

MEMORANDO

Bogotá, D. C., 118 DIC 2012

[Handwritten signature]
18/12/12
9:33 am

PARA: ANDREA CORTES SALAZAR
Coordinadora Grupo Agroquímicos, proyectos especiales,
Compensaciones y 1%.

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Solicitud de concepto jurídico acerca de la inclusión de la figura de garantía extendida en la inversión de no menos del 1% específicamente para la actividad de instrumentación y monitoreo del recurso hídrico.

RAD. 4120-3-58002

De acuerdo a su memorando, respecto de la viabilidad de incluir dentro del presupuesto con cargo al Plan de inversión del 1% presentado por el titular de la licencia ambiental, la Figura de Garantía Extendida, dentro de la repotenciación de la red de monitoreo mediante la compra de estaciones automáticas, procede la Oficina Asesora Jurídica a brindar el apoyo solicitado:

La ley 99 de 1993, estableció dentro del Parágrafo Primero del artículo 43, modificado por el artículo 216, de la Ley 1450 de 2011 *"Todo proyecto que requiera licencia ambiental y 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, deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El beneficiario de la licencia ambiental deberá invertir estos recursos en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la respectiva cuenca hidrográfica, de acuerdo con la reglamentación vigente en la materia"*.

Por su parte, 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, por lo que conforme con la aludida 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.

En este orden, el Decreto 1900 de 2006, reglamentó el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, señalando entre otros, las condiciones para la exigibilidad de la inversión del 1%, algunos de los factores para tener en cuenta para la liquidación de la inversión, las reglas para su aprobación por parte de la autoridad ambiental y la destinación de los recursos como es el caso que nos ocupa.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado *"De acuerdo con el texto del párrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 en concordancia con el artículo 16 de la Ley 373, y sin tener en cuenta la reglamentación del Decreto 1900 de 2006, los elementos básicos de la carga demandada son los siguientes: (i) El obligado 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, y que requiere para su desarrollo de licencia ambiental. (ii) La causa de la carga es el uso de agua tomada directamente de una fuente natural. (iii) El valor 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."*¹

El aludido Decreto 1900 de 2006, dentro del artículo 5, estableció que la inversión deberá efectuarse conforme lo indicado en el Plan de Ordenación y manejo de la Cuenca Hidrográfica, de la cual se captó el recurso hídrico para la ejecución del proyecto licenciado y, en el evento de no existir éste, dichos recursos de inversión se podrán destinar en las obras o actividades indicadas en los literales de dicho artículo, dentro de los cuales se contempla entre otros, la instrumentación y monitoreo de recurso hídrico; siempre y cuando: *"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."*

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." (Párrafo 1° y 2° del Artículo 5 del Decreto 1900 de 2006).

En este orden, y de acuerdo a su solicitud de incluir dentro del presupuesto de inversión 1%, la Garantía Extendida por parte de los obligados a dar cumplimiento al requerimiento, se debe considerar como un "imprevisto", que es una figura utilizada en algunos contratos, al respecto la Contraloría General de la República, a través del concepto 4611 de 02 febrero de 2010, señaló:

¹ Corte Constitucional C-220-11 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"(...)

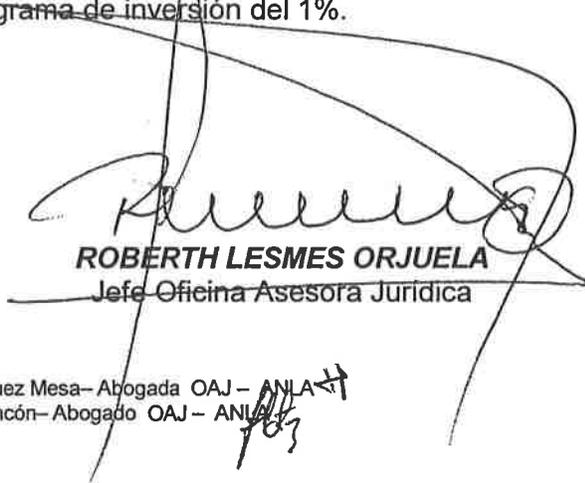
2.1.2. PAGO DE IMPREVISTOS.

El pacto de una cláusula que destine un porcentaje del valor del contrato estatal a cubrir el costo de los imprevistos que puedan ocurrir durante la ejecución, no puede llevar a la conclusión de que si durante dicha ejecución no incurren imprevistos, el porcentaje que se destinó para este concepto se convierte automáticamente en parte de la "utilidad" del contratista (...)

Así las cosas, la previsión e inclusión de un porcentaje del mismo valor del contrato para cubrir "imprevistos menores" que pueden surgir durante la ejecución del mismo, sin tener que suscribir un contrato adicional, se ajusta a los fines de la contratación pública (para evitar la paralización del contrato mientras se consiguen los recursos y se surten los trámites administrativos que permiten cubrir el costo de imprevistos menores que surjan durante la ejecución."

En consecuencia de lo anterior, el costo contemplado como imprevisto, no es un costo directo del proyecto, toda vez, que es una proyección de eventuales actividades que pueden ocurrir o no, estimando un monto que carece de soporte como inversión ejecutada.

Por lo tanto, y con base a que solo los montos destinados directa y efectivamente al cumplimiento de los objetivos de la inversión forzosa, contemplados en el Parágrafo Primero del Artículo 43 de la ley 99 de 1993, podrán ser tenidos en cuenta como parte del cumplimiento de ésta, por lo que, la inclusión de la figura de garantía extendida no es aceptable dentro del programa de inversión del 1%.


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Liliana Andrea Rodríguez Mesa – Abogada OAJ – ANLA
Revisó: Julián David Benítez Rincón – Abogado OAJ – ANLA

