

LICENCIA AMBIENTAL – A la sociedad BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED para el proyecto de construcción de instalaciones y perforación exploratoria del pozo múltiple Bueno Aires Y, Inyector de Gas, en el municipio de Tauramena / CORPORINOQUIA – Concesión de aguas para el área de pozos múltiples Buenos Aires Y / USO DEL AGUA – Cargas / LICENCIA AMBIENTAL – Modificación para adicionar la obligación de destinar al menos el 1% del valor del proyecto de construcción a la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenta hidrográfica del Río Cusiana / INVERSIONES PREVIAS – No se excluye su reconocimiento

No. La modificación efectuada sencillamente es expresión de la adaptabilidad de las licencias ambientales a las cambiantes circunstancias y exigencias de interés general que rodean esta clase de autorizaciones, que en el caso particular se ejercita con el fin de adicionar la licencia para hacer expresa la obligación legal de efectuar una inversión forzosa correspondiente al 1% del valor del proyecto en la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, en los términos fijados por el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Y tal como se pone de presente en el parágrafo del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009, tal modificación no excluye el reconocimiento de las inversiones efectuadas con anterioridad, tan solo sujeta su convalidación a la aprobación previa del MINISTERIO [...] De aquí que como se destaca en la parte motiva de la Resolución No. 1063 de 2009, una vez presentada la documentación correspondiente, deba el MINISTERIO pronunciarse sobre la validez de las inversiones previamente realizadas. Y en caso de discrepar BP de tal consideración pueda acudir al órgano judicial a solicitar el respectivo control de legalidad de lo resuelto en concreto por la Administración.

USO DEL AGUA – La obligación forzosa del 1% se debe calcular sobre el valor global del proyecto

Por entrañar una carga administrativa que nada tiene que ver con la tasa por uso del agua regulada por el artículo 43 en su inciso primero, y constituir una manifestación de la función social y ecológica de la propiedad que entronca con el deber de conservación y preservación del ambiente inherente y correlativo al derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, la obligación forzosa del 1% se debe calcular sobre el valor global del proyecto. Que ello pueda dar lugar a situaciones como la indicada por la parte actora en sus diferentes escritos, en los que plantea la hipótesis de un proyecto de costo elevado pero consumo mínimo de agua que terminaría pagando un alto cargo por este concepto en absoluto enerva la validez de este gravamen tal como fue regulado por la ley, que con el fin de promover un consumo racional y eficiente del recurso hídrico estableció un incentivo económico para que aquellos proyectos que pueden prescindir de la utilización de agua de fuentes naturales lo hagan. No se puede perder de vista que el gravamen solo se causa frente a los proyectos que involucren en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales, luego corresponde a la planeación de cada proyecto llevar a cabo las valoraciones respecto a qué resulta más eficiente desde el punto de vista financiero (análisis costo-beneficio) y a la autonomía decisoria de cada empresario definir la mejor opción globalmente considerada para un emprendimiento específico.

PLAN DE MANEJO AMBIENTAL – Las obras y actividades ejecutada en su desarrollo no pueden ser imputadas al cumplimiento de la inversión forzosa del 1% / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL – Aplicación

No es posible imputar las obras y actividades ejecutadas en desarrollo del plan de manejo ambiental al cumplimiento de la inversión forzosa del 1%, tal como propone BP. Esto, porque ello desconoce una elemental regla de la hermenéutica jurídica: la del efecto útil. De acuerdo con este parámetro de interpretación de las normas, “entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero”. En consecuencia, encuentra la Sala que la posición que plantea la demandante riñe con este principio, porque termina por tornar superflua o irrelevante la clarísima distinción impuesta por ley entre la institución del plan de manejo ambiental y la carga administrativa que entraña la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Siendo institutos diferentes en su origen, objeto, alcance y finalidad, y a falta de una disposición legal expresa que así lo instituyera, no se ve como las actividades realizadas en cumplimiento de uno pueden pretender imputarse simultáneamente al otro. Se impone entonces, conforme a la diferenciación efectuada por la ley, separar las órbitas propias de cada uno de estos instrumentos de protección ambiental y velar porque su interpretación y aplicación posibiliten el cumplimiento de la función específica de cada uno de ellos. Por un lado, el plan de manejo ambiental, nítida manifestación de los principios de prevención y desarrollo sostenible, constituye un instrumento esencial para la gestión ambiental de los impactos de un determinado proyecto, en tanto conjunto de medidas y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados del proyecto, obra o actividad que se autoriza. La inversión forzosa, en cambio, constituye un instrumento económico que se traduce en una carga que puede tener que llegar a ser asumida por el propietario de un proyecto en desarrollo de la función social y ecológica de su derecho según las decisiones que adopte, pues se trata de una figura que al tiempo que permite la consecución de recursos para financiar la recuperación, preservación y vigilancia de una cuenca hidrográfica, puede también (y ese es su verdadero objetivo) desincentivar impactos ambientales o conductas contaminantes (como la utilización del recurso hídrico tomado de fuente natural, en este caso) y promover comportamientos más eficientes desde la óptica de la conservación y protección del ambiente (implantación de tecnologías limpias, sustitución de componentes o recursos, etc.).

PROGRAMA DE INVERSION DEL 1% - Obligación de su presentación ante el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible / DECRETO 1900 DE 2006 – Artículo 6 / POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance

La obligación de presentar el plan de inversiones con el correspondiente cronograma de actividades que EL MINISTERIO impuso a BP en los actos administrativos sub examine es válida. En efecto, así lo prevé el artículo 6º del Decreto 1900 de 2006, expedido por el Presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993. Además de gozar de presunción de legalidad y de ser vinculante hasta que se suspenda provisionalmente o se prive de efectos por haberse acreditado judicialmente su infracción de normas superiores, esta misma Sala de Decisión ha declarado que buena parte de su articulado (en concreto los artículos 1, 2 y 3) es acorde con lo previsto por el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Por esta razón su aplicación es imperativa; máxime a falta de razones que fundamenten una excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad, que la parte apelante no relaciona en su demanda, y que este Juez no aprecia para declarar de oficio. Toda vez que el proyecto Pozos Múltiples Buenos Aires Y nunca presentó ni obtuvo formalmente la aprobación de las autoridades ambientales de un programa de inversiones del 1% (ello ni siquiera fue objeto de

regulación en la licencia ambiental inicialmente otorgada), se puede afirmar que hasta el momento (y probablemente hasta la expedición de los actos administrativos que aprueben dicho plan) no ha dado lugar a la consolidación de ninguna situación jurídica frente a este asunto. Por esta razón su caso se enmarca dentro de lo previsto por el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 1900 de 2006 [...] Al ser aplicable al caso concreto esta disposición (i) no hay duda que el cumplimiento de esta carga legal se sujeta al régimen previsto por el Decreto 1900 de 2006; lo cual implica (ii) que debe observar el deber de presentar el correspondiente plan de inversión para la aprobación de la autoridad ambiental. Que el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 no haga mención expresa a esta carga en absoluto resta validez al deber impuesto por el Decreto 1900 de 2006: de un lado, como se mencionó atrás, por estar vigente al momento de la adopción de la Resolución No. 1063 de 2009 y por haber previsto un régimen de transición aplicable a casos como el *sub examine*, es la normativa que rige el asunto en concreto.

PROGRAMA DE INVERSION DEL 1% - Para su presentación ante el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible no está prevista una obligación previa de concertación con la Corporación Autónoma Regional / CORPORINOQUIA – Su vinculación en el proceso de aprobación del plan de inversiones es para rendir concepto / RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL

Para la Sala, la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones atrás referida no es válida. Esto, toda vez que una lectura atenta del parágrafo 1º del artículo 4 del Decreto 1900 de 2006 permite evidenciar que aun cuando esta normativa contempla la participación de la autoridad ambiental con jurisdicción en la zona donde se adelanta el proyecto en el trámite de aprobación del plan de inversiones, esta intervención está prevista con un alcance distinto del que se le dio en las resoluciones atacadas [...] Así, contrario a lo afirmado por la Sala en el fallo de 16 de julio de 2015, en el que se validó la obligación impuesta a BP de concertar el plan de inversiones con CORPORINOQUÍA de manera previa a su presentación ante el MINISTERIO, encuentra la Sala que del precepto citado se desprende que aun cuando resulta legítima la vinculación de la autoridad ambiental correspondiente al proceso de aprobación del plan de inversiones, no lo es que tal intervención, que el Decreto 1900 de 2006 centra en la expedición de un concepto que ilustre el criterio del MINISTERIO, mute en los actos atacados en una obligación previa de concertación no prevista por la ley ni por el citado reglamento. En efecto, en virtud de lo previsto por el parágrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1900 de 2006 es ostensible que la vinculación de la autoridad ambiental en la zona de influencia del proyecto al proceso de aprobación del plan de inversiones por EL MINISTERIO deberá darse mediante la emisión de un concepto, y no de una fase de concertación previa no contemplada por la ley ni por el Decreto en comento. De ahí que a efectos de proferir dicho concepto prevea la disposición en cita que de forma simultánea con su presentación al MINISTERIO, la parte interesada deberá radicar ante aquella (la CAR correspondiente) el respectivo plan de inversión, dándole treinta días para emitir su pronunciamiento. Ello, en consideración a la importancia de sus funciones y a su especial conocimiento de la región, su territorio y sus recursos naturales.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 – ARTICULO 43 PÁRAGRAFO / LEY 99 DE 1993 – ARTICULO 31 / DECRETO 1900 DE 2006 – ARTICULO 6 / DECRETO 1900 DE 2006 – ARTICULO 4 PARAGRAFO 1

NORMA DEMANDADA: No aplica

NOTA DE RELATORIA: Se reiteran los argumentos expuestos en la sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 16 de julio de 2015, Radicado 25000232400020090036401, CP María Claudia Rojas Lasso, salvo lo relacionado con la concertación del plan de inversiones del 1% con CORPORINOQUIA, en este aspecto se rectifica la posición de la sección.

NOTA DE RELATORIA: Síntesis del caso: La sociedad BP Exploration Company Colombia Limited interpuso demanda contra la Nación y el actual Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, porque este último por medio de los actos demandados adicionó el acto administrativo mediante el cual le otorgó la licencia ambiental a la demandante, 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. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada parcialmente, dado que la Sala consideró que se debía declarar la nulidad del párrafo 3º del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009, referente a la obligación impuesta a la BP de concertar previamente con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones a presentar ante el ministerio

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00259-01

Actor: BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED

Demandado: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de marzo de 2012 proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada por el artículo 85 del C.C.A., por intermedio de apoderado legalmente constituido, la sociedad BP EXPLORATION COMPANY – COLOMBIA – LIMITED (en adelante la BP), interpuso demanda contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (en la actualidad MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE y en adelante EL MINISTERIO) y solicita que se acceda a las siguientes:

1. Pretensiones.

El actor plantea como pretensiones de su reclamación las siguientes:

3.1. Primera pretensión principal: *Que se declare la nulidad de la resolución No. 1063 del 9 de junio de 2009, por ser directamente violatoria del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y además implica la imposición de una obligación ya cumplida por BP, contraria a las disposiciones legales vigentes por cuanto:*

3.1.1 Desconoce las inversiones realizadas por BP en beneficio de la fuente hídrica del río Cuisiana, que ya han cumplido con el deber del 1%.

3.1.2 Desconoce que entre el uso del recurso y la inversión del 1% debe existir una proporcionalidad asociada a la tasa por uso del agua.

3.1.3 Desconoce que las inversiones del 1% podían hacer parte del Plan de Manejo Ambiental y el hecho que no existe norma alguna que excluya o limite esta responsabilidad.

3.1.4 Desconoce la copiosa información que durante toda la vida del proyecto licenciado se suministró al Ministerio informándole en forma detallada acerca de la forma en la que BP venía dando estricto cumplimiento a la obligación del 1% e informando igualmente cuáles serían los Planes de Inversión correspondientes; como se ha insistido, los múltiples informes y oficios enviados al Ministerio no merecieron ninguna respuesta de parte de dicha entidad.

3.1.5 Implica una grave vulneración al principio de confianza legítima, pues supone una modificación intempestiva e injustificada además, de la situación generada por la expedición y cumplimiento de los actos administrativos con los cuales se expidió originalmente la licencia ambiental, a la luz de la cual BP había venido cumpliendo en forma estricta con la obligación legal del 1%, todo lo cual fue desconocido por el Ministerio.

3.1.6 Supone además la grave vulneración del debido proceso administrativo habida cuenta de que el Ministerio nunca vinculó a BP en el trámite administrativo con el cual se pretendía modificar la licencia ambiental original y

en virtud de lo cual la demandante pudiera intervenir y manifestar sus opiniones al respecto.

3.2 Segunda pretensión principal: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1979 del 15 de octubre de 2009, por ser directamente violatoria del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en la medida en que el acto administrativo que ampara la decisión y la impone:

3.2.1 Omite reconocer el cumplimiento por parte de BP de una obligación legal. Lo anterior teniendo en consideración que el Ministerio conoce plenamente los informes de la gestión ambiental realizados por BP en el proyecto licenciado desde su inicio así como todas las actividades ejecutadas por la Compañía encaminadas a la recuperación, preservación y vigilancia de la fuente hídrica de la cual se ha beneficiado; el Ministerio omite por completo reconocer la labor ya ejecutada por BP en pro de la fuente hídrica del río Cuisiana, claramente constatable en los diversos informes de cumplimiento ambiental oportunamente remitidos al Ministerio. El Ministerio cuenta con la información necesaria para declarar dicho cumplimiento por parte de BP pero en vez de hacer tal reconocimiento, se limita a imponer una obligación que ya está cumplida como si la misma nunca se hubiere cumplido.

3.2.2 Impone una obligación legal que no existe, ya que el Ministerio no puede exigir que la inversión se realice sobre la base de tal valor del proyecto sino respecto de aquellas obras que dieron lugar a la tasa por utilización del agua al tenor de lo dispuesto en el mismo artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y no hay sustento alguno para que el Ministerio exija una inversión diferente de ésta, particularmente si se tiene en cuenta que solamente en junio de 2006 se reglamentó el citado párrafo.

3.2.3 Hace una interpretación de la norma que no tiene permitido hacer toda vez que el legislador no lo hizo, en los siguientes términos: “No obstante, las obligaciones contenidas en el plan de manejo ambiental están dirigidas a prevenir y evitar impactos no controlados al ambiente en desarrollo del proyecto. En relación con la inversión forzosa establecida en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, constituye una obligación específica diferente a las contenidas en el plan de manejo, dentro de la licencia ambiental otorgada. De lo anterior se evidencia claramente que las dos obligaciones surgieron por actividades puntuales sobre los recursos naturales y no se puede considerar que con el cumplimiento de una se esté cumpliendo con la otra. Se reitera que las inversiones realizadas en cumplimiento del plan de manejo ambiental del proyecto Buenos Aires Y tiene objetivos específicos enmarcados a manejar los impactos ambientales derivados de realizar las actividades autorizadas en la licencia ambiental mientras que la obligación del 1% se centra en inversión encaminadas a recuperar, preservar y conservar la cuenca hidrográfica de la cual se hizo uso del agua. Reiteramos que las inversiones presentadas con cargo al Párrafo del Artículo 43 de la (sic) Ley 99 de 1993, en ningún momento corresponde a las actividades realizadas como cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental en razón a la diferencia de los objetivos que cada obligación busca lograr”.

3.2.4 Implica, en la práctica, una aplicación retroactiva del Decreto 1900 de 2006, al disponer que las obras que se han efectuado en ejecución del Plan de Manejo Ambiental no tienen validez a efectos de dar cumplimiento a la obligación del 1% establecida en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, cuando dicha restricción, como se ha dicho, no aparece por ningún lado

de la citada ley ni tampoco se encontraba en los actos con los cuales se otorgó originalmente la licencia ambiental.

3.2.5 Desconoce las actividades realizadas con anterioridad a la expedición del Decreto 1900 de 2006 en beneficio de la cuenca del río Cusiana como si las mismas nunca se hubieran realizado.

3.3 CONSECUENCIALES A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

3.3.1 Primera pretensión consecuencial: En calidad de restablecimiento del derecho, solicito que se revoquen las Resoluciones Nos. 1063 del 9 de junio de 2009 y 1979 del 15 de octubre de 2009, para que en su lugar:

3.3.2 Se declare que la modificación de la Licencia Ambiental debe considerar las inversiones ya realizadas por BP en cumplimiento del deber legal de inversión forzosa de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y en tal sentido, se debe indicar si existe algún saldo pendiente de cumplimiento de inversión del 1% por parte de BP.

3.3.3 Se declare que BP ha cumplido fehacientemente con el deber de realizar la inversión forzosa de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, por cuanto en la Licencia inicialmente otorgada a BP nada se dijo sobre dicha inversión y, pese a ello, la Compañía ha realizado infinidad de acciones encaminadas a la protección y preservación de la cuenca hidrográfica del río Cusiana.

3.3.4 Se declare que hasta ahora se están efectuando los planes de ordenamiento de las cuencas del Departamento del Casanare entre las cuales se encuentra el río Cusiana.

3.3.5 Se declare que como resultado de la Ley 373 de 1997, debe entenderse que para la aplicación de la inversión forzosa en los términos de la ley se requiere que (i) las inversiones estén definidas en la licencia ambiental, (ii) para la cuenca en donde se desarrollan las obras relativas al recurso hídrico, (iii) cuenca que deberá estar previamente definida de conformidad con las disposiciones legales vigentes, (iv) cuenca cuyo manejo deberá además encontrarse regulado dentro de un programa de ahorro y uso eficiente del agua, (v) programa de ahorro y uso eficiente del agua que deberá estar aprobado y hacer parte de un plan ambiental regional o municipal (Ley 715 de 2001) y (vi) recursos (Ley 812 del 26 de junio de 2003) que deberán invertirse de conformidad con el respectivo Plan de Ordenamiento y Manejo de la Cuenca.

3.3.6 Se declare que no existe obligación legal alguna de presentación de un Plan de Inversiones del 1% por no existir tal requerimiento en la ley y que ante la falta de viabilidad en la concertación con la Corporación, no podía BP omitir efectuar inversiones de manera directa y en beneficio del medio ambiente, así la Licencia Ambiental nada dijera.

3.3.7 Se declare que no existe obligación legal alguna de concertar con la Corporación Autónoma Regional las inversiones que se planeen efectuar para la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, toda vez que la ley no exige tan concertación.

3.3.8 Se declare que BP, como parte de su plan de manejo ambiental debidamente avalado por el Ministerio, y como parte del manejo ambiental que da a proyectos como el de la construcción de instalaciones y perforación exploratoria del área de pozos múltiples Buenos Aires Y, invirtió más del 1% del valor de las obras y actividades que generaron tasa por utilización del agua, y en tal sentido no resulta válido afirmar que se tienen que considerar excluidas del Plan de Manejo Ambiental, las inversiones del 1%.

3.3.9 Se declare que la inversión del 1% a que se refiere el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se calcula sobre la inversión que ha generado tasa por utilización del agua dado que debe existir una proporcionalidad entre la inversión del 1% y el uso del recurso hídrico.

3.3.10 Se declare que la ley no distinguió en cuanto a las inversiones que sirven para amortizar la inversión del 1% y en tal sentido cualquier inversión cuyo propósito sea la recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica respectiva y el medio ambiente en su área de influencia, debe servir para amortizar el deber legal.

3.3.11 Se declare que el Ministerio no puede desconocer las inversiones ambientales realizadas por BP con ocasión de la obligación del 1% dentro del proyecto para la construcción de instalaciones y perforación exploratoria del área de pozos múltiples Buenos Aires Y.

3.3.12 Se declare que al Ministerio, al modificar la Licencia Ambiental, solamente ha podido solicitar inversiones puntuales a BP respecto de las actividades u obras que generaron tasa por utilización del agua.

3.3.13 Se declare que las bases sobre las cuales debe calcularse el 1%, al tenor del Decreto 1900 de 2006, deberán tener una relación causal con el uso del recurso hídrico y la afectación consecuente de la cuenca hidrográfica respectiva, si de lo que se trata es de exigir el cumplimiento de inversiones adicionales.

3.3.14 Se declare que el Ministerio violó por completo sus deberes legales al tenor de la Ley 99 de 1993 por cuanto se extralimitó al modificar la licencia ambiental en aras de imponer una carga ya cumplida y pretende ahora trasladar sus omisiones al particular.

2. Hechos en que se fundamenta la demanda.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden exponer, en síntesis, así:

2.1.- En atención a la solicitud elevada por la BP, EL MINISTERIO, mediante Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994, otorgó licencia ambiental ordinaria para el proyecto de construcción de instalaciones y perforación exploratoria del pozo múltiple Buenos Aires Y, Inyector de Gas, en el municipio de Tauramena, Casanare. La licencia se concedió con una vigencia de 15 meses, no amparó el uso de recursos naturales en la zona y guardó silencio sobre la obligación de

efectuar una inversión forzosa equivalente al 1% del valor del proyecto prevista por el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993.

2.2.- Por medio de la Resolución No. 216 del 18 de octubre de 1994, la Regional de Boyacá y Casanare del INDERENA otorgó a la BP concesión de aguas para el área del pozo múltiple Buenos Aires Y, y la autorizó a captar un caudal de 5 lts/seg. del caño Iquíá; lo mismo que una concesión de aguas del Río Cusiana, en cantidad de 1.37 lts/seg. con destino al pozo inyector de gas Buenos Aires Y. Una y otra concesión se otorgaron por un plazo de 5 años.

2.3.- Mediante la Resolución No. 442 del 10 de mayo de 1995 EL MINISTERIO modificó la Resolución No. 0034 de 1994, por medio de la cual se otorgó la licencia ambiental al proyecto, para señalar que la autorización impartida al pozo Buenos Aires Y fue como pozo productor de crudo y no como inyector de gas.

2.4.- Por la Resolución No. 1254 del 23 de octubre de 1995, EL MINISTERIO modificó la Resolución No. 0034 de 1994, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental al proyecto, en el sentido de otorgar licencia ambiental ordinaria a BP para el pozo exploratorio Buenos Aires Y, inyector de gas, ubicado en el municipio de Tauramena, por el tiempo que duren las actividades.

2.5.- Mediante la Resolución No. 762 del 30 de diciembre de 1999 CORPORINOQUÍA otorgó a BP permiso de vertimiento para el área del pozo Buenos Aires Y, por el término de duración del proyecto, y concesión de aguas para el área de pozos múltiples Buenos Aires Y a captar del río Cusiana, con un caudal de 5 lts/seg.

2.6.- Por medio de la Resolución No. 200.15.05-0667 del 7 de septiembre de 2005, CORPORINOQUÍA otorgó concesión de aguas superficiales para el área del pozo Buenos Aires Y, proveniente del río Cusiana, con un caudal de 2 lts/seg. con destino a uso industrial y doméstico, por 5 años.

2.7.- Con Resolución No. 200.15-05-0978 del 19 de diciembre de 2005, CORPORINOQUÍA modificó el inciso 5º del Resolución No. 200.15.05-0667 del 7 de septiembre de 2005, ordenando a BP conservar y preservar la ronda forestal protectora del Río Caja, en una franja equivalente a 30 metros en cada una de las márgenes y 500 metros de largo, dentro de los predios que le pertenecen.

2.8.- Mediante comunicación 4120-E1-119921 del 26 de diciembre de 2005, BP entregó el informe de estado de cumplimiento de la inversión del 1% en relación con el área del pozo Buenos Aires Y, y solicitó al MINISTERIO que tuviera por cumplidas las inversiones previstas en la ley.

2.9.- Por medio de la Resolución No. 200-15-16-0647 del 28 de junio de 2006 CORPORINOQUÍA prorrogó la concesión de aguas para el pozo Buenos Aires Y, a captar de la quebrada Algarrobos, con un caudal de 2 lts/seg., con destino a uso doméstico e industrial, por 5 años.

2.10.- Mediante las comunicaciones 20061010-772EBAY, 20071218-2052EBAY y 200904-51EBAY, BP entregó al MINISTERIO informes sobre el cumplimiento de la inversión del 1% en las cuencas del área del pozo Buenos Aires Y, y solicitó al MINISTERIO tener por cumplida su obligación legal.

2.11.- Por medio de la Resolución No. 1063 del 9 de junio de 2009, EL MINISTERIO modificó la Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994, por medio de la cual se otorgó la licencia ambiental al proyecto, adicionando la obligación de destinar al menos el 1% del valor del proyecto de construcción de instalaciones y perforación exploratoria de los pozos múltiples Buenos Aires Y para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica del Río Cusiana, localizada en el municipio de Tauramena. Con la finalidad de dar cumplimiento a esta obligación le impuso, además, la obligación de presentar en un plazo de no más de 3 meses a partir de la ejecutoria de la resolución, un plan de inversiones con el respectivo cronograma, para la evaluación y aprobación por parte del Ministerio. Adicionalmente se dispuso que dentro del plan de inversión requerido se evaluarían los documentos que evidencien inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del Decreto 1900 de 2006, siempre que cumplan los objetivos de la inversión del 1% y no correspondan a obligaciones impuestas en el plan de manejo ambiental y en la licencia otorgada para el desarrollo del proyecto.

2.12.- La anterior resolución fue objeto de recurso de reposición por parte de BP, y confirmada por EL MINISTERIO en todas sus partes mediante la Resolución 1979 del 15 de octubre de 2009.

3.- Normas violadas y concepto de la violación.

Como normas desconocidas la demanda señala los artículos 6, 29, 58, 79, 80, 121 y 123 de la Constitución; 2, 35 y 36 del CCA; 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto Ley 2811 de 1974, 75.5.6 de la ley 715 de 2001, y los párrafos de los artículos 43 de la ley 99 de 1993, 16 de la ley 373 de 1997 y 16 de la ley 812 de 2003; así como los artículos 1 al 12 del Decreto 2857 de 1981, 204 del Decreto 1594 de 1984, 4, 6, 7, 8, 9, 19, 23.5, 23 párrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002 y 6 del Decreto 155 de 2004.

Los cargos planteados contra los actos administrativos atacados pueden sintetizarse de la siguiente manera:

3.1.- Desconocimiento de normas superiores.

Para el actor, el desconocimiento de las normas citadas como vulneradas surge de diferentes situaciones:

- *La falsa interpretación del artículo 58 de la Constitución y del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993.*

Afirma la parte demandante que si bien es cierto que el artículo 58 de la Constitución estableció que a la propiedad es inherente una función social y ecológica, ello no puede significar “que esta función ecológica implica una carga ajena por completo al recurso natural y su uso o conservación”. Esto, por cuanto, en criterio de BP, la base para calcular el valor correspondiente al 1% del valor del proyecto no puede ser el monto global de éste, sino únicamente el correspondiente a la inversión que ha generado tasas por aprovechamiento del agua, conforme lo sugirió la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996. Y agrega que la falta de reglamentación del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993, atendida solo hasta la expedición del Decreto 1900 de 2006, dificultaba saber qué clase de inversiones eran imputables al cumplimiento de la inversión forzosa establecida por dicha norma.

- *La interpretación errónea del párrafo del art. 43 de la ley 99 de 1993 y del artículo 1º del Decreto 1220 de 2005.*

Sostiene la demandante que el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 no se puede interpretar de manera aislada respecto de lo previsto por el inciso primero de dicha norma, que regula la tasa por uso de agua con base en el criterio proporcional de la utilización efectiva del recurso, luego no se podría indicar que tal criterio no es aplicable a la disposición contenida en el párrafo, y que la inversión forzosa que éste impone se debe calcular con independencia del monto de agua empleado en el proyecto. En especial cuando la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996 fue expresa en señalar que “[l]a inversión forzosa que contiene el párrafo 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 agua, para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, es una carga social que se desprenden de la función social de la propiedad”. Y pone un ejemplo al respecto: “líneas de transmisión de energía a nivel nacional a 220KW, proyecto cuyo valor excede los USD 3.000.000.000 y en donde por razones de la operación se construye una locación pequeña para atender cierto uso limitado del recurso hídrico por parte de algunos trabajadores en cercanía a un río. La interpretación del Ministerio en este punto, es que así el tamaño del proyecto sea gigantesco y su costo significativo y el uso del recurso hídrico mínimo, debe la empresa respectiva asumir el 1% de los USD 3.000.000 sin consideración alguna a que sólo se toma una insignificante cantidad de agua de la fuente”¹; circunstancia que, afirma, no parece admisible a la luz de la norma legal.

Destaca que desde el inicio de la actividad licenciada, BP ha venido ejecutando inversiones orientadas a dar cumplimiento a la prescripción del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993, no obstante lo cual EL MINISTERIO se empeña en desconocerlas. Y agrega que resulta paradójico que ahora “la compañía ha debido entonces abstenerse de iniciar obras de conservación y protección desde el momento mismo en que inició el uso del agua por cuanto no existía obligación en la Licencia ni supervisión y aprobación de la autoridad competente”².

- Por falta de aplicación de los artículos 6, 80, 121 y 123 de la Constitución, los artículos 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto 2811 de 1974, los artículos 1 al 7 y 9 del Decreto 2857 de 1981, numeral 1 del artículo 1 y artículo 3 de la ley 99 de 1993, párrafo del artículo 16 de la ley 373 de 1997, el artículo 76.5.6 de la ley 715 de 2001, artículos 4, 6, 7, 8, 9,

¹ Folio 68 del Cuaderno 1.

² Folio 73 del Cuaderno 1.

19, 23 numeral 5, 23 parágrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002, y el parágrafo del artículo 16 de la ley 812 de 2003.

Asevera que en virtud de lo previsto por los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución, EL MINISTERIO no tiene facultades para exigir la presentación de un plan de inversiones del 1%, pues no ello está tipificado por la norma legal. En su criterio, solo se podía haber exigido lo expresamente establecido en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993, y en su criterio esta norma no le habilita para imponer un deber legal como ese. Y expone que con su proceder, EL MINISTERIO desconoce la falta de claridad del parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 en relación con diferentes asuntos relativos a la aplicación del deber legal impuesto (p. ej. respecto a si puede invertirse sin que se haya señalado la cuenca hidrográfica en la que se debe realizar la inversión, o sin que la licencia haya determinado las obras y acciones de recuperación a adelantar, o cuál debe ser la base para calcular el monto de la inversión forzosa, o si se debe reportar la amortización de la inversión, así como un término para su realización), que solo fueron aclarados por el Decreto 1900 de 2006.

Aduce igualmente que se vulnera el artículo 80 de la Constitución y el artículo 1 de la ley 99 de 1993, pues EL MINISTERIO desconoce que la legislación ambiental tiene como propósito esencial garantizar el derecho a un medio ambiente sano y la realización del principio de desarrollo sostenible, ya que omite hacer del uso del recurso natural el aspecto fundamental para determinar la aplicación de un instrumento ambiental. Y afirma que ello es tanto como “sostener que quien no genera un impacto ambiental debe cargar con el costo del impacto”³; situación que, expresa, desnaturaliza la esencia del Derecho Ambiental⁴.

Denuncia la falta de aplicación de los artículos 312, 314 literal h), 316, 317, 318, 319, 320 y 321 del Decreto Ley 2811 de 1974, los artículos 1 al 7 y 9 al 12 del Decreto 2857 de 1981, el artículo 76.5.6 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 19, 23.5, 23 parágrafo 1 y 25 del Decreto 1729 de 2002, por cuanto estas disposiciones, ignoradas por EL MINISTERIO, imponen “que la autoridad ambiental defina la inversión del 1%, la cuenca hidrográfica, que se establezca un plan de ordenamiento de la misma, que se establezca un plan de ordenamiento de la misma, que se involucre en dicho plan los aspectos regulatorios de ahorro y uso eficiente del agua y

³ Folio 80 del Cuaderno 1.

⁴ Idem.

que se establezcan los componentes dentro del respectivo plan de la cuenca que resultarán beneficiados con el 1% en discusión”⁵. Y apunta que dicha ordenación de cuenca hasta ahora se está realizando, motivo por el cual no se pueden desconocer las inversiones previamente efectuadas.

Recalca la falta de aplicación del artículo 6 del Decreto 155 de 2004, que reglamenta el artículo 43 de la ley 99 de 1993 e indica que la base gravable para el cálculo de la tasa por uso de agua es el volumen del recurso efectivamente captado. Y afirma que siendo esa la regla aplicable al cómputo de la tasa por uso de agua prevista por el artículo 43, no se justifica que la inversión forzosa contemplada en el párrafo de esta disposición no siga la misma lógica.

3.2. Indebida o falsa motivación.

Sostiene la demanda que no existe ni el fundamento jurídico ni fáctico para que EL MINISTERIO haya expedido las resoluciones atacadas y establecido en cabeza de BP una obligación como la que le fue impuesta. La parte actora enfatiza que “[n]o existía norma alguna que exigiera para la época de otorgamiento de la licencia ambiental la presentación del referido Plan de Inversión del 1% que exigieran las Resoluciones demandadas; no existe norma alguna 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; no existe obligación legal alguna de concertar 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 aprobación y aval del Ministerio antes de efectuar una inversión con cargo al 1%. Así mismo (*sic*), no existe sustento jurídico o fáctico para pretender que el 1% se calcule, como lo hacen las Resoluciones, en relación con el valor total del proyecto y no en relación con el uso efectivo del recurso hídrico”⁶.

3.3. Violación del artículo 83 de la Constitución.

Indica la parte demandante que los actos acusados vulneran el principio de confianza legítima, porque habiéndose aprobado la licencia ambiental y el plan de

⁵ Ibidem.

⁶ Folio 97 del Cuaderno 1.

manejo ambiental correspondiente por EL MINISTERIO, “BP entendió que la autoridad ambiental había dado su aprobación respecto de proyectos y actividades de carácter general, incluidas aquellas encaminadas a beneficiar específicamente las cuencas y por ende destinadas a dar cumplimiento a la inversión forzosa del 1%”⁷. En virtud de esa confianza legítima, y obrando de buena fe, en la cuenca del río Cusiana se ejecutaron inversiones equivalentes a lo previsto en la ley con el fin de dar cumplimiento a ese deber legal y se mantuvo siempre informado de ello al MINISTERIO. De ahí, dice, que por más de 10 años ninguna autoridad hubiera cuestionado el cumplimiento de dicha obligación por parte de BP. Y de aquí también que no se entienda que sea solo con la expedición del Decreto 1900 de 2006 que el MINISTERIO se interese en el asunto y con las resoluciones demandadas pretenda desconocer las inversiones efectuadas desde el otorgamiento de la licencia. Por esto recuerda que el principio de buena fe, base del de la confianza legítima, “exige a las autoridades mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico”⁸; motivo suficiente para que no pueda EL MINISTERIO obrar en contravía de sus actuaciones iniciales y, con base en “una interpretación amañada y evidentemente descontextualizada del párrafo del artículo 43 y del Decreto 1900 de 2006”⁹, desconocer las cuantiosas inversiones realizadas.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la parte demandada contestó la demanda, expresó su oposición a las pretensiones planteadas y, en síntesis, sentó así su posición a la reclamación y a sus fundamentos fácticos y jurídicos:

Descarta que lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996 en relación a la base que se debe tomar para efectos de liquidar el valor de la inversión forzosa del 1% establecido por el párrafo del artículo 43 tenga el carácter de precedente vinculante, por cuanto no se enmarca dentro de las exigencias que jurisprudencialmente se han fijado a ellos, a saber: que emane de la *ratio decidendi* de un conjunto de sentencias que resuelven un problema

⁷ Folio 98 del Cuaderno 1.

⁸ Folio 100 del Cuaderno 1.

⁹ Idem.

jurídico similar al que se trata. Y enfatiza, siguiendo lo previsto por el artículo 27 del Código Civil, que “[c]uando el sentido de la ley sea claro, no se desentenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu”. Por este motivo sostiene que no resulta admisible la interpretación que hace BP de dicha norma legal, pues asumir que la inversión forzosa se debe calcular únicamente sobre el valor de la parte del proyecto que genera tasas por uso de agua reduciría los costos de éste y sacrificaría el impacto positivo en la cuenca que le quiso imprimir el legislador a esta medida¹⁰.

Explica que a diferencia de lo que plantea la demanda, nada tiene que ver la tasa por uso de agua con la inversión forzosa del 1%, como se evidencia en el siguiente cuadro¹¹:

Gravamen	Hecho Generador	Sujeto activo	Sujeto Pasivo	Base gravable	Destinación
Tasa	Utilizar el agua	Autoridad ambiental	Usuario de aguas	Sistema y método del art. 42 Ley 99 de 1993	Compensación de gastos de mantenimiento y renovabilidad del recurso
Inversión Forzosa 1%	Todo proyecto que para su ejecución tome directamente agua de fuente natural, sujeta a licencia ambiental	Autoridad ambiental	Beneficiario de la licencia ambiental	No menos del 1% del total de la inversión	Obras de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca que establezca la licencia ambiental

Subraya que la ordenación de la cuenca no ha sido nunca un requisito previo para el cumplimiento de la inversión forzosa. En efecto, señala que “de conformidad con la legislación vigente para la fecha de otorgamiento de la licencia ambiental e imposición de la obligación de inversión forzosa del 1%, si bien se identifica la ordenación de cuencas como un instrumento dirigido a prevenir su deterioro o lograr su recuperación, (...) no ha constituido ni constituye en la actualidad un requisito para el cumplimiento de la obligación, no

¹⁰ Folio 351 Cuaderno 1.

¹¹ Folio 353 del Cuaderno 1.

hay justificación alguna para la no ejecución de la inversión establecida en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, tampoco para limitar o impedir la realización de actividades de protección y conservación necesarias para evitar o detener el deterioro de los recursos naturales existentes en la cuenca, con interpretaciones contrarias a su espíritu”¹².

Asevera que la reglamentación del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 nunca fue condición para el cumplimiento de la inversión forzosa. “Desde la expedición de la ley 99 de 1993 se determinó que la obligación correspondía al 1% del total de la inversión del proyecto, y con la expedición del Decreto 1900 de 2006 se identificaron ciertos costos relaciones con las etapas de construcción y montaje, que serían la base de la liquidación de la obligación del 1% y que se obtendrían del costo total del proyecto y no de las inversiones que generen tasas por uso del agua”¹³.

Señala que “[l]as obligaciones contenidas en la licencia ambiental otorgada a BP Exploration Company Colombia Limited, para el desarrollo del proyecto, así como el plan de manejo ambiental, tienen como objeto prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los posibles efectos ambientales que la obra o la actividad pueda ocasionar al medio ambiente, y están dirigidas a lograr que la empresa, al realizar su actividad económica adecue (*sic*) su conducta al marco normativo que la orienta, con el fin de que (*sic*) no cause deterioro al ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental”¹⁴. Y resalta que la inversión forzosa se impone como un deber social derivado de la función social y ecológica de la propiedad, cuando quiera que un proyecto toma agua directamente de fuentes naturales (para consumo humano, recreación, riesgo o cualquier actividad industrial o agropecuaria), con la finalidad de asegurar la preservación e integralidad del medio ambiente. De aquí que se trata de una carga que en manera alguna resulta homologable a los deberes específicos que surgen del plan de manejo ambiental aprobado dentro de la licencia, que se otorga a un proyecto con el fin de prevenir y gestionar los impactos que origina sobre el entorno.

¹² Folio 351 del Cuaderno 1.

¹³ Folio 344 del Cuaderno 1.

¹⁴ Folio 371 del Cuaderno 1.

Defiende su competencia para imponer el plan de inversiones con base en la facultad que le concede el artículo 5º de la ley 99 de 1993 cuando señala entre sus funciones “determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas”¹⁵.

Aduce que el plan de inversión constituye “un elemento planificador que permite tanto a la Empresa como a la autoridad ambiental conocer el estado de ejecución de la obligación de acuerdo con el cronograma de actividades, determinar el monto de la inversión, evaluar las actividades presentadas, aprobar inversiones como obligación del 1% y determinar el estado de cumplimiento de la obligación de acuerdo a las actividades ejecutadas por la empresa”¹⁶.

Indica que desconocer la legitimidad del deber de concertar las inversiones con la CAR impuesto en los actos administrativos atacados implica desconocer que tales entidades ostentan el papel de máximas autoridades ambientales en sus respectivas jurisdicciones, pues además de conocimiento de las condiciones ambientales de la región, tienen facultades para participar en los procesos de planificación y ordenación territorial de los demás organismos con competencias en el territorio con el fin de salvaguardar los aspectos ambientales de cualquier determinación¹⁷.

Se opone al cargo de defraudación de la confianza legítima, porque para que este prospere debe existir un cambio súbito en la legislación. Y en el caso que origina esta controversia, aduce, “la obligación de realizar una inversión del 1% del valor total del proyecto se encuentra consagrado en la ley 99 de 1993 (...) Por su parte, el acto administrativo acusado de generar el cambio súbito de la situación del particular, se limitó a establecer los parámetros según los cuales debería cumplirse con una obligación existente por ley”¹⁸, sin que en ningún momento genere ninguna modificación normativa.

Expresa que EL MINISTERIO cumplió con las formalidades previstas por la ley para expedir los actos atacados, respetando las garantías procesales aplicables

¹⁵ Folio 324 del Cuaderno 1.

¹⁶ Folio 328 del Cuaderno 1.

¹⁷ Folio 340 del Cuaderno 1.

¹⁸ Folio 354 del Cuaderno 1.

y motivando de manera adecuada y suficiente las determinaciones adoptadas con el fin de asegurar el cumplimiento de la Constitución y la ley¹⁹.

Y resalta que las normas ambientales son de orden público según lo previsto por el artículo 107 de la ley 99 de 1993, por lo que no pueden ser objeto de transacción o renuncia a su aplicación por las autoridades ni por los particulares²⁰.

III.- LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 8 de marzo de 2012 la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda. El fallo de primera instancia se apoya en las siguientes consideraciones:

Frente al primer cargo, integrado por los señalamientos de falsa interpretación el artículo 58 CP y del artículo 43 de la Ley 99 de 1993; 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; así como 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, el *a quo* estimó:

Que la actuación del MINISTERIO fue modificar la licencia con el fin de especificar la cuenca en la cual debía hacer la inversión del 1% tal como lo establece el párrafo de la norma para que pudiera ser cumplido por BP. Esto, en consideración a que no podía exigir el cumplimiento de una obligación que no había sido señalada de manera precisa en la licencia ambiental; de modo que en los actos demandados no se están desconociendo las inversiones realizadas por BP, sino que se está imponiendo una obligación emanada de la ley en los términos específicos para su cumplimiento.

Que en relación con la obligación de presentar un plan de inversión del 1%, EL MINISTERIO en ningún momento ha negado la posibilidad de que en ese

¹⁹ Folio 356 del Cuaderno 1.

²⁰ Folio 355 del Cuaderno 1.

documento se incluyan las actividades que se han desarrollado con anterioridad, lo mismo que las que se pretenden desarrollar en cumplimiento de esa obligación, de conformidad con el Decreto 1900 de 2006. Por esto en los actos demandados no se ha establecido de manera específica qué inversiones se aceptaban y qué inversiones no se aceptaban. Por lo tanto, lo que se pretende con el deber de formulación del plan es estudiar si las inversiones que se quieren llevar a cabo y hacer valer son aptas y necesarias para dar cumplimiento a la finalidad del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993.

Que como los actos demandados son de 2009, para esa fecha ya estaba en vigencia el Decreto 1900 de 2006, razón por la cual era aplicable su artículo 5, que establece en qué se puede invertir ese dinero cuando no haya plan de ordenación y manejo de la cuenca hidrográfica. En consecuencia, no es necesaria la existencia del plan de ordenación de cuenca para poder dar cumplimiento a la inversión forzosa del 1%.

Por lo anterior, el primer cargo no prosperó.

Frente al segundo cargo, integrado por los señalamientos de interpretación errónea del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del artículo 1 del Decreto 1220 de 2005; violación del numeral 1 del artículo 1 y del artículo 3 de la Ley 99 de 1993, así como del artículo 80 de la Constitución; falta de aplicación del artículo 6 del Decreto Reglamentario 155 de 2004; y violación directa del artículo 83 de la Constitución por infracción directa, que consagra el principio de confianza legítima, el *a quo* consideró:

Que con los actos demandados EL MINISTERIO no está desconociendo las inversiones realizadas por BP con anterioridad a la modificación de la licencia ambiental, simplemente ha establecido 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 esas inversiones, ese acto podrá demandarse. Y aclara que mientras esa circunstancia no se presente, no puede el juez administrativo pronunciarse acerca de si las inversiones que se han llevado a cabo pertenecen o no a inversión forzosa, pues ese asunto no se decidió en los actos enjuiciados.

Que aun cuando en la demanda se menciona la sentencia C-495 de 1996 y su postura en el sentido que el 1% de inversión forzosa debe corresponder solo al total de la inversión que ha generado tasas por utilización de agua y no del total de toda la inversión, tal pronunciamiento del Alto Tribunal no constituye un precedente vinculante, porque tal manifestación no pasa de ser un *obiter dictum*, es decir, una afirmación carente de fuerza vinculante precedencial. Esto, debido a que la *ratio decidendi* de dicho fallo 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.

Que para estudiar sobre cuál monto debe hacerse la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 se debe tener en cuenta todo el texto de la disposición, así: La primera parte del artículo, referente a las tasas por utilización de agua; entendiendo por tasa el tributo que se origina de la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente, que solo paga quien utiliza. De acuerdo con la ley la tasa hace parte de los recursos que el legislador le puede asignar a las Corporaciones Autónomas Regionales a fin de que cumplan con el mandato constitucional previsto en el artículo 80 de la Constitución, según el cual se propugnará por la conservación del medio ambiente. Y como una norma aparte, el párrafo, que regula una institución diferente: una inversión forzosa, en virtud de la cual 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 del 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. Es el propietario del proyecto quien debe invertir ese dinero en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determine en la licencia ambiental como expresión de la función social y ecológica del derecho de que es titular.

Que por lo tanto es claro que la tasa consagrada en la primera parte de la disposición y la inversión forzosa del párrafo son gravámenes diferentes, con finalidades diferentes; razón por la cual 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 como la norma lo consagra de manera expresa.

Que la razón por la cual la inversión forzosa del 1% se debe hacer con base al monto total del proyecto es la función social y ecológica de la propiedad, la preocupación por la protección y conservación de los recursos naturales, de tal forma que, al exigirse por una sola vez, no resulta una carga demasiado gravosa.

Que la Corte Constitucional en la sentencia C-220 de 29 de marzo de 2011, al estudiar la exequibilidad del primer párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, sostuvo que la inversión forzosa del 1% es una medida razonable y proporcionada, que persigue finalidades legítimas e imperiosas (preservación, recuperación y conservación de las cuencas hídricas del país), es idónea para alcanzar el fin respectivo (porque la carga incrementa los costos y desincentiva aquellos proyectos cuya utilidad no sea superior al costo de la realización, incluidos los costos ambientales) y es ponderada en estricto sentido (porque no implica una limitación desproporcionada de los derechos de los obligados, además de permitir alcanzar beneficios en materia ambiental).

Que por todas estas razones no cabe duda que la obligación de la inversión del 1% debe tomarse del valor total del proyecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1900 de 2006.

Por estas razones el segundo cargo no prosperó.

Frente al tercer cargo, integrado por los señalamientos de violación de los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución e indebida o falsa motivación, el *a quo* consideró:

Que en las resoluciones demandadas se especificó la obligación legal de BP de destinar como mínimo un 1% del valor del proyecto en actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica del río Cusiana y se estableció que para eso debía presentar, en un plazo no mayor a tres meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades, para la evaluación y aprobación por parte del Ministerio.

Que el Decreto 1900 de 2006 estaba vigente para la época en la que se expidieron las resoluciones demandadas, y establece en su artículo 4 que 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: 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.

Que por medio de este Decreto el Gobierno Nacional estableció el programa de inversión así como su contenido mínimo, razón por la cual no se encuentra vulneración alguna al principio de legalidad, puesto que para el momento en el que se impuso esta obligación el decreto ya se encontraba vigente.

Que además de la obligación consagrada en el Decreto, EL MINISTERIO obró en ejercicio de sus funciones generales conferidas por el artículo 5 de la ley 99 de 1993, por lo que podía solicitar el plan de inversiones. Esto, puesto que “el Ministerio de Ambiente tiene dentro de sus funciones regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, para mitigar o reducir el impacto de actividades contaminantes del patrimonio natural”²¹.

Por lo anterior, el tercer cargo no prosperó.

Frente al cuarto cargo examinado, consiste en la indebida o falsa motivación, el Tribunal consideró que infundados los señalamientos puesto que, como se dijo con antelación, en los actos demandados no se desconocieron las inversiones realizadas sino que se estableció esta obligación modificando la licencia.

Y en relación con el supuesto cargo de inexistencia de fundamento de la obligación de concertar el plan de inversiones con la CAR, encontró el Tribunal que dicha obligación no se impuso, “sino que se dispuso que si bien el plan de inversiones era aprobado por el Ministerio, la Corporación Autónoma Regional de Orinoquía, por ser la autoridad ambiental con jurisdicción en el área de influencia sobre el proyecto, contaría con un término máximo de treinta días para emitir el concepto respectivo, por lo que la obligación de concertación no se impuso”²².

Por lo anterior, el cuarto cargo no prosperó.

²¹ Folio 720 del Cuaderno 2.

²² Folio 722 del Cuaderno 2.

IV.- LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia²³.

Los fundamentos de la impugnación se sintetizan en los siguientes argumentos:

Frente a las consideraciones del Tribunal en relación con el primer cargo (tal como agrupó las censuras de la demanda), subraya el apelante:

Que pese a las cuantiosas inversiones realizadas en la cuenca hidrográfica de la que tomó el recurso para su proyecto, efectuadas por BP con anterioridad a la modificación de su licencia, éstas fueron desconocidas e ignoradas por las resoluciones demandadas. En criterio del recurrente, “el Ministerio sí desconoció tales actividades e inversiones en las citadas resoluciones, puesto que, si la entidad administrativa hubiera tomado en consideración dichas inversiones y entendido, por lo tanto, que la inversión del 1% ya estaba cumplida (...) no habría tenido que modificar la licencia ambiental, imponiendo dicha obligación y exigiendo además la presentación de un plan de inversiones acompañado de un cronograma de actividades”²⁴. Y enfatiza que si dicha aceptación hubiese sido parcial, “en las resoluciones demandadas la autoridad administrativa ha debido aclarar cuáles actividades eran aceptadas y cuál era el saldo con respecto a aquello que el Ministerio consideraba debía cumplirse”²⁵.

Que el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 “no puede interpretarse en el sentido de imponer una carga arbitraria y ajena por completo al uso del recurso. En tal sentido la obligación del 1%, como lo sostuvo la H. Corte Constitucional, debe tener relación proporcional con el uso del recurso hídrico”²⁶.

Que a falta de reglamentación del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 existía gran incertidumbre respecto de cómo efectuar la inversión forzosa establecida, y “no había forma de saber qué inversiones pueden contabilizarse como imputables al 1%, distinto del preciso lineamiento brindado por la Corte

²³ Folios 725-777 del Cuaderno 2.

²⁴ Folio 728 del Cuaderno 2.

²⁵ Folio 729 del Cuaderno 2.

²⁶ Folio 732 del Cuaderno 2.

Constitucional en su fallo C-495 de 1996”²⁷. Y por ese motivo, afirma, “[c]ualquier obra o actividades, sin importar su destino, con la cual se hubiere logrado el objetivo de la inversión forzosa, debe aceptarse como forma de cumplimiento de la obligación del 1%”²⁸; máxime cuando en la licencia no se incluyó la obligación del 1% ni se indicó en qué cuenca debió haberse ejecutado.

Frente a las consideraciones expuestas por el Tribunal frente al segundo cargo abordado en la sentencia de primera instancia, el recurso enfatiza nuevamente que se incurrió en el error de creer que no se ignoraron las inversiones previamente realizadas, cuando es ostensible que sí fue así. Resalta que lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1996 en relación a la base de cálculo de la inversión forzosa no es un mero *obiter dictum*, pues se encuentra unido al sentido de la decisión allí adoptada. Y destaca que la aplicación de las normas del Decreto 1900 de 2006 a un proyecto que viene desde antes de su vigencia y a inversiones efectuadas sin un parámetro normativo claro y cierto resulta irregular. Por esto afirma que “lo que el juez administrativo debía hacer era aplicar los criterios racionales de interpretación a fin de concluir cuál era la mejor interpretación posible del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Esos parámetros arrojan que tenía que haber una proporcionalidad entre el valor de la obligación y el uso del agua, esto es, que el valor de la obligación se debía calcular sobre las actividades que generaran uso de agua”²⁹.

Respecto de lo resuelto por el *a quo* frente al tercer cargo estudiado en el fallo apelado, el recurso insiste en la infracción del principio de legalidad, por encontrar que “no es cierto que con base en las consagradas en dichas ley se esté facultado al Ministerio para imponer obligaciones específicas a los particulares, que la misma ley no estableció ni tipificó. Si se observa bien, las facultades puestas de presente por el Tribunal consisten en la posibilidad de expedir reglamentaciones generales sobre los aspectos a su cargo. Pero por ninguna parte tales normas autorizan a la entidad para imponer obligaciones o cargas adicionales a las establecidas en el artículo 43 de la misma ley. En últimas el Ministerio solo debía y podía exigir lo previsto en esta norma en la que no se dio autorización a la administración para obrar en la manera que se ha cuestionado”³⁰. Por ende se

²⁷ Folio 733 del Cuaderno 2.

²⁸ Folios 735-736 del Cuaderno 2.

²⁹ Folio 739 del Cuaderno 2.

³⁰ Folio 744 del Cuaderno 2.

opone a validar la obligación de presentar un plan de inversiones no previsto en la ley.

Finalmente, frente al cuarto cargo, tras insistir una vez más en el patente desconocimiento por parte del MINISTERIO de las inversiones efectuadas antes de la modificación de la licencia, el recurrente plantea que “en el caso en estudio no existe ni el soporte jurídico ni fáctico para que el Ministerio haya expedido las resoluciones e impuesto a la demandante 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 el mismo ente en la fecha en la que las mismas se ejecutaron”³¹. Y remarca que no existía fundamento jurídico alguno para exigir la presentación del plan de inversiones, ni para obligar a la concertación de estas erogaciones con la CAR, ni para calcular el valor del 1% respecto del costo total del proyecto.

Adicionalmente señala el recurso:

Que EL MINISTERIO carece de fundamento normativo para considerar que la inversión forzosa del 1 % no puede comprender gastos efectuados en el marco del plan de manejo ambiental³². Y que este ente no puede pretender aplicar retroactivamente la restricción que en ese sentido surgió solo a partir de la expedición del Decreto 1900 de 2006; pues, anota, antes de dicha reglamentación no existía claridad respecto de qué abarcaba y podía abarcar la inversión forzosa.

Que según lo establecido en la ley, el objeto de la inversión forzosa es la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hídrica respectiva; por lo que cualquier inversión cuyo propósito sea ese “debe servir para amortizar o evidenciar el cumplimiento de ese deber legal”³³.

Que el proyecto de Pozos Múltiples Buenos Aires Y se limitó a un consumo no superior a 1,5 litros de agua por segundo para uso industrial y 0,5 litros por segundo para uso doméstico, a pesar de lo cual BP efectuó inversiones que ascendieron a los U\$ 413.106, 77, superando ampliamente el valor al que debería

³¹ Folio 475 del Cuaderno 2.

³² Folio 763 del Cuaderno 2.

³³ Folio 772 del Cuaderno 2.

estar obligado conforme a una recta interpretación del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993³⁴.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 27 de julio de 2012³⁵ el Despacho Ponente admitió el recurso interpuesto contra el fallo de primera instancia. Posteriormente, mediante auto de 26 de octubre de 2012³⁶ se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rinda su concepto.

Tanto EL MINISTERIO³⁷ como BP³⁸ presentaron sus alegaciones, en las que se reiteran las posturas esgrimidas a lo largo del proceso y se hace énfasis en los siguientes aspectos:

EL MINISTERIO acentúa las diferencias existentes entre la inversión forzosa y el plan de manejo ambiental teniendo en cuenta que la primera “deriva del hecho que el proyecto involucre en su ejecución el uso de agua, tomada directamente de fuentes naturales (...) por lo cual se deben realizar actividades de recuperación, preservación y vigilancia, mientras que la obligación de inversión 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 de un proyecto, obra o actividad, previa evaluación de los impactos ambientales”³⁹. Resalta que puede haber proyectos sujetos a licencia que presenten plan de manejo ambiental, que por no usar agua captada de fuente estén exentos de la obligación del 1%, sin que resulte argüible que los costos de aplicación de aquél son imputables a ésta. Y resalta 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 “sin dar la oportunidad a toda la cuenca (parte alta o nacimientos, parte media y parte baja o desembocadura), de recibir inversión en cumplimiento de dicha obligación”⁴⁰.

³⁴ Folio 772 del Cuaderno 2.

³⁵ Folio 4 Cuaderno 3.

³⁶ Folio 7 Cuaderno 3.

³⁷ Folios 8-20 del Cuaderno 3.

³⁸ Folios 25-68 del Cuaderno 3.

³⁹ Folio 11 del Cuaderno 3.

⁴⁰ Folio 11 del Cuaderno 3.

BP, por su parte, insiste de nuevo en el ilegal y arbitrario desconocimiento por parte de EL MINISTERIO de las inversiones previamente efectuadas y pone el acento en que por falta de discriminación legal, "cualquier actividad encaminada a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica será imputable a la inversión forzosa del 1%"⁴¹. Por esto aduce que las actividades de monitoreo de aguas, seguimiento ambiental, manejo y disposición de residuos sólidos, tratamiento de aguas y tratamiento de cortes y fluidos industriales efectuados por BP en favor de la cuenca del río Cusiana, deben imputarse al cumplimiento de la referida obligación de inversión forzosa. Y renueva el argumento según el cual la falta de una reglamentación oportuna del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 "no daba opción diferente al interesado de invertir directamente en la fuente en aras de no afectar su condición ambiental, así tales obras formaran parte del PMA. Antes del Decreto 1900 de 2006 no había forma de saber qué inversiones podían contabilizarse como imputables al 1% distinto del preciso lineamiento brindado por la Corte Constitucional en su fallo C-495 de 1996 (que el Ministerio pretende desconocer). // Con la expedición del Decreto 1900 de 2006, por medio del cual se reglamentó el párrafo del artículo 43, se demuestra que efectivamente la norma carecía de reglamentación y que su cumplimiento antes de su expedición no era viable, pues la ley, contrario a lo que se dice en las resoluciones acusadas de ser ilegales, no ofrecía claridad sobre el objeto de la inversión y los términos en los que ésta debía cumplirse"⁴².

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La agencia delegada del Ministerio Público ante el Consejo de Estado guardó silencio.

VII.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

⁴¹ Folio 64 del Cuaderno 3.

⁴² Folio 67 del Cuaderno 3.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- Los actos demandados.

Resolución No. 1063

(09 de junio de 2009)

“Por medio del cual se modifica la Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994”

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Modificar la Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994, en el sentido de adicionar la siguiente obligación:*

“La empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LTD. 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 de construcción de instalaciones y perforación exploratoria de los Pozos Múltiples Buenos Aires Y, para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográficas (sic) del Río Cusiana localizada en el municipio de Tauramena, departamento de Casanare, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor a tres (3) mes (sic) 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 las establecidas en el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUÍA- y ejecutadas directamente por la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LTD.

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

PARÁGRAFO. *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 cumplan con los objetivos de la inversión del 1% y no correspondan a las demás obligaciones establecidas en el plan de manejo ambiental y en la*

licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto mediante la Resolución 0034 del 25 de marzo de 1994.

ARTÍCULO SEGUNDO: *Los demás términos, condiciones y obligaciones establecidas en la Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994, proferidas por este Ministerio, continúan vigentes.*

(...)

Resolución No. 1979

(15 de octubre de 2009)

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución No. 1063 del 9 de junio de 2009”.

ARTÍCULO PRIMERO: *Confirmar la Resolución No. 1063 del 9 de junio de 2009, mediante la cual se modificó la Resolución No. 0034 del 25 de marzo de 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.*

(...)

3.- Solicitud de audiencia.

La parte recurrente, en la oportunidad prevista en la ley solicitó audiencia pública con el fin de exponer directamente los puntos de hecho y de derecho a que se contrae la presente controversia⁴³.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 147 del CCA, la convocatoria de audiencia pública constituye una decisión potestativa del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos. Por considerarla innecesaria para dilucidar el asunto sometido a consideración de la Sala, se resuelve negar la solicitud elevada.

4.- Problemas jurídicos a resolver.

De los antecedentes expuestos se desprende que en el caso bajo revisión se debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

⁴³ Folio 25 del Cuaderno 3.

- i) ¿Supone la modificación de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0034 de 1994 el desconocimiento de las inversiones previamente efectuadas por BP?
- ii) ¿Debe la inversión forzosa del 1% establecida por el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 calcularse sobre la base del valor correspondiente a las inversiones que generan tasas por uso de agua, o debe tomarse como referencia el valor global del proyecto sujeto a licencia?
- iii) Debido a que la reglamentación de la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 solo se expidió hasta 2006, con el Decreto 1900, ¿cualquier inversión realizada antes de la entrada en vigor de dicho reglamento, destinada a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, se debe tener por válida para efectos de acreditar el cumplimiento de la obligación consistente en la referida inversión forzosa?
- iv) ¿Es legítimo considerar que las inversiones efectuadas en el marco del plan de manejo ambiental no son admisibles para efectos de acreditar el cumplimiento de la inversión forzosa del 1%? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿no entraña ello la aplicación retroactiva de las disposiciones del Decreto 1900 de 2006?
- v) ¿Es válida la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de presentar un plan de inversiones el respectivo cronograma de actividades, para la evaluación y aprobación por parte de aquél? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿cuál es el fundamento jurídico de dicha obligación?
- vi) ¿Es válida la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA las inversiones a realizar? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿cuál es el fundamento jurídico de dicha obligación?

5.- Análisis del caso.

Dada la identidad sustancial que se presenta con la cuestión debatida por la Sala en un asunto anterior, en el que también fue parte demandante BP y parte demandada el MINISTERIO, y donde se debatieron los mismos interrogantes, por considerar que de lo allí expuesto se derivan los elementos fundamentales para dar solución a los problemas jurídicos planteados, en primer lugar se efectuará

una reiteración de jurisprudencia (5.1), para enseguida pasar a dar respuesta a los interrogantes enunciados (5.2). Con base en tales consideraciones se resolverá el asunto examinado (6).

5.1. Reiteración de jurisprudencia.

Por encontrar identidad fáctica y jurídica entre el asunto bajo estudio y la situación debatida en la sentencia de 16 de julio de 2015⁴⁴, la Sala prohíja en su integridad las consideraciones entonces expuestas, por encontrar que ellas permiten derivar la respuesta a cada uno de los problemas jurídicos planteados en el *sub judice*:

“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.

(...)

*De suma importancia resulta la modificación introducida mediante la Resolución 0622 de 2009 a la Resolución 1587 de 2008, ya que el parágrafo 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 parágrafo del artículo 1º de la Resolución 622 de 2009 objeto de nulidad, está dando cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo 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:

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de Julio de 2015, Rad. No. 25000232400020090036401. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

- 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, entendiéndose 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 domiciliar 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 2° 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.

(...) el determinar si el 1% de la inversión forzosa a que alude el parágrafo 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 esta⁴⁵, 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.

Pues bien en la citada sentencia, la alta corporación judicial declaró exequible el artículo 43 y el parágrafo 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)

⁴⁵ 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

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 párrafo 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 párrafo 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 1996.

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 párrafo 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:

“2.2.3. 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 párrafo 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

(...)

2.8.3.5. 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.

(...)

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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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 2011 , que se refirió al párrafo 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 párrafo 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 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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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.

(...)

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.

*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 párrafo 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%-(párrafo 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.

(...)

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.

(...)

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 párrafo 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)

(...)

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 expedieran 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 parágrafo del artículo 1° 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 4° 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 31º.- 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 párrafo 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”.

5.2. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Con base en las consideraciones expuestas, procede la Sala a dar contestación a cada uno de los cuestionamientos formulados en el apartado 4 de esta providencia:

- i) ¿Supone la modificación de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución No. 0034 de 1994 el desconocimiento de las inversiones previamente efectuadas por BP?

No. La modificación efectuada sencillamente es expresión de la adaptabilidad de las licencias ambientales a las cambiantes circunstancias y exigencias de interés general que rodean esta clase de autorizaciones, que en el caso particular se ejercita con el fin de adicionar la licencia para hacer expresa la obligación legal de efectuar una inversión forzosa correspondiente al 1% del valor del proyecto en la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, en los términos fijados por el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Y tal como se pone de presente en el párrafo del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009, **tal modificación no excluye el reconocimiento de las inversiones efectuadas con anterioridad, tan solo sujeta su convalidación a la aprobación previa del MINISTERIO.** En efecto, como se dispone en el párrafo del artículo 1º de la Resolución en comento:

PARÁGRAFO. *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 cumplan con los objetivos de la inversión del 1% y no correspondan a las demás obligaciones establecidas en el plan de manejo ambiental y en la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto mediante la Resolución 0034 del 25 de marzo de 1994.*

De aquí que como se destaca en la parte motiva de la Resolución No. 1063 de 2009, una vez presentada la documentación correspondiente, deba el MINISTERIO pronunciarse sobre la validez de las inversiones previamente realizadas. Y en caso de discrepar BP de tal consideración pueda acudir al órgano judicial a solicitar el respectivo control de legalidad de lo resuelto en concreto por la Administración.

- ii) ¿Debe la inversión forzosa del 1% establecida por el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 calcularse sobre la base del valor correspondiente a las inversiones que generan tasas por uso de agua?

No. Tal como se explica ampliamente en el reciente fallo de 16 de julio de 2015 de esta Sala de Decisión (CP: María Claudia Rojas Lasso), cuyas consideraciones se retoman en esta providencia, por entrañar una carga administrativa que nada tiene que ver con la tasa por uso del agua regulada por el artículo 43 en su inciso primero, y constituir una manifestación de la función social y ecológica de la propiedad que entronca con el deber de conservación y preservación del ambiente inherente y correlativo al derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, **la obligación forzosa del 1% se debe calcular sobre el valor global del proyecto**. Que ello pueda dar lugar a situaciones como la indicada por la parte actora en sus diferentes escritos, en los que plantea la hipótesis de un proyecto de costo elevado pero consumo mínimo de agua que terminaría pagando un alto cargo por este concepto en absoluto enerva la validez de este gravamen tal como fue regulado por la ley, que con el fin de promover un consumo racional y eficiente del recurso hídrico estableció un incentivo económico para que aquellos proyectos que pueden prescindir de la utilización de agua de fuentes naturales lo hagan⁴⁶. No se puede perder de vista que el gravamen solo se causa frente a los proyectos que involucren en su ejecución el **uso del agua tomada directamente de fuentes naturales**, luego corresponde a la planeación de cada proyecto llevar a cabo las valoraciones respecto a qué resulta más eficiente desde el punto de vista financiero (análisis costo-beneficio) y a la autonomía decisoria de cada empresario definir la mejor opción globalmente considerada para un emprendimiento específico.

- iii) Debido a que la reglamentación de la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 solo se expidió hasta 2006, con el Decreto 1900, ¿cualquier inversión realizada antes de la entrada en vigor de dicho reglamento, destinada a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, se debe tener por válida para efectos de acreditar el cumplimiento de la obligación consistente en la referida inversión forzosa?

⁴⁶ No se debe dejar de lado que, conforme ha sido señalado por la Corte Constitucional, los instrumentos económicos previstos por la ley 99 de 1993 "son herramientas previstas por el Legislador para el desarrollo de estas tareas y para hacer efectivo el principio "el que contamina paga". Por tanto, con ellos se busca no solamente la consecución de recursos para financiar la política ambiental, especialmente en materia de recursos hídricos, **sino también desincentivar conductas contaminantes e incentivar la conservación y protección del ambiente y el diseño de tecnologías amigables con él**". Cfr. Sentencia C-220 de 2011.

En absoluto. La postura de la demandante, que apunta a convalidar cualquier clase de obra o actividad favorable a la recuperación, preservación y conservación de la cuenca efectuada antes de 2006 para efectos de acreditar el cumplimiento de la inversión forzosa del 1% del valor del proyecto, si bien podría justificarse a la luz del vacío normativo existente hasta 2006 en punto al sentido concreto del alcance de las inversiones que se deben efectuar bajo este rubro, no es de recibo, ya que el mismo enunciado legal del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 es claro en señalar la necesidad que la Administración determine en qué obras y actividades de recuperación, preservación y conservación de la cuenca se debe invertir el dinero correspondiente a la inversión forzosa.

iv) ¿Es legítimo considerar que las inversiones efectuadas en el marco del plan de manejo ambiental no son admisibles para efectos de acreditar el cumplimiento de la inversión forzosa del 1%? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿no entraña ello la aplicación retroactiva de las disposiciones del Decreto 1900 de 2006?

No es posible imputar las obras y actividades ejecutadas en desarrollo del plan de manejo ambiental al cumplimiento de la inversión forzosa del 1%, tal como propone BP. Esto, porque ello desconoce una elemental regla de la hermenéutica jurídica: la del efecto útil. De acuerdo con este parámetro de interpretación de las normas, “entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero”⁴⁷. En consecuencia, encuentra la Sala que la posición que plantea la demandante riñe con este principio, porque termina por tornar superflua o irrelevante la clarísima distinción impuesta por ley entre la institución del plan de manejo ambiental y la carga administrativa que entraña la inversión forzosa del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Siendo institutos diferentes en su origen, objeto, alcance y finalidad, y a falta de una disposición legal expresa que así lo instituyera, no se ve como las actividades realizadas en cumplimiento de uno pueden pretender imputarse simultáneamente al otro.

Se impone entonces, conforme a la diferenciación efectuada por la ley, separar las órbitas propias de cada uno de estos instrumentos de protección ambiental y velar porque su interpretación y aplicación posibiliten el cumplimiento de la función específica de cada uno de ellos. Por un lado, el plan de manejo ambiental, nítida

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1992.

manifestación de los principios de prevención y desarrollo sostenible, constituye un instrumento esencial para la gestión ambiental de los impactos de un determinado proyecto, en tanto conjunto de medidas y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados del proyecto, obra o actividad que se autoriza. La inversión forzosa, en cambio, constituye un instrumento económico que se traduce en una carga que puede tener que llegar a ser asumida por el propietario de un proyecto en desarrollo de la función social y ecológica de su derecho según las decisiones que adopte, pues se trata de una figura que al tiempo que permite la consecución de recursos para financiar la recuperación, preservación y vigilancia de una cuenca hidrográfica, puede también (y ese es su verdadero objetivo) desincentivar impactos ambientales o conductas contaminantes (como la utilización del recurso hídrico tomado de fuente natural, en este caso) y promover comportamientos más eficientes desde la óptica de la conservación y protección del ambiente (implantación de tecnologías limpias, sustitución de componentes o recursos, etc.).

De aquí que, con independencia de que el cumplimiento de una y otra pueda traducirse en la realización de medidas que redunden en beneficio de los recursos naturales de una determinada cuenca, en manera alguna puedan equipararse y que no sea aceptable que el cumplimiento de una termine por relevar en la práctica del deber de acatamiento de la otra.

En este orden, siendo la distinción entre plan de manejo ambiental e inversión forzosa una diferenciación impuesta por la ley, su aplicación no puede tomarse como consecuencia del Decreto 1900 de 2006, ya que éste no hizo nada distinto a formalizar una realidad establecida por la propia ley 99 de 1993.

- v) ¿Es válida la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de presentar un plan de inversiones el respectivo cronograma de actividades, para la evaluación y aprobación por parte de aquél? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿cuál es el fundamento jurídico de dicha obligación?

De acuerdo con las normas vigentes para el momento en que se adoptaron las decisiones demandadas, la obligación de presentar el plan de inversiones con el correspondiente cronograma de actividades que EL MINISTERIO impuso a BP en

los actos administrativos *sub examine* es válida. En efecto, así lo prevé el artículo 6º del Decreto 1900 de 2006, expedido por el Presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993. Además de gozar de presunción de legalidad y de ser vinculante hasta que se suspenda provisionalmente o se prive de efectos por haberse acreditado judicialmente su infracción de normas superiores, esta misma Sala de Decisión ha declarado que buena parte de su articulado (en concreto los artículos 1, 2 y 3) es acorde con lo previsto por el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993⁴⁸. Por esta razón su aplicación es imperativa; máxime a falta de razones que fundamenten una excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad, que la parte apelante no relaciona en su demanda, y que este Juez no aprecia para declarar de oficio.

Toda vez que el proyecto Pozos Múltiples Buenos Aires Y nunca presentó ni obtuvo formalmente la aprobación de las autoridades ambientales de un programa de inversiones del 1% (ello ni siquiera fue objeto de regulación en la licencia ambiental inicialmente otorgada), se puede afirmar que hasta el momento (y probablemente hasta la expedición de los actos administrativos que aprueben dicho plan) no ha dado lugar a la consolidación de ninguna situación jurídica frente a este asunto. Por esta razón su caso se enmarca dentro de lo previsto por el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 1900 de 2006, disposición que establece un 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

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de agosto de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2006-00398-00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

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.”

Al ser aplicable al caso concreto esta disposición (i) no hay duda que el cumplimiento de esta carga legal se sujeta al régimen previsto por el Decreto 1900 de 2006; lo cual implica (ii) que debe observar el deber de presentar el correspondiente plan de inversión para la aprobación de la autoridad ambiental.

Que el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 no haga mención expresa a esta carga en absoluto resta validez al deber impuesto por el Decreto 1900 de 2006: de un lado, como se mencionó atrás, por estar vigente al momento de la adopción de la Resolución No. 1063 de 2009 y por haber previsto un régimen de transición aplicable a casos como el *sub examine*, es la normativa que rige el asunto en concreto. De otro, BP parece desconocer el alcance de la potestad reglamentaria de la ley que la Constitución reconoce al Presidente, la cual si bien no puede desconocer, ni modificar ni desvirtuar lo previsto por el legislador, si puede (de hecho, debe) establecer aquellas reglas tendientes a posibilitar y a asegurar la cabal efectividad de las previsiones legales. De lo contrario, de reducirse a la mera reiteración o réplica de las reglas fijadas por la ley, nada añadiría el reglamento ejecutivo al ordenamiento jurídico, perdiendo sentido y funcionalidad. De aquí que al pronunciarse sobre la legalidad del propio Decreto 1900 de 2006, esta misma Sala de Decisión haya resaltado que “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”⁴⁹, y haya avalado así una reglamentación que pese a no ser reiteración de lo dispuesto en la ley, la desarrolla y permite su cumplimiento. Lo anterior no obsta para que se entienda, como ha sido destacado al unísono la jurisprudencia a lo largo del tiempo, que esta potestad deba ejercerse en el estricto marco que representan los criterios de necesidad y de

⁴⁹ Idem.

competencia, como límites específicos a la facultad reglamentaria del ejecutivo⁵⁰, orientados a asegurar la efectividad del principio de legalidad.

En consecuencia, no cabe duda de la validez de la obligación impuesta de presentar un plan de inversiones, ni de que su fundamento estriba en el régimen de transición fijado por el artículo 6º del Decreto 1900 de 2006.

vi) ¿Es válida la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA las inversiones a realizar? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿cuál es el fundamento jurídico de dicha obligación?

Para la Sala, la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones atrás referida **no es válida**. Esto, toda vez que una lectura atenta del párrafo 1º del artículo 4 del Decreto 1900 de 2006 permite evidenciar que aun cuando esta normativa contempla la participación de la autoridad ambiental con jurisdicción en la zona donde se adelanta el proyecto en el trámite de aprobación del plan de inversiones, esta intervención está prevista con un alcance distinto del que se le dio en las resoluciones atacadas. En efecto, el párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1900 de 2006 es del siguiente tenor:

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.

Así, contrario a lo afirmado por la Sala en el fallo de 16 de julio de 2015, en el que se validó la obligación impuesta a BP de concertar el plan de inversiones con CORPORINOQUÍA de manera previa a su presentación ante el MINISTERIO,

⁵⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 15 de julio de 1994, Rad. 5393 y del 26 de agosto de 1994, Rad. 5312B. C.P.: Guillermo Chahín Lizcano. En igual sentido, entre otras, véase las sentencias de la Sección Tercera, Subsección B, del 29 de agosto de 2013, Rad. 11001032600020050007600(32293). C.P. Danilo Rojas Betancourth; y del 21 de noviembre de 2013 de esta Sección, citada *ut supra*. También se destaca la importancia de la competencia y del respeto a los límites que fija el texto legal reglamentado, de la Sección Primera, entre otras, las sentencias del 29 de julio de 2010, Rad. 11001032400020020024901. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta; del 19 de marzo de 1998, Rad. 11955; o del 28 de agosto de 1997, Rad. 12574. C.P.: Silvio Escudero Castro.

encuentra la Sala que del precepto citado se desprende que aun cuando resulta legítima la vinculación de la autoridad ambiental correspondiente al proceso de aprobación del plan de inversiones , no lo es que tal intervención, que el Decreto 1900 de 2006 centra en la expedición de **un concepto que ilustre el criterio del MINISTERIO, mute en los actos atacados en una obligación previa de concertación** no prevista por la ley ni por el citado reglamento.

En efecto, en virtud de lo previsto por el párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1900 de 2006 es ostensible que la vinculación de la autoridad ambiental en la zona de influencia del proyecto al proceso de aprobación del plan de inversiones por EL MINISTERIO deberá darse **mediante la emisión de un concepto, y no de una fase de concertación previa** no contemplada por la ley ni por el Decreto en comento. De ahí que a efectos de proferir dicho concepto prevea la disposición en cita que de forma simultánea con su presentación al MINISTERIO, la parte interesada deberá radicar ante aquella (la CAR correspondiente) el respectivo plan de inversión, dándole treinta días para emitir su pronunciamiento. Ello, en consideración a la importancia de sus funciones y a su especial conocimiento de la región, su territorio y sus recursos naturales. No debe perderse de vista que según lo previsto por el numeral 18 del artículo 31 de la ley 99 de 1993, a estas entidades corresponde “[o]rdenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas nacionales”; y son también las responsables de “[e]jercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables” (artículo 31.12 de la ley 99 de 1993). Por ende, su criterio, plasmado en el concepto proferido, resulte de valor y utilidad para el proceso de valoración y aprobación del plan de inversiones.

Con todo, ello no puede dar lugar a entender, y así lo expresa la Sala en esta ocasión para rectificar lo dicho en su pronunciamiento anterior⁵¹, que EL MINISTERIO esté en condiciones de variar las condiciones en que se debe dar dicha participación de las CAR e imponer una obligación de concertación previa que no solo carece por completo de cobertura legal, sino que contraviene lo establecido al respecto por el párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1900 de 2006.

⁵¹ Sentencia de 16 de Julio de 2015, Rad. No. 25000232400020090036401. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

Por este motivo la Sala anulará la expresión “*concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUÍA-*”, contenida en el párrafo 3º del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009 proferida por el MINISTERIO, cuyo enunciado, en virtud de esta decisión, quedará así:

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

6. La resolución del caso concreto.

De conformidad con los razonamientos expuestos a lo largo de esta providencia, la Sala debe confirmar la sentencia del 8 de marzo de 2012, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, salvo lo referente a la obligación impuesta a la BP de concertar previamente con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones a presentar ante EL MINISTERIO, contenida en la expresión “*concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUÍA-*”, plasmada en el párrafo 3º del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009 proferida por el MINISTERIO; la cual será anulada por las razones expuestas de manera precedente.

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

FALLA:

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 8 de marzo de 2012 por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en lo atinente a la obligación impuesta a la BP de concertar previamente con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones a presentar ante EL MINISTERIO, contenida en la expresión “*concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUÍA-*”, plasmada en el párrafo 3º del artículo 1º de la Resolución No. 1063 de 2009 dictada por EL

MINISTERIO; la cual se anula en los términos y por las razones expuestas en a la parte considerativa de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia del 8 de marzo de 2012, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VÁLDEZ GUILLERMO VARGAS AYALA