

Bogotá, D. C.,

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA.

Adriana Zapata
24-07-14.

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento – ANLA

Adriana Zapata
24-07-14.

ANDREA CORTÉS SALAZAR
Subdirectora Instrumentos, Permisos y Trámites

[Signature]
Nestor 24-07-14
H: 12-09
R.

YESENIA VASQUEZ AGUILERA
Coordinadora Grupo Agroquímicos, compensaciones, proyectos especiales y 1%

Giovanny M 24-JUL-2014 12:00.

DE: ROBERTH LESMÉS ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Apoyo Jurídico Vigencia, alcance y aplicabilidad de las normas que reglamentan la obligación de Inversión del 1%

Ref. 4120-3-23193

En atención al apoyo solicitado a la Oficina Asesora Jurídica para definir el Vigencia, alcance y aplicabilidad de las normas que reglamentan la obligación de Inversión del 1%, Decreto 1900 de 2066 vs Decreto 1640 de 2012, se responde teniendo en cuenta que las preguntas relacionadas en el memorando serán integradas con el fin de dar una sola respuesta:

A través de la Constitución Política, se le otorgó al Estado el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, como también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (artículo 80).

Por medio del Decreto 2811 de 1974, el legislador dispuso la creación de diversas cargas económicas dirigidas a financiar la política ambiental y promover el uso racional del agua.

En tal sentido, el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, consagró que la utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, daría lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional, que se destinarían al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, y adicionalmente el parágrafo¹ del mismo artículo determinó que: *“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 y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El beneficiario de la licencia ambiental deberá invertir estos recursos en obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la respectiva cuenca hidrográfica, de acuerdo con la reglamentación vigente en la materia”*.

De lo que se concluye que la Ley estableció una tasa por utilización de agua, modalidad tributaria que se causa por el uso del recurso como bien de uso público y cuya finalidad es compensar total o parcial los costos que genera la prestación por parte de las autoridades ambientales del servicio de protección y conservación de los recursos hídricos.

Por su parte, el parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, instituyó una carga que se deriva de la función social de la propiedad por lo que es el beneficiario de la Licencia quien ejecuta las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica, bajo la disposición de la autoridad ambiental competente a través de la licencia ambiental del proyecto, conocida como inversión del 1%.

De tal modo mediante la expedición por parte del Gobierno Nacional del Decreto 1900 de 2006, se reglamentó el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y se determinó en el artículo 1 que: *“Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales y que esté sujeto a la obtención de licencia ambiental, deberá destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica; de conformidad con el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993”*.

Dentro del articulado del Decreto 1900 de 2006, se dispuso frente a la destinación de los recursos de las inversiones de que trata la norma, que éstas se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de conformidad 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, y 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:

¹Modificado por la Ley 1450 de 2011, art.216

- 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”.*

En tal sentido, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial señaló a través de la Resolución 974 de 2007 que: *“Conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 5° del Decreto 1900 de 2006, se establece el 10% del valor total de la inversión, como el porcentaje que debe destinarse para la elaboración del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica”*; actualmente es la norma aplicable para efectos de la inversión para la Elaboración del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica – POMCA.

- 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.

En este orden, y con el fin de reglamentar los instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, se promulgó el Decreto 1640 de 2012, siendo aplicable a todas las personas naturales y jurídicas, especialmente a las entidades del Estado con competencias al interior de la estructura definida para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos del país, las cuales conforme a sus competencias, serán responsables de la coordinación, formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los instrumentos establecidos para tales efectos.

Dentro de la lectura sistemática del Decreto 1640 de 2012, se advierte en el artículo 24 que la declaratoria en ordenación y la formulación del Plan de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas se realizará mediante resolución motivada por cada Corporación Autónoma

Regional y de Desarrollo Sostenible competente, y tiene por objeto dar inicio al proceso de ordenación de la cuenca hidrográfica, sin embargo en el evento que no exista acto Administrativo que declare que la cuenca hidrográfica de la cual se captó el recurso y que es objeto de inversión del 1% se encuentra en proceso de ordenación podrá de todos modos adelantar el proceso de aprobación de la inversión de que trata el artículo artículo 4° del Decreto 1900 de 2006.

Del mismo modo, y de acuerdo a una inquietud formulada dentro del oficio petitorio si bien el parágrafo 3° del artículo 41 del Decreto 1640 de 2012 dispone que las inversiones de que trata el literal a) del numeral 3 del mismo artículo 41, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental y de acuerdo a lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica –POMCA., En el caso que no se encuentren actividades susceptibles de desarrollar con cargo al 1% en las áreas de influencia del proyecto o al no existir POMCA, el interesado debe concertar con las autoridades ambientales competentes donde se encuentre el proyecto sujeto a Licencia Ambiental la destinación de la inversión de no menos del 1% de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 2006.

Finalmente frente a las regulaciones normativas abordadas, esto es, Decreto 1900 de 2006 y el Decreto 1640 de 2012, y con el fin de dilucidar la vigencia de las disposiciones del Decreto 1900 de 2006, se precisa:

El Decreto 1900 de 2006, tiene como objeto la reglamentación del parágrafo 43 de la Ley 99 de 1993, estableciendo que todo proyecto que involucre en su ejecución el usos del agua tomada directamente de fuentes naturales y esté sujeto al otorgamiento de licencia ambiental deberá **destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica.**

Por su parte, el Decreto 1640 de 2012 tiene por objeto reglamentar el artículo 316 del Decreto-ley 2811 de 1974 en relación con los instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos del país, de conformidad con la estructura definida en la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico y el parágrafo 3° de la Ley 99 de 1993 y artículo 212 de la Ley 1450 de 2011 sobre comisiones conjuntas de cuencas hidrográficas comunes y procedimientos de concertación para el adecuado y armónico manejo de áreas de confluencia de jurisdicciones entre las Corporaciones Autónomas Regionales y el Sistema de Parques Nacionales o Reservas y como ya se anoto es aplicable a todas las personas naturales y jurídicas, especialmente a las entidades del Estado con competencias al interior de la estructura definida para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos del país, las cuales conforme a sus competencias, serán responsables de la coordinación, formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los instrumentos establecidos para tal fin.

Conjuntamente, para efectos de establecer si la referida norma está derogada o se mantiene dentro del ordenamiento jurídico, se tiene, en primer lugar, la interpretación que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia -CC existe sobre la figura de la 'derogación'. En la Sentencia C-328 de 2001, la CC hace un análisis sobre este tema, en la cual remite a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia (según Ley 153 de 1887). Más adelante en Sentencias posteriores como las sentencias C-732 de 2011 y C-901 de 2011, la CC profundiza sobre las tres formas de derogación de las normas que ha establecido el ordenamiento jurídico: i) expresa, ii) tácita y iii) orgánica (artículos 71 y 72 del Código Civil y artículo 3º de la Ley 153 de 1887).

Según la anterior clasificación, la CC ha dicho lo siguiente:

"La derogación orgánica refiere a cuando la nueva ley regula integralmente la materia, que en términos de la Corte Suprema de Justicia supone 'que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que, por tanto, responde mejor al ideal de justicia, que torna urgente la aplicación de la nueva ley; [...] que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva".

En la derogación expresa el legislador determina de manera precisa el o los artículos que deroga, por lo que no se hace necesaria ninguna interpretación, ya que simplemente se cumple una función de exclusión desde el momento que así se establezca.

Por su parte, la derogación tácita obedece a un cambio de legislación, a la existencia de una incompatibilidad entre la ley anterior y la nueva ley, lo cual hace indispensable la interpretación de ambas leyes para establecer la vigente en la materia o si la derogación es parcial o total. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia.

Cuando se deroga tácitamente una disposición no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. Así lo ha sostenido la Corte al indicar que "la derogación no siempre puede ser expresa, pues ello implicaría confrontar cada nueva ley con el resto del ordenamiento. Es decir, se le exigiría al Congreso una dispendiosa labor que no tiene razón de ser, pues la tarea legislativa se concentra en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas (v. gr. sentencia C-025 de 1993)". Además, para que sea posible la derogación debe darse por otra de igual o superior jerarquía. Entonces, la derogación tácita es aquella que surge de la incompatibilidad entre la nueva ley y las disposiciones de la antigua, que suele originarse en una declaración genérica en la cual se dispone la supresión de todas las normas que resulten contrarias a la expedida con ulterioridad.

Conforme a lo anterior, se concluye lo siguiente respecto a las normas bajo análisis que:

El Decreto 1640 de 2012 "Por medio del cual se reglamentan los instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de cuencas hidrográficas y acuíferos, y se dictan otras disposiciones" no derogó ni expresa ni tácitamente lo dispuesto en el Decreto 1900 de 2006 que reglamentó el parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993, pues claramente se puede conciliar dicha disposición, sobre las cuales no se observa ninguna incompatibilidad, sino que, al contrario, concuerda con la naturaleza misma del Decreto 1640 de 2012, que contempla aspectos contenidos en el Decreto 1900 de 2006 en lo referente a la destinación de los recursos de la inversión del 1% como fuente de financiación para la ordenación de cuencas hidrográficas que corresponderá al 10% del valor total de la inversión.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA

Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró: Lilibiana Andrea Rodríguez Mesa- Abogada OAJ - ANLA

Revisó: Julián David Benítez Rincón- Profesional Especializado OAJ - ANLA