

Bogotá, D. C., 13 MAY 2014

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA

Tatiana B.
13 MAY 2014
3:00 PM

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

Maldonado
Hoy 13-14

ANDREA CORTES SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

Andrea Cortes Salazar
13-05-14
H 2:50 PM

YESENIA VÁSQUES AGUILERA
Coordinadora Grupo Agroquímicos, Proyectos Especiales,
Compensación y 1%

Yessenia Vasques Aguilera
13-05-14
3:00 PM

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de concepto jurídico acerca de una propuesta presentada por EMERAL ENERGY titulada Propuesta conceptual para adelantar las inversiones del 1% por usos de agua y compensaciones ambientales en las operaciones de dicha empresa en Colombia

En atención a la solicitud de apoyo jurídico sobre la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación de inversión de no menos del 1% en cuencas hidrográficas de que trata el parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 sobre proyectos que hagan uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, abordando en primera medida, las características de la disposición normativa y jurisprudencia relacionada con el tema objeto de consulta, y en segundo lugar, la conceptualización jurídica del contrato de fiducia, tomando como referente los avances de la jurisprudencia y su relación con la obligación de inversión por parte de los responsables de los proyectos, obras o actividades. Conforme a esto, se desarrollan los siguientes puntos de análisis:

1. Naturaleza de la obligación de inversión de la disposición del parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 e interpretación jurisprudencial

En la actualidad existen problemas sobre la ejecución de los recursos destinados a la recuperación y conservación de las cuencas hidrográficas, por lo cual, la obligación de inversión de no menos del 1% establecida en parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, es un elemento material importantes con el que cuentan las autoridades ambientales para la ejecución de planes, programas y actividades de la política ambiental nacional, y la garantía de los mandatos constitucionales de protección sobre el ambiente (artículos 7º, 8º, 58, 63, 79, 80 y 333 de la Constitución Política de Colombia). El parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 dispone que:

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

De este modo, la ANLA así como las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y las Corporaciones de Desarrollo Sostenible (CDS) y demás autoridades ambientales que hacen concertación sobre la inversión, tienen el deber de vigilar la recuperación de la respectiva cuenca hidrográfica de la que se abastece la captación y utilización del agua por parte de los proyectos, obras o actividades que hicieron uso de su recurso. El artículo 4º del Decreto 1900, establece que dicha inversión debe hacerse de acuerdo con el programa de inversión del 1% que 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 respectivo”. En el artículo 5º ibídem, afirma que los recursos deben invertirse en la respectiva cuenca hidrográfica del área de influencia de acuerdo con el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca (POMCA). Y en el parágrafo segundo del artículo 5º ibídem se restringe dicha inversión del 1% en *stricto sensu* a las obligaciones derivadas de esta disposición, sin que puedan ser confundidas con las actividades de prevención, mitigación, corrección y compensación de “los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado”.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en Sentencias C-083 de 1995; C-495 de 1996 y C-220 de 2011 clarifica la naturaleza jurídica y evalúa la constitucionalidad de la disposición establecida del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, concluyendo que, a diferencia de las tasas contenidas en los primeros dos incisos del mismo artículo, la imposición legal de una tasa de inversión de no menos del 1% para inversión en cuencas hidrográficas corresponde a la función social de la propiedad contenida en la Constitución Política (artículo 58), aspecto que es diferente a

las cargas derivadas de las obligaciones tributarias establecidas mediante una relación bilateral entre “un sujeto activo y un sujeto pasivo” tributario.

Reitera la Corte en la Sentencia C-220 de 2011 sobre la jurisprudencia anteriormente citada, que la conceptualización del párrafo del artículo 42 ibídem impone “(...) una carga social que [se] desprende de la función social de la propiedad” en la medida en que 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 suma, la CCC establece que el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente sano siempre conllevará un deber, obligación y/o carga correlativa de ‘preservación’ y ‘conservación’, para lo cual es “constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad”^{1 2}.

2. Análisis normativo y jurisprudencial del cumplimiento de la obligación de inversión del no menos del 1% a través del contrato de fiducia

A continuación se realizará un análisis acerca del cumplimiento de la obligación de inversión del no menos del 1% a través del contrato de fiducia:

De acuerdo con la propuesta presentada por la empresa, el argumento principal que presenta para acudir a esta figura contractual, tiene que ver con las dificultades para ejecutar los recursos de la inversión en instancias de acuerdo con las autoridades locales y regionales competentes que, según lo manifiesta, responde a “la falta de interés de las autoridades locales de impulsar dichos procesos, o por los altos costos de transacción y gestión requeridos”, sin mencionar razones adicionales.

En este sentido, el primer punto que se propone abordar es la posibilidad de constitución de un contrato de fiducia para dar cumplimiento a la obligación de inversión de no menos del 1% por parte del responsable del proyecto, obra o actividad encargando a la fiduciaria a liquidar y ejecutar dichas actividades de recuperación, vigilancia y conservación de la cuenca hidrográfica de la cual hizo uso de recurso hídrico para su proyecto.

El segundo punto a analizar es la relación entre el fiduciante y la fiduciaria para dar cumplimiento a la obligación, en la cual debe abordarse las actividades que corren a cargo exclusivamente del fiduciante responsable del proyecto, obra o actividad que hace uso del agua captada directamente de fuentes naturales como por ejemplo, los gastos

¹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1996. Sentencia C-495 de 1996 [Acción pública de inconstitucionalidad contra párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

² Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2011. Sentencia C-220 de 2011 [Acción pública de inconstitucionalidad contra párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

de administración o gestión, transportes, viáticos, etc. Y en tercer lugar, debe aclararse cuál es el vínculo obligacional del responsable del proyecto, obra o actividad que en estas condiciones de inversión del 1%, frente a la autoridad ambiental competente del seguimiento de dicha obligación, sin perjuicio de la utilización de la fiducia.

2.1 Cumplimiento de la inversión del 1% a través del contrato de fiducia

En esta sección se presentará una conceptualización sobre el contrato de fiducia de acuerdo con los tipos desarrollados por la legislación nacional, esto es, el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario público y la fiducia pública, para luego realizar un análisis sobre si es posible acudir a la fiducia para el cumplimiento de la obligación de la inversión de no menos del 1% en las cuencas hidrográficas.

2.1.1 Conceptualización de la fiducia mercantil y encargo fiduciario

Explicada la estructura de análisis se aborda, en primer lugar, cuál es la definición jurídica de la fiducia. De acuerdo con el artículo 1226 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), "la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". Además en la misma disposición se afirma que "sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios".

Conforme con esta conceptualización, el contrato de fiducia es un negocio jurídico que se encuentra dentro de la 'libertad contractual' y 'la autonomía de la voluntad privada' de que gozan las personas³ que, en este caso, tiene que ver con la administración libre del patrimonio del responsable de la inversión del 1% ya sea una persona natural o una persona jurídica como una empresa que desarrolle algún tipo de actividad que debe ser objeto de autorización por la licencia ambiental.

Ahora bien, el 'encargo fiduciario' es un tipo de contrato innominado o atípico, dentro del género de los contratos o negocios fiduciarios y, en consecuencia, no se encuentra definido por ninguna norma, pero en todo caso, según el numeral 1 del artículo 146 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) establece que a este contrato se le aplican las normas del contrato de fiducia mercantil y subsidiariamente las disposiciones del contrato de mandato del Código de Comercio. La Corte Suprema de Justicia (CSJ) en Sentencia del 21 de noviembre de 2005, determinó las principales diferencias entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario por cuanto "*el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados*",

³ Ospina-Fernández, G y Ospina-Acosta, E. 2000. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D. C.: Temis. En relación a la definición de la autonomía de la voluntad privada.

mientras que el segundo se guía por las normas del contrato de mandato, que refieren la entrega de los bienes “*pero a título de mera tenencia*”⁴. Esto se clarifica aún más con las directrices de la circular básica jurídica (CBJ-CE 007/96) de la Superintendencia Financiera se ha encargado de establecer las diferencias frente a la fiducia, de la siguiente manera:

“Para los efectos de este Capítulo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) y en el Código de Comercio, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan.”

Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario. Para la interpretación de los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”⁵.

Es decir, que la única diferencia entre la ‘fiducia mercantil’ y el ‘encargo fiduciario’, es que en la primera puede existir la transferencia de dominio del bien y en la segunda no, lo cual significa en la práctica, que para el caso del encargo fiduciario, no pueda acudir a la enajenación del bien con el propósito de cumplir con la finalidad del contrato fiduciario, aunque podría pactar o intervenir en la enajenación, la cual siempre estará en cabeza del fiduciante, quien ostenta la propiedad jurídica del bien.

2.1.2 Conceptualización del encargo fiduciario público y de la fiducia pública

En el caso de las entidades públicas o estatales, como por ejemplo, las empresas públicas, empresas industriales y comerciales del Estado y todas las que sean definidas como entidades públicas, debe tenerse en cuenta que sus decisiones responden además

⁴ Corte Suprema de Justicia (CSJ). 2005. *Sentencia del 21 de noviembre de 2005. [caso Viveros vs Bancolombia S. A., Exp. No. C-1100131030201992-03132-01]*. Bogotá D. C.: CSJ.

⁵ Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). 1996. *Circular básica jurídica 007/96. Título Quinto: Disposiciones especiales relativas a las operaciones de las sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito y fondos ganaderos* Recuperado el 08 de mayo de 2014 del sitio web de la SFC: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&lId=15464>.

a los actos de la administración y el desempeño de la función pública^{6 7}. En este caso se menciona la aplicación de las normas sobre fiducia pública o encargo público fiduciario del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) en la cual se afirma que “los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren [...]”.

Otros aspectos relevantes contenidos en la norma citada es que “en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados”. Que la elección de la fiduciaria debe someterse a licitación pública, siéndole “aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta Ley”. Y que este tipo de fiducia “[...] nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial”. Esta última característica ha sido identificada como el elemento principal para diferenciar entre la fiducia mercantil de la fiducia pública, como lo señala por ejemplo, la Sentencia del 25 marzo de 2004 del Consejo de Estado de Colombia (CEC) (Conalvías S. A. vs Municipio de Santiago de Cali), pues “[...] la fiducia pública o el encargo fiduciario, de carácter estatal, son contratos en los que, al contrario de lo que ocurre en la fiducia mercantil, no se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitados, los cuales continúan en cabeza de la entidad estatal, y tampoco se genera, con ellos, un patrimonio autónomo”⁸.

En la Sentencia C-086 de 1995, la CCC concluye que “el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado ‘fiducia pública’, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo) [...]”⁹.

⁶ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2005. *Sentencia del 17 de noviembre de 2005 [caso Alarcón vs Ortega Joya, Rad. No. 15001-23-31-000-2003-03195-01(3713)]*. Bogotá D. C.: CEC. Sobre la definición de ‘entidades públicas’, el CEC establece que no existe una definición concreta en el ordenamiento jurídico por lo cual acude a la definición dogmática del derecho administrativo. En esta sentencia reconoce a las empresas industriales y comerciales del Estado, y particularmente a las empresas públicas y empresas mixtas prestadoras de servicios públicos, como entidades públicas, por desempeñar una finalidad social vinculada a la administración pública, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

⁷ Rodríguez, L. 1981. *Derecho administrativo: General y colombiano*. Bogotá D. C.: Temis. [18ª ed., 2013]. En relación a la definición de entidades públicas citada por el CEC en la Sentencia del 17 de noviembre de 2005, como “aquellas de origen estatal y cuyo capital también es estatal o público, sin que el régimen jurídico aplicable sea necesariamente el derecho público, a pesar de que ésta sea la regla general”

⁸ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2004. *Sentencia del 25 de marzo de 2004 [Conalvías S. A. vs Municipio de Santiago de Cali, Rad. No. 76001-23-25-000-2002-0026-01(23623)]*. Bogotá D. C.: CEC.

⁹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1995. *Sentencia C-086 de 1995 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 80 de 1993, (Estatuto General de Contratación Administrativa)]* Bogotá D. C.: CCC.

En relación al encargo fiduciario público y fiducia pública, aunque no es el objeto principal de este concepto, sin embargo, en la aplicación que deban efectuar las entidades públicas, el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 modificadorio del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 sobre el 'régimen contractual' de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, establece la aplicación de los casos en los cuales están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: "las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), [...] con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales [...]".

2.1.3 Aplicación de la fiducia para el cumplimiento de la inversión del 1%

Ahora, concentrándose en la noción de 'fiducia' como un acto o negocio jurídico, como manifestación de la voluntad de sus partes, independientemente de su tipo, se encuentra encaminado directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos. Teniendo en cuenta los elementos que constituyen el negocio jurídico, es importante concentrarse para el tema aquí tratado en la finalidad u objeto del acto, principalmente, por la intención que tiene éste para generar efectos jurídicos¹⁰. Lo que busca el sujeto claramente es la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas en el tiempo, por lo cual la conducta de acudir a la fiducia por parte del responsable del proyecto, obra o actividad en su calidad de 'fiduciante', mantiene precisamente una finalidad que es la de dar cumplimiento a la obligación legal impuesta dentro de la licencia ambiental, destinando parte de su patrimonio a la constitución de una 'fiducia de administración e inversión' o de un 'encargo fiduciario con mandato específico' que será utilizada por la entidad fiduciaria para dicho propósito de la inversión del 1%¹¹.

En consecuencia, se concluye que la fiducia y el encargo fiduciario, pueden ser utilizados para dar cumplimiento 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 establecida en el parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, y habría que identificar que a pesar de ser una obligación impuesta que

¹⁰ Ospina-Fernández, G y Ospina-Acosta, E. op. cit.

¹¹ Álvarez, M. A. et al. 2012. Reflexiones sobre algunos contratos comerciales: Fiducia mercantil, leasing y agencia comercial. Bogotá D. C.: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Según los diferentes tipos de negocios fiduciarios, pero que en general, se supone que a la luz de la finalidad desplegada por el responsable de la inversión del 1%, debe ser acorde con esta finalidad, por lo cual se supone acudirá a los mencionados acuerdos contractuales de una 'fiducia de administración e inversión' o de un 'encargo fiduciario con mandato específico', como lo cita la misma empresa, dado que otro tipo de fiducia no responde al objetivo planteado directamente, como quiera que se trata de una obligación legal de la normatividad ambiental, diferente por ejemplo al contrato de fiducia en garantía, para dar respuesta a las obligaciones contraídas frente a acreedores.

debe cumplir el mismo responsable del proyecto, obra o actividad, en este caso, como lo establece el artículo 1234 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) será la fiduciaria, quien tendrá el deber de realizar y ejecutar todos los actos tendientes a este cumplimiento u consecución de la finalidad de la fiducia (incluyendo las fases de gestión, acuerdo con las autoridades, realización de las medidas, etc.), pero sin desconocer que, la obligación continúa en cabeza del responsable de la inversión.

Además se debe aclarar en relación con la liquidación de la inversión a cargo del responsable del proyecto, obra o actividad, que si bien la fiducia o el encargo fiduciario, pueden ser utilizados para dar cumplimiento a esta obligación, tal situación no afecta la posibilidad de que el monto del porcentaje de no menos del 1% se acreciente en una posterior reliquidación por ajuste o corrección de la suma, teniendo en cuenta que en concepto previo remitido por esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la ANLA, relativo a la interpretación del Decreto 1900 de 2006, se sostuvo que *“el régimen de cálculo de la obligación corresponde al valor total del proyecto”* puesto que *“la inversión para el caso de exploración y explotación como se mencionó anteriormente deben incluirse las dos fases en la medida en que puede existir utilización del recurso hídrico en cualquiera de las dos”* con lo cual debe tenerse en cuenta que para *“este tipo de actividades mineras o de hidrocarburos el proyecto finaliza con la etapa de desmantelamiento restauración final, terminación y/o abandono en los términos definidos por el Decreto 2820 de 2010 (especialmente los artículos 1º, 6º y 40) y en los términos de referencia expedidos por el Ministerio de Ambiente y adaptados por la ANLA”*.

2.2 Relación del responsable de la inversión del 1% con la fiduciaria y destinación de los recursos

Sobre la utilización de la fiducia en los términos referidos, es necesario advertir que por tratarse de un negocio que involucra obligaciones exclusivamente entre el fiduciante y la entidad fiduciaria, la ANLA no tendrá que entenderse con ésta última en caso de incumplimiento de la inversión a través de la fiducia, ya que corresponderá tan sólo al fiduciante hacer exigible dicha inversión del 1%¹². En el mismo sentido, las acciones judiciales que se deriven de un posible incumplimiento por parte de la entidad fiduciaria, no tienen por qué involucrar a la autoridad ambiental o afectar el cumplimiento de la inversión, pues de ninguna manera ésta se interpreta como ‘novación’ de la obligación por modificación, extinción o transmisión de la obligación jurídica por la aparición de una obligación posterior.

¹² Álvarez, M. A. et al. 2012. op cit. Según los autores, “el beneficiario o fideicomisario no es en rigor, parte del negocio jurídico, pues se trata de una calidad que, incluso, puede tener el mismo fiduciante; y aunque en ciertas tipologías de fiducia esa condición sólo puedan ostentarla terceros (p. ej.: fiducia en garantía), es claro que ellos no intervienen en su formación, por lo que el contrato existe aunque los beneficiarios hayan sido determinados desde un comienzo –o con mayor razón– sean indeterminados [...] De allí que el artículo 1229 del C. de Co. establezca que ‘la existencia del fideicomisario no es necesaria en el acta de constitución del fideicomiso [...]’

También es necesario aclarar en relación al contrato de fiducia para dar cumplimiento a la inversión del 1%, que por ningún motivo pueden incluirse como parte de los recursos destinados a este fin, los gastos de administración o cualquier otro rubro que tenga como fin cubrir costos operativos de los actos de la fiduciaria tendientes al cumplimiento de la obligación encomendada de la inversión como viáticos, costos de viaje, etc. Tampoco puede incluirse en el mismo sentido, la remuneración del negocio fiduciario mercantil que establece el artículo 1237 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) o la disposición de parte de estos recursos de manera diferente a la finalidad de la fiducia.

La inversión de no menos del 1% del párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, establece que dichos recursos sólo pueden ser destinados para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica de donde se abastece el proyecto, obra o actividad. Es decir, como se mencionó antes, tendrán que aplicarse las disposiciones restrictivas del Decreto 1900 de 2006, en especial, lo referido en el párrafo segundo del artículo 5º ibidem sobre la utilización de dichos recursos en estricto cumplimiento de la obligación de inversión del 1%, sin que sea permitido destinarlos para las actividades de prevención, mitigación, corrección y compensación de "los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado".

Del mismo modo, todos los actos diferentes a esta obligación de inversión del 1%, como los gastos, costos y remuneración dentro del contrato de fiducia, deberán ser asumidos de manera exclusiva y adicional por el fiduciante, quien se compromete en tales términos por virtud del negocio contractual y en verificación de la entidad fiduciaria. Así por ejemplo, para a este tipo de gastos, costos y remuneración analizado dentro del tipo de fiducia conocida como 'en garantía', la CSJ en Sentencia del 18 de mayo de 2006 (casación civil, caso Sánchez vs Fiduciaria Occidente S. A.), afirma que *"el fiduciario tiene el deber de cerciorarse de que los bienes que le son transferidos (transferencia formal), tengan la aptitud jurídica y económica para servir de garantía. Y es claro también, que en el desarrollo del contrato, el fiduciario debe prestar especial atención para que exista la proporción adecuada entre el valor de los bienes fideicomitidos y la cuantía de las obligaciones que se pretenden garantizar a los beneficiarios, de suerte que, en ningún caso, se rompa esa ecuación"*¹³. Si no se excluyeran los gastos de administración, costos de operación y remuneración, entre otros, el responsable de la inversión y beneficiario de la licencia ambiental y de la concesión de aguas, se encontraría ante un incumplimiento parcial de la obligación, y tendría que responder por este evento, ante la ANLA y ante las demás autoridades ambientales competentes.

Finalmente en este punto, respecto a los rendimientos financieros que puedan obtenerse de los recursos de la fiducia, claramente dadas sus características de cumplimiento de la obligación, deberán ser entendidos como parte integrante de la inversión del 1%, lo

¹³ Corte Suprema de Justicia (CSJ). 2006. *Sentencia del 18 de mayo de 2006 [casación civil, caso Sánchez vs Fiduciaria Occidente S. A., Exp. No. 11001 31 03 008 1997 07700 de 2006]*. Bogotá D. C.: CSJ.

cual significa que dejan de pertenecer al responsable del proyecto, obra o actividad en su calidad de fiduciante.

2.3 Vínculo obligacional del responsable de la inversión del 1% frente a la autoridad ambiental

Reiterando lo anterior, si bien se afirma que la fiducia puede ser utilizada para dar cumplimiento a la inversión del 1% en cuencas hidrográficas, esto no quiere decir que el responsable del proyecto, obra o actividad se desprenda de la obligación legal establecida en el parágrafo 1 del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y que pase a la entidad fiduciaria y mucho menos que sirva para eludir la responsabilidad administrativa y/o sancionatoria de la Ley 1333 de 2009. Es decir, que una cosa es la relación contractual definida a partir del contrato de fiducia entre el fiduciante y fiduciario, y otra, la obligación frente a la disposición legal sobre la cual realiza seguimiento la respectiva autoridad competente. Si se observan algunas disposiciones contenidas dentro del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) que son aplicas al contrato de fiducia mercantil, se confirma esta idea, por ejemplo en el artículo 1227 “los bienes objeto de la fiducia [...] sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida” o en artículo 1233 según el cual los bienes que constituyen la fiducia “[...] forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”.

Por lo tanto, las circunstancias que eventualmente puedan afectar las relaciones entre el fiduciante y la entidad fiduciaria, no tienen por qué repercutir, condicionar, disminuir, alterar o extinguir de ningún modo las obligaciones de la inversión del 1% a cargo del proyectista. Esto por cuanto el inciso 2º del artículo 107 de la Ley 99 de 1993, es claro en afirmar que “las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares”. Es decir, que las ‘obligaciones legales’ no pueden ser desconocidas en virtud de los acontecimientos que surjan posteriormente a partir de dichas ‘relaciones contractuales’, como por ejemplo, las contempladas en el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio): la renuncia del fiduciario (artículo 1232), el desconocimiento de los deberes indelegables del fiduciario (artículo 1234) y/o de los derechos del fiduciante y del beneficiario (artículos 1235 y 1236), la revocación de la fiducia (numeral 2, artículo 1236), inicio de la acción por responsabilidad contra el fiduciario (numeral 5, artículo 1236), remoción del fiduciario por declaración judicial según las causales contempladas en la ley (artículo 1239), por la extinción anormal del negocio fiduciario, según las causales diferentes al cumplimiento del mismo (artículo 1240).

En el mismo sentido, las acciones judiciales que se deriven de un posible incumplimiento por parte de la entidad fiduciaria, no tienen por qué involucrar a la autoridad ambiental, y tampoco cualquier situación jurídica, fáctica, económica o financiera que llegare a afectar la disponibilidad de los recursos de la fiducia, ya sea embargos, malversaciones, pérdidas, ineficiencia, quiebra, disolución o liquidación de la entidad fiduciaria, pues

dados estos supuestos, no podrán ser invocados como justas causales de desconocimiento, condicionamiento o inaplicación de la obligación de inversión del 1% por parte del responsable del proyecto, obra o actividad.

3. Conclusiones

De acuerdo con los argumentos anteriores, a continuación se presentan las respectivas conclusiones sobre el tema objeto de consulta:

- 1) El contrato de 'fiducia' como un acto o negocio jurídico manifestación de la voluntad, independientemente de su tipo (mercantil o público), se encuentra encaminado directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos. En este sentido, el responsable de la inversión de no menos del 1% que exige el parágrafo 1º de la Ley 99 de 1993, al acudir a la fiducia en su calidad de 'fiduciante', dirige una finalidad que es la de dar cumplimiento a la obligación legal impuesta dentro de la licencia ambiental, destinando parte de su patrimonio a la constitución de una fiducia que será utilizada por la entidad fiduciaria para dicho propósito.
- 2) En consecuencia, se concluye que la fiducia y el encargo fiduciario, pueden ser utilizados para dar cumplimiento 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 establecida en el parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, siendo la fiduciaria en este caso, según el artículo 1234 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), quien tendrá el deber de realizar y ejecutar todos los actos tendientes a este cumplimiento u consecución de la finalidad de la fiducia (incluyendo las fases de gestión, acuerdo con las autoridades, realización de las medidas, etc.), pero sin desconocer que, la obligación continúa en cabeza del responsable de la inversión.
- 3) Tal situación no afecta la posibilidad de que el monto del porcentaje de no menos del 1% se acreciente en una posterior reliquidación por ajuste o corrección de la suma, pues la obligación contenida en el parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 1900 de 2006 incluye las fases de exploración y explotación desde la etapa de desmantelamiento restauración final, terminación y/o abandono para las actividades mineras y de hidrocarburos.
- 4) La inversión de no menos del 1% del parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, establece que dichos recursos sólo pueden ser destinados para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva cuenca hídrica de donde se abasteció o abastece el proyecto, obra o

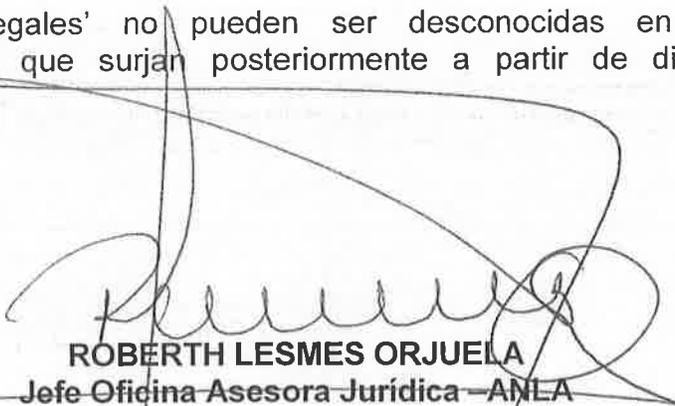
actividad. Todo acto diferente a esta obligación, debe ser asumido de manera exclusiva y adicional por el fiduciante, quien se compromete en virtud del negocio contractual. En consecuencia, no puede incluirse como parte de los recursos destinados a este fin, los gastos de administración o cualquier otro rubro que tenga como fin cubrir costos operativos de los **actos de la fiduciaria** tendientes al cumplimiento de la obligación encomendada de la inversión como viáticos, costos de viaje, etc., y tampoco la remuneración del negocio fiduciario mercantil que establece el artículo 1237 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) o la disposición de parte de estos recursos de manera diferente a la finalidad de la fiducia.

- 5) De lo contrario, el responsable del proyecto, obra o actividad, se encontraría ante un incumplimiento parcial de la obligación, y tendría que responder por este evento, ante la ANLA y ante las demás autoridades ambientales competentes. Por lo tanto, se recomienda que la ANLA verifique dentro del contrato de fiducia, que la cifra de liquidación de la inversión del 1%, corresponda a los recursos que van a ser destinados de manera exclusiva a las actividades de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica de donde se abastece el proyecto, obra o actividad.
- 6) Respecto a los rendimientos financieros que puedan obtenerse de los recursos de la fiducia, claramente dadas sus características de cumplimiento de la obligación, deberán ser entendidos como parte integrante de la inversión del 1%, lo cual significa que dejan de pertenecer al responsable del proyecto, obra o actividad en su calidad de fiduciante.
- 7) Finalmente, pese a la posibilidad de utilizar la fiducia para dar cumplimiento independiente a la inversión del 1% en cuencas hidrográficas, el responsable del proyecto, obra o actividad, continúa manteniendo i) la obligación legal establecida en el parágrafo 1 del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y ii) la obligación de responder frente a posibles cargos por responsabilidad administrativa y/o sancionatoria de la Ley 1333 de 2009. Las relaciones contractuales definidas a partir del contrato de fiducia entre el fiduciante y fiduciario, son totalmente diferentes a la obligación frente a la disposición legal sobre la cual realiza seguimiento la respectiva autoridad competente.

Por lo tanto, las circunstancias que puedan afectar el algún momento las relaciones entre el fiduciante y la entidad fiduciaria, no tienen por qué repercutir, condicionar, disminuir, alterar o extinguir de ningún modo las obligaciones de la inversión del 1% a cargo del proyectista. Esto por cuanto el inciso 2º del artículo 107 de la Ley 99 de 1993, es claro en afirmar que “las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares”. Es decir, que las

'obligaciones legales' no pueden ser desconocidas en virtud de los acontecimientos que surjan posteriormente a partir de dichas 'relaciones contractuales'.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica - ANLA

Elaboró:  Gustavo A. Ortega - Asesor OAJ - ANLA

URINE W/ BGA JUDICE

2010-01-01 10:00 AM

LABORATORY REPORT FOR URINE W/ BGA JUDICE
DATE: 2010-01-01 10:00 AM



Examinations

ROBERT J. JAMES OR JUDICE

JUDICE ONLINE W/ BGA JUDICE - 10:00 AM

YOUTH CENTER - 10:00 AM - 10:00 AM

PHOSPHERUS
PARA TORRES



REPTOIR N. TAVAN...
THE...
W...
...