supuestos de hecho y de derecho valorados en el caso, haciendo improcedente causal de nulidad alguna invocada por el apelante.

La Sala encuentra ajustadas a derecho por lo que comparte las consideraciones puestas de presente por la apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que vale la pena transcribir:

“Se reitera lo expresado, en relación con que la inversión del 1% no puede calcularse del valor de las obras que dieron lugar a las tasas por uso del agua, considerando que se trata de dos obligaciones con objeto y origen distintos: las tasas por uso consisten en una compensación por el uso del recurso hídrico en virtud de una concesión de aguas de dominio público, las cuales incluyen las aguas estuarinas y las aguas subterráneas, incluyendo dentro de estas los acuíferos litorales, recaudada y administrada por las Corporaciones Autónomas Regionales, las corporaciones para el desarrollo sostenible, las autoridades ambientales de los grandes centros urbanos, las que se refiere el artículo 13 de la Ley 766 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y tienen como destinación específica de conformidad con su reglamentación, la protección y recuperación del recurso hídrico, a través de la gestión ambiental estatal.

La inversión del 1% corresponde a una inversión realizada por el beneficiario de la licencia ambiental, por una vez, en la cuenca hidrográfica que alimenta la fuente hídrica de la cual hizo uso del agua para el desarrollo del proyecto y por otro lado, si comparamos la base gravable y la forma de cobro, **la tasa por utilización del agua se cobrará por el volumen de agua efectivamente captada**, dentro de los límites y condiciones establecidos en la concesión de aguas, y se cobrarán, mediante factura expedida con la periodicidad que las autoridades determinen, la cual no podrá ser mayor a un año, **mientras que la inversión del 1% se liquida por una sola vez durante la vida útil del proyecto y se invierte de manera directa por el titular del proyecto, obra o actividad.**

Se concluye de lo anterior que consisten en obligaciones bien diferenciadas, y tratar de interpretar el cumplimiento de la inversión del 1% de la misma forma que se aplican las tasas por uso, contraría los principios de interpretación, los cuales deben ajustarse a la Constitución y a la ley.” (subrayas y negritas del Despacho)

Por tanto no se debe interpretar de manera única el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 como lo pretende el apelante, pues contempla dos tipos de obligaciones ambientales distintas, a pesar de que como ya se ha expresado, las dos tengan en común la protección al recurso hídrico. De esta manera pierde piso el cargo relativo a la interpretación errónea del párrafo de esta norma, que a juicio de la actora le fue dado por el Ministerio en los actos acusados. Con este mismo argumento se refuta el cargo relativo a la falsa interpretación de esta norma y del artículo 58 de la Constitución Política, por cuanto no es posible equiparar la inversión del 1% del párrafo, con los planes de uso y ahorro del agua y la protección del recurso hídrico a que aluden los dos primeros incisos del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 del cual en todo caso, hace parte integrante el párrafo pero con una obligación ambiental distinta al del resto del articulado.

Por tanto, no es posible aceptar la desviación de poder en que supuestamente incurrió el Ministerio en los actos acusados, por cuanto la inversión obligatoria del 1% a que alude el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 es para invertir en la cuenta hidrográfica a la que pertenecen las quebradas Aguazula y Bocachico y el río Charte, pero acá no se tiene en cuenta el uso real del recurso hídrico como lo pretende la demandante, pues para ello se encuentra el mecanismo ambiental de la tasa por uso de agua, a que aluden los dos primeros incisos del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, quedan desvirtuados los argumentos de reproche de la apelación relativos a que el a quo se equivocó al afirmar en el fallo impugnado, que la obligación comenzaba a regir hacia el

futuro y que por esta razón, se hacía evidente una vez más el desconocimiento de las inversiones y actividades que venía efectuando la BP.

En el mismo sentido, ningún desacierto observa la Sala en cuanto a que la primera instancia hubiera manifestado que hasta tanto se expidieran los actos administrativos que se pronunciaran sobre las actividades e inversiones que sí cumplían con la obligación del 1%, esta jurisdicción no se podría pronunciar al respecto, por cuanto como ya se dijo en precedencia, la inconformidad de la actora radica en la interpretación que se le debe dar al párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, asunto que ya fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional.

Por tanto, comparte la Sala la consideración del a quo en el sentido de que el Ministerio no desconoció las inversiones realizadas por la BP en los actos acusados, sino que lo que hizo fue establecer los parámetros que se deben seguir para el cumplimiento de la obligación de inversión del 1%, por lo que una vez presentado el plan de inversiones el Ministerio deberá expedir el respectivo acto.

De otra parte, tampoco es cierta la censura de la actora en el sentido de la violación al principio de legalidad porque el Ministerio en los actos acusados exigió un plan de inversiones que no tiene ninguna fundamentación legal.

Pues bien, efectivamente el párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009 que modificó la Resolución 1587 de 2008, dice: *“Dentro del plan de inversión del 1% requerido, serán evaluados los documentos presentados contentivos de las actividades que se hayan realizado antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006 y/o se estén ejecutando, que cumplan con los objetivos de la inversión del 1%, siempre y cuando no correspondan a las obligaciones establecidas en el Plan de Manejo Ambiental ni en la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto, mediante la Resolución 128 del 3 de junio de 1994”.*

La Sala no encuentra ninguna violación al principio de legalidad como lo depreca la actora, por cuanto el fundamento legal de esta exigencia que hizo el Ministerio en la resolución demandada, se encuentra en los artículos 4º y 5º del Decreto 1900 de 2006, disposiciones que se refieren a un “Programa de inversión” del 1%. Por tanto, para la Sala Programa o Plan son expresiones sinónimas, de allí que no se incurrió en ilegalidad alguna. Así lo disponen los artículos 4º y 5º del Decreto 1900 de 2006:

“Artículo 4º. Aprobación de la inversión. El solicitante de la licencia ambiental presentará simultáneamente ante la autoridad ambiental competente, el Estudio de Impacto Ambiental y el programa de inversiones correspondiente a la inversión del 1%. Este último deberá contener como mínimo la delimitación del área donde se ejecutará, el valor en pesos constantes del año en el que se presente, las actividades a desarrollar y el cronograma de ejecución respectivo.

En el acto administrativo mediante el cual la autoridad ambiental competente otorgue la licencia ambiental, se aprobará el programa de inversión, el cual estará sujeto a las actividades de seguimiento y control.

Parágrafo 1°. En los casos de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el peticionario deberá radicar simultáneamente ante las autoridades ambientales con jurisdicción en el área de influencia del proyecto, una copia del programa de inversión con la copia del Estudio de Impacto Ambiental, a fin de que estas emitan el concepto respectivo, para lo cual contarán con un término máximo de treinta (30) días hábiles. El peticionario allegará la constancia de radicación con destino al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

(...)"

Parágrafo 2°. Con el fin de ajustar el valor de la inversión del 1%, calculada con base en el presupuesto inicial del proyecto, el titular de la licencia ambiental deberá presentar ante la autoridad ambiental competente, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en operación del proyecto, la liquidación de las inversiones efectivamente realizadas, las cuales deberán estar certificadas por el respectivo contador público o revisor fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del presente decreto.

Con base en la información suministrada, la autoridad ambiental competente procederá a ajustar, si es del caso, el programa de inversión."(subrayas fuera de texto)

Artículo 5°. *Destinación de los recursos.* Las inversiones de que trata el presente decreto, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que incluya la respectiva fuente hídrica de la que se toma el agua.

(...)

Parágrafo 2°. Las obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado, no

harán parte del Programa de Inversión del 1% de que trata este decreto.”

Por tanto el plan de inversión del 1% requerido a la BP en el párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009, corresponde al mismo programa de inversión del 1% al que aluden las normas transcritas del Decreto 1900 de 2006, por lo que pierde piso el cargo de violación a las normas superiores, a las del Decreto 2811 de 1974, del Decreto 2857 de 1981 y de la Ley 99 de 1993, como lo dijo la actora.

Y es que no es cierto como lo entiende el apelante que la exigencia del plan de inversiones violó el principio de legalidad, porque el artículo 4º del Decreto 1900 de 2006 no se había expedido dado que las obras y actividades se ejecutaron por la BP, antes de la entrada en vigencia de este Decreto. Lo anterior ya que no puede desconocerse el hecho de que esta obligación surge con la Ley 99 de 1993, expedida con anterioridad a la fecha de la licencia ambiental que se otorgó el 3 de junio de 1994, mediante Resolución 128.

Además la obligación impuesta de la inversión forzosa del 1% que ordenó el Ministerio a la empresa actora en los actos acusados, fue a partir de la expedición de las resoluciones 1587 de 2008 y 0622 de 2009, es decir, se trata de una obligación a futuro y no con efectos retroactivos, por lo que resulta extraña la interpretación que le dio el apelante al afirmar que el Decreto 1900 de 2006 no le podía ser aplicado a la demandante, por cuanto las actividades e inversiones se ejecutaron con anterioridad al año 2006. En

todo caso, lo que se observa es que el apelante desconoció el supuesto normativo consignado en el artículo 6º del Decreto 1900, que estableció el régimen de transición, en los siguientes términos:

“Artículo 6º. Transición. Los proyectos que estén sometidos a la inversión del 1% y cuyas solicitudes de licencias ambientales se encuentren en trámite, deberán presentar ante la autoridad ambiental competente el programa de inversión en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se otorgue la respectiva licencia ambiental.

Los programas de inversión del 1%, presentados o que se encuentren en ejecución antes de la entrada en vigencia del presente decreto, se regirán por lo dispuesto en los actos administrativos respectivos, expedidos por las autoridades ambientales competentes.

Los proyectos licenciados que no hayan presentado el programa de inversión del 1% antes de la entrada en vigencia del presente reglamento, se regirán por lo dispuesto en este decreto, sin perjuicio de la imposición de las medidas sancionatorias a que haya lugar. Para el efecto, deberán presentar ante la autoridad ambiental competente para la evaluación correspondiente, dicho programa de inversión en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto, incluyendo las obras y/o actividades ejecutadas, así como aquellas pendientes por desarrollar con el respectivo cronograma de ejecución.”

De acuerdo con los apartes transcritos subrayados, se observa que el supuesto de hecho a que alude el último inciso del artículo 6º del Decreto 1900 de 2006, se ajusta a la situación que paradójicamente cuestiona el apelante.

Por tanto, no es cierto que respecto de las actividades ya ejecutadas por la BP, el Ministerio no podía exigir un plan o programa de inversiones de la obligación del 1%, pues las normas del Decreto obligaban a la actora a presentarlo, fue por esta razón que el Ministerio se vio obligado a modificar la licencia ambiental.

De otra parte, en cuanto a la violación al principio de legalidad porque no existe disposición legal que exija la concertación con la corporación autónoma regional en el área de influencia del proyecto como lo exigió el acto acusado, la Sala tampoco lo encuentra fundado, como quiera que el artículo 1º del Decreto 1900 de 2006 arriba transcrito, así lo establece al señalar que se deberá radicar ante las autoridades ambientales -en este caso CORPORINOQUIA-, copia del programa de inversión y del estudio de impacto ambiental con el fin de que emitan concepto. Si bien es cierto en estricto sentido no se habla de una concertación como tal, al decir que se debe presentar ante la autoridad ambiental el estudio de impacto ambiental y el programa de inversión de la obligación o inversión del 1%, está condicionando la aprobación de la inversión al visto bueno de la respectiva autoridad ambiental, que para el caso en estudio, es CORPORINOQUIA.

Para la Sala, además del fundamento legal consignado en el artículo 4º del Decreto 1900 de 2006, no se puede desconocer la función que la Ley 99 de 1993 en el numeral 12 del artículo 31 le asigna a las corporaciones autónomas regionales, al disponer lo siguiente:

“Artículo 31°.- Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

(...)

12.Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos, a las aguas a cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos. Estas funciones comprenden la expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y salvoconductos;”

De otra parte, tampoco es compartido por la Sala el argumento de la impugnación relativo a la violación del artículo 83 de la Constitución Política y de la consecuente transgresión al principio de la confianza legítima, porque según el apelante la BP hizo múltiples inversiones y actividades para la recuperación de la cuenca hidrográfica de las quebradas Aguazula, Bocachico y río Charte.

Es preciso señalar que en el párrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2008 así quedó consignado, pues se especificó que se evaluarían las actividades anteriores a la expedición del Decreto 1900 de 2006, además que lo dispuesto en este acto demandado, tuvo en cuenta el artículo 6º de esta legislación relativo al régimen de transición estudiado en precedencia.

Finalmente, en cuanto al último argumento de la apelación relativo a la falsa

e indebida motivación en que incurrieron los actos acusados, porque partieron de una base inexistente y falsa al considerar el Ministerio que la BP no había dado cumplimiento a la inversión del 1% omitiendo analizar el material probatorio, la Sala acoge el planteamiento del a quo según el cual no es que las resoluciones demandadas desconocieran dicha inversión, sino que era necesario modificar la licencia ambiental para poder imponer en los términos del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, la obligación allí prevista.

De acuerdo con las abundantes consideraciones expuestas, la sentencia de la primera instancia será confirmada, tal y como así se dispondrá en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia del 26 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto del presente recurso de apelación.

SEGUNDO. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA