

Bogotá, D. C.,

10 OCT 2014

MEMORANDO

PARA: FERNANDO IREGUI MEJIA
Director General ANLA

Tatiana B
10-10-14

MARTHA ELENA CAMACHO
Asesora, encargada de la Subdirección de Evaluación y Seguimiento

[Signature]
Oct 10-14

EDILBERTO PEÑARANDA CORREA
Asesor, encargado de la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

[Signature]
10-10-14
18:10:25

YESENIA VASQUEZ AQUILERA
Coordinadora Grupo Agroquímicos, Proyectos Especiales, Compensaciones 1%

Giovanny G.
10-OCT-2014 10:18AM

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico N° 8140-E2-12498 del 29 de mayo de 2014. Radicado N° 4120-E2-12061 del 10 de abril de 2014. Certificado de Incentivo Forestal para Conservación. Radicado N° 4120-E1-12061 del 12 de marzo de 2014. Expediente N° LAM 4021 "Área de Desarrollo Pauto, Yopal (Casanare)"

En atención a la solicitud de apoyo jurídico a la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la ANLA por parte de la Coordinadora del Grupo de Agroquímicos, Proyectos Especiales y Compensaciones (COR371714) según la respuesta remitida por la Oficina Jurídica del Ministerio de Ambiente, mediante Oficio N° 8140-E2-12498 del 29 de mayo de 2014, y según el asunto de la referencia, para dar cumplimiento a la obligación de inversión de no menos del 1% de proyectos que realicen captación de agua directamente de fuentes naturales según lo dispuesto por el parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1900 de 2006, conforme a la necesidad de establecer un mecanismo de cálculo para determinar los recursos que el beneficiario de la licencia ambiental debe destinar para



los Acuerdos de Conservación, se contesta dicha consulta de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. Posibilidad de cumplimiento de la inversión del 1% a través de 'acuerdos de conservación'

Si bien el objeto del presente apoyo jurídico no es exactamente la naturaleza de los 'acuerdos de conservación', sino el mecanismo de cálculo que debe ser aplicado para determinar los recursos que el beneficiario de la licencia ambiental debe destinar para el pago a quienes realicen las actividades de dichos acuerdo, es ineludible e indispensable hacer un análisis jurídico sobre si es viable o no contemplar la posibilidad de cumplimiento de la obligación de inversión del 1% a través de esta figura, para lo cual deberá comenzarse con la definición, luego con el sustento normativo y en el caso eventual, las condiciones que deben ser tenidas en cuenta para este tipo de acuerdos, para lo cual se observará a modo de conclusión.

De manera general, los 'acuerdos de conservación' son instrumentos de naturaleza privada que complementan las acciones y esfuerzos de las autoridades públicas para consolidar la política ambiental nacional¹. Otras definiciones teóricas, refieren a "acciones voluntarias o decisiones éticas individuales o colectivas, que generan procesos de conservación y vinculan a la sociedad civil en la planeación y el ordenamiento territorial, y en el manejo de los recursos naturales"². También en términos jurídicos se remite a la participación de la sociedad civil en procesos de conservación, como "instrumentos legales que pueden ser utilizados con propósitos de conservación de la biodiversidad, mediante la determinación de un objeto con tales fines, bien sea por vía contractual (acuerdo de voluntades), o mediante acto unilateral"³. Podemos observar en las diferentes conceptualizaciones la existencia de un doble propósito, i) establecer e integrar medidas que surgen de acuerdos privados voluntarios individuales o colectivos encaminados a la conservación ambiental; y ii) generar incentivos económicos que puedan contribuir al establecimiento y realización de dichas actividades, sobre las cuales se generan externalidades positivas para el resto de la sociedad.

Según el desarrollo normativo en Colombia, los acuerdos de conservación se han contemplado inicialmente dentro del *Manual de Compensación por Pérdida de Biodiversidad* adoptado mediante Resolución 1517 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), aunque de manera precisa como 'medidas de compensación' dentro de las obligaciones que se puedan proponer y establecer dentro del estudio de impactos ambientales y del plan de manejo ambiental de un proyecto, obra o

¹ Escobar, P. y Solano, C. 2009. Colombia. En: Monteferrri, B. y Coll, D. (eds.) *Conservación privada y comunitaria en los países amazónicos*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

² Ocampo-Peñuela, N. 2010. Mecanismos de conservación privada: Una opción viable en Colombia. Bogotá D. C.: Grupo Colombiano Interinstitucional de Herramientas de Conservación Privada. p. 21.

³ Correa, C. 2004. *Sociedad civil y conservación ambiental: Marco jurídico y político de la participación de la sociedad civil en la conservación de la diversidad biológica en Colombia*. Bogotá D. C.: The Nature Conservancy.

actividad objeto de licencia ambiental, en el cual se plantean como posibilidad pero sin aclarar la forma como deben generarse estos acuerdos:

“5.2 Acciones de conservación del titular del proyecto, obra o actividad para el desarrollo de las compensaciones

Las acciones de conservación se refieren a la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y, el mantenimiento y, recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales. Se consideran como acciones las siguientes:

[...]

- c) El establecimiento de acuerdos de conservación voluntarios, de incentivos para el mantenimiento y conservación de las áreas, servidumbres ecológicas u otros, entre el titular del proyecto y los propietarios, poseedores o tenedores de los predios, el titular del proyecto, obra o actividad deberá:
 - I. Desarrollar acuerdos de conservación.
 - II. Cubrir los pagos de los acuerdos de conservación por un periodo equivalente a la vida útil del proyecto, como un incentivo económico por conservación que el ejecutor del proyecto, obra o actividad reconoce a los propietarios, poseedores regulares o tenedores de los predios donde se encuentran las áreas equivalentes, para que sus decisiones voluntarias de uso del suelo permitan la conservación y/o restauración.
 - III. Ejecutar el plan de seguimiento y monitoreo de los acuerdos por un periodo equivalente a la vida útil del proyecto”.

Puede observarse sobre esta definición que los acuerdos de conservación son de carácter voluntario y pueden pactarse con propietarios, poseedores regulares o tenedores de los predios incluyendo como lo afirma más adelante, acuerdos con comunidades étnicas. Además el manual exige en el literal b) del numeral 5.4 sobre “Información y documentos que deben ser presentados en el manual de compensación”, la presentación de información sobre ubicación geográfica, la caracterización del área según sus condiciones biofísicas, la identificación del uso actual del suelo, la propuesta de los acuerdos de conservación suscritos entre las partes, los acuerdos de conservación y compromisos asumidos en relación a la destinación del predio a la conservación, plan operativo y de inversión incluyendo los costos de oportunidad del uso del suelo por la vida útil del proyecto, así como plan para medidas de seguimiento y cronograma.

Ahora bien, en relación a la posibilidad para el caso concreto de inversión del 1%, claramente se trataría de un instrumento que debe ser aplicado siguiendo los criterios generales enunciados, pero que por su novedad, tendría que establecer condiciones técnicas específicas propias en la medida en que no están claramente establecidas en la normatividad. Por tanto, los acuerdos de conservación se definirían dentro de este escenario, como contratos pactados entre el beneficiario de la licencia ambiental y los ‘propietarios’, ‘poseedores’ o ‘tenedores’ de los predios en los cuales se encuentra la

respectiva cuenca hidrográfica de la cual se abastece el proyecto, encaminados a cumplir con las obligaciones de inversión del 1% mediante la realización de actividades para la conservación de las cobertura vegetales por parte de los titulares del derecho de propiedad, poseedores o tenedores de los predios a cambio de un pago periódico como contraprestación. Los acuerdos de conservación se darían en virtud del literal b) del artículo 5° del Decreto 1900 de 2006, según el cual, la destinación de los recursos de la obligación de inversión del 1% en las cuencas hidrográficas de las cuales se abastece el proyecto, obra o actividad, en ausencia del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, se podrán invertir entre otras en obras o actividades de "restauración, conservación y protección de la cobertura vegetal, enriquecimientos vegetales y aislamiento de áreas para facilitar la sucesión natural". También en los casos en los cuales esté contemplado y se haya autorizado en la concertación con las autoridades ambientales regionales, dichos acuerdos de conservación conforme a lo establecido en el respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que haya sido aprobado cuando esto ocurra, y en relación con la fuente hídrica de la cual se abastezca el proyecto.

La posibilidad de permitir y establecer los 'acuerdos de conservación' como actividades para dar cumplimiento a la obligación del 1%, plantea una serie de ventajas, frente a otras medidas, como la reforestación, pues como se ha enunciado en algunos estudios: 1) permitiría adoptar medidas de conservación complementarias al sistema de áreas protegidas públicas mediante actividades encaminadas a conservar cuencas hidrográficas, ecosistemas estratégicos, hábitat de especies amenazadas, entre otras funciones ecológicas de los predios; 2) generarían una fuente de empleo para las comunidades en las que se observan menores procesos de desplazamiento con la posibilidad de determinar un área no contemplada al fin de conservación para la subsistencia, 3) se establecerían periodos más prolongados de tiempo, pues la reforestación requiere de mínimo 3 años en comparación con los acuerdos de conservación los cuales están programados para un término de mínimo 8 años; 4) al ser medidas complementarias resultarían menos costosas que otras opciones como la expropiación y declaración de áreas protegidas públicas; 5) pueden garantizar mejores condiciones en el seguimiento por parte de las comunidades quienes tienen mayor conocimiento sobre los predios, pudiendo tomar medidas inmediatas frente a perturbaciones; 6) fomentaría el interés, las capacidades y las aptitudes de la población frente a las actividades de la conservación^{4 5 6}.

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones realizadas, también es necesario tener en cuenta otros elementos que deben ser considerados en la posibilidad de establecer

⁴ Dada, S.A. 2001. Sustainable forest management in Africa: The challenges and issues at stake. *Forests and Society: The role of research: IUFRO World Congress*. I (XXI): 7-12 Kuala Lumpur: IUFRO.

⁵ Cope, J. 2005. *El pensamiento convencional: Servidumbres ecológicas en América Latina: Progreso a través del aprendizaje*. San José: Cedarena. Ceda.

⁶ Peñaloza, L. 2006. Los acuerdos de conservación: Un instrumento de conservación privada. En: Solano, C., L. Peñuela, A.M. Lora, D. Arcila, y S. Sguerra (eds). *Memorias VII Congreso Interamericano de Conservación en Tierras Privadas*. Cartagena de Indias: The Nature Conservancy, Fundación Natura. RESNATUR. UAESPNN. WWF.

acuerdos de conservación para dar cumplimiento a la obligación de inversión de 1% en cuencas hidrográficas, especialmente ciertos elementos normativos y jurisprudenciales que deben ser analizados. Conforme a esto, es necesario recordar las restricciones que deben ser tenidas en cuenta respecto a las áreas que son objeto de los acuerdos de conservación, por cuanto, pueden ser objeto de los acuerdos de conservación las 'zonas de ronda hidráulicas' de los ríos y lagos sin que puedan ser objeto de afectación en el contenido de los contratos de servidumbre, como quiera que éstas corresponden a bienes de uso público como lo establece el artículo 677 del Código Civil, según el cual "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios", y en el mismo sentido, los artículos 80 y 83 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) (CNRNR), establecen respectivamente las características sobre las aguas como 'dominio público' inalienables e imprescriptibles, en los cuales se incluye salvo derechos adquiridos de los particulares: El álveo o cauce natural de las corrientes; el lecho de los depósitos naturales de agua; las playas marítimas, fluviales y lacustres; una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; los estratos o depósitos de las aguas subterráneas⁷.

De igual forma, las zonas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), en especial, las que se encuentra dentro del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN), pues independientemente del tipo de régimen de propiedad privada o colectiva, éstas tienen una afectación al uso público de conservación según lo dispuesto en el Decreto-Ley 2811 de 1974 (CNRNR) junto a sus regulaciones y prohibiciones (artículos 327 y subsiguientes), en el Decreto 622 de 1977 así como en el artículo 107 de la Ley 99 de 1993 el cual desarrolla y especifica la declaratoria de 'utilidad pública' de las áreas del SPNN que había sido establecida en el artículo 14 de la Ley 2^a de 1959 (y que anteriormente estaba reglamentado por el artículo 9 del Decreto 622 de 1977). Ahora, sobre la destinación de los recursos provenientes de la obligación de inversión del 1% establecida en el parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993, la Resolución 974 de 2007 del Ministerio de Ambiente determinó con relación al artículo 5° del Decreto 1900 de 2006, que "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".

En consecuencia, ante la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación de la inversión del 1% en cuencas hidrográficas mediante 'acuerdos de conservación', será necesario que la autoridad ambiental tenga en cuenta cada uno de los elementos que se enuncian a continuación:

⁷ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2008. *Sentencia C-940 de 2008 [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 719, 720 (parcial) y 721 del Código Civil.]*, Bogotá D. C.: CCC. Si bien la Corte se declaró inhihida en el fallo, pueden verse los argumentos presentados por la demanda de inconstitucionalidad en relación a las zonas de ronda de los ríos.

- 1) *Los acuerdos de conservación no exoneran la obligación legal de inversión del 1% al beneficiario de la licencia ambiental:* según la definición que se abordó, los acuerdos de conservación son contratos celebrados de manera voluntaria entre particulares, que a pesar de estar dirigidas a dar cumplimiento de la obligación establecida en el parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993, no exonera por este simple hecho de la responsabilidad del beneficiario de la licencia frente a la obligación legal. El beneficiario de la licencia, cumplirá con esta obligación al demostrar que los acuerdos de conservación que éste ha pactado con terceros, se están cumpliendo a cabalidad.
- 2) *Las actividades que se ejecutarán dentro de los acuerdos de conservación, deben corresponder estrictamente a ese propósito:* es obvio que las actividades que se pacten dichos contratos, deben estar encaminadas a cumplir estrictamente con la finalidad de la conservación, pues de otra manera, perdería su naturaleza para la que ha sido concebida la obligación del 1%. Siguiendo los avances teóricos, se tratará de actividades encaminadas a la preservación de fragmentos de ecosistemas naturales, restauración y regeneración de ecosistemas perturbados, aplicación de prácticas productivas limpias y sostenibles que complementan la labor de preservación, fortalecimiento de procesos comunitarios de conservación, mejoramiento de la conectividad estructural y funcional de los ecosistemas del predio, educación ambiental, entre muchas otras que dependen del enfoque del predio, de los intereses de sus propietarios, de la ubicación del mismo⁸.
- 3) *Deben exigirse la información detallada de los acuerdos en la propuesta o plan conservación:* de modo similar a lo planteado en el Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad, será necesario exigir de manera clara y concisa al beneficiario de la licencia, la presentación de información y documentación sobre ubicación geográfica, la caracterización del área según sus condiciones biofísicas, identificación del uso actual del suelo, la propuesta de los acuerdos de conservación suscritos entre las partes, los acuerdos de conservación y compromisos asumidos en relación a la destinación del predio a la conservación, plan operativo y de inversión incluyendo los costos de oportunidad del uso del suelo por la vida útil del proyecto, así como plan para medidas de seguimiento y cronograma, entre otros.
- 4) *El equilibrio de las condiciones sociales y ecológicas deben ser evaluadas técnicamente:* debe evaluarse técnicamente el objeto de conservación, de acuerdo con las condiciones sociales y ecológicas, como sucesión vegetal, zonificación, determinación de áreas antrópicas, establecimiento de medidas complementarias. En cuanto a las condiciones sociales, tendrá que fijarse el área restante que no

⁸ Ocampo-Peñuela op. cit. 2010, p. 21.

corresponda a las actividades de conservación ambiental destinada a garantizar el mínimo vital de las comunidades que lo requieran.

- 5) *Se sugerirá al responsable de la inversión del 1% la importancia de incluir en los acuerdos de conservación, los aspectos de educación ambiental y capacitación técnica a las comunidades:* gran parte del éxito que tengan los acuerdos de conservación desarrollados por las poblaciones locales, dependerá de la inclusión del componente de educación ambiental y capacitación técnica dentro de estos acuerdos para quienes van a desarrollar dichas actividades, por lo tanto, se tendrá como un aspecto indispensable sugerido al responsable de la inversión del 1% para que las tenga en cuenta en la mayor medida de lo posible.
- 6) *Será necesario un seguimiento o monitoreo exhaustivo por parte del beneficiario de la licencia y de las autoridades ambientales regionales:* para que los acuerdos de conservación sean efectivos y tengan el éxito esperado, principalmente frente a las expectativas generadas a las comunidades, es necesario que la empresa responsable del proyecto así como las autoridades ambientales regionales realicen el monitoreo o seguimiento exhaustivo para asegurar el cumplimiento de las metas propuestas de conservación. En ese caso, se busca garantizar que tales actividades se están llevando a cabo, y no que otro tipo de actividades afecte el cumplimiento de las obligaciones pactadas, como excederse en las actividades tradicionales agrícolas y ganaderas o de cualquier otra índole que puedan afectar las obligaciones de conservación ambiental. A través de este seguimiento se evitará que las comunidades deserten, concretando además las expectativas generadas sobre ellas, máxime cuando la verificación a través de área o de indicadores es necesaria para efectuar los pagos.
- 7) *El marco de los acuerdos de conservación dependerá del tipo de derechos establecidos sobre las áreas:* desde el punto de vista técnico, se exigirán las condiciones que debe cumplir el responsable de la inversión del 1% para cada uno de los acuerdos según se trate de propietarios, poseedores o tenedores de los predios.
- 8) *Afectación de la propiedad al uso público de conservación en los contratos de servidumbres personales:* cuando se trate de acuerdos con propietarios o poseedores de los predios en los cuales se establezcan contratos de servidumbres personales, conforme a las formalidades exigidas para este tipo de contratos que deberá cumplir los presupuestos legales del artículo 1602, 1603, 1605, 1606, 1611 entre otras del C.C., se verificará el cumplimiento de la inversión a través de la prueba del registro que se haga de la respectiva escritura pública en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble para ambos casos; sólo que en el caso de poseedor será una falsa tradición que en todo caso deberá establecerse mediante el respectivo contrato, y esta tendrá que soportar la carga de declaración de utilidad

pública que se haga durante el tiempo estipulado. La única excepción será como se mencionó antes, cuando se trate de zonas que correspondan a alguna categoría de áreas protegidas, especialmente del SPNN o de las zonas de ronda de la respectiva cuenca, o aquéllas que debidamente registradas se contemplen en el Plan, Esquema o Plan Básico de Ordenamiento Territorial del respectivo Municipio.

- 9) *La destinación de la inversión se realizará de acuerdo con la normatividad y con el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica respectiva:* claramente como se precisó antes, la destinación de la inversión se realizará de acuerdo con la normatividad, especialmente en lo referido al Decreto 1900 de 2006 así como en el respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, siempre y cuando esté registrada en el SINAP. También debe tenerse en cuenta la destinación del 10% de los recursos de esta obligación para la elaboración del instrumento de planificación, pero en caso de existir previamente, los rubros estarán disponibles para las actividades respectivas incluidos desde luego, los acuerdos de conservación.

Por su parte, en el caso concreto del asunto de la referencia, en el caso de la cuenca hidrográfica de Pauto, ya existe un POMCA (revisar registro del SINAP), por tanto, habrán más recursos disponibles que puedan ser invertidos en acuerdos de conservación. Para este caso en particular, se trata de una propuesta de inversión que surgió por parte de la empresa BP en 2010 y que posteriormente se transformaría para 2013, en la posibilidad de efectuar acuerdos de conservación. Este instrumento además, se propone de manera principal al desarrollo de conservación como áreas grandes, en los cuales se refiere a acuerdos de conservación que superan las 200 hectáreas.

2. Vacío normativo para establecer el mecanismo de cálculo de los ‘acuerdos de conservación’ y respuesta del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Según se infiere de la solicitud de apoyo remitida por la Coordinación del Grupo de Agroquímicos, Proyectos Especiales, Compensaciones 1%, en la actualidad, existe un vacío normativo respecto al mecanismo de cálculo *“para determinar los recursos que el beneficiario de la Licencia Ambiental debería destinar para los Acuerdos de Conservación en cumplimiento de la inversión de no menos del 1 %”*. Por tanto, ha acudido a la posibilidad de dar aplicación a los mecanismos que se encuentran señalados en los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y especialmente en el 11 del Decreto 900 de 1997, el cual se encuentra referido al Certificado de Incentivo Forestal (CIF) o al numeral 2 del artículo 9° del Decreto 953 de 2013.

La Coordinación del Grupo de Agroquímicos, Proyectos Especiales, Compensaciones 1%, realizó una consulta al MADS el día 10 de abril de 2014 mediante Radicado 4120-E1-12061, al cual se da respuesta mediante Oficio N° 8140-E2-12498 del 29 de mayo de 2014. En esta respuesta, ante la puntualidad de la solicitud en la cual sólo se cita el Decreto

900 de 1997 como sustento *"para realizar el cálculo de los Acuerdos de Conservación"*, la Oficina Jurídica del MADS parece no haberse percatado que el apoyo requería dar respuesta a la posibilidad de aplicar únicamente el 'mecanismo de cálculo' de esta norma del Decreto 900 de 1997, más no de la posibilidad de integración de la obligación de inversión del 1% del parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993 con el instrumento de incentivos de la Ley 139 de 1994 referido al CIF.

Por tanto, la respuesta del MADS en el Oficio N° 8140-E2-12498 del 29 de mayo de 2014 es que *"no es viable que el beneficiario de una licencia ambiental pretenda cumplir su obligación legal (1 % de la inversión forzosa) con la suscripción de un contrato mediante el cual va a recibir dineros públicos por conservar un bosque natural, máxime cuando el mismo Decreto 900 de 1997 señala que no se otorgará el incentivo cuando existe una disposición legal (parágrafo 1 del artículo 43 de la Ley 99 de 1993) que obliga a invertir en la conservación del bosque natural"*.

Por tanto, ante este problema en el que no se resolvió adecuadamente el interrogante, la Coordinación del Grupo de Agroquímicos, Proyectos Especiales, Compensaciones 1% acude a esta Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, para reiterar la posibilidad de aplicar únicamente el 'mecanismo de cálculo' *"para determinar los recursos que el beneficiario de la Licencia Ambiental debería destinar para los Acuerdos de Conservación en cumplimiento de la inversión de no menos del 1 %"*, para lo cual propone como alternativas: 1) nuevamente el Decreto 900 de 1997 "Por el cual se reglamenta el incentivo forestal con fines de conservación" específicamente frente a lo señalado en el Capítulo 111, que establece como efectuar el Cálculo del valor del incentivo; ó 2) el Decreto 953 de 2013, "Por el cual se reglamenta el Artículo 111 de la Ley 99 de 1993 modificado por el Artículo 210 de la Ley 1450 de 2011" específicamente Título 111, sobre los esquemas de pago por servicios ambientales (PSA). La Coordinación del Grupo de Agroquímicos, Proyectos Especiales, Compensaciones 1%, aclara ante esta confusión, que no se trata de que *"el beneficiario de la Licencia Ambiental en ningún momento va a recibir dineros públicos por conservar un bosque natural, la finalidad de la consulta era determinar si el mecanismo de cálculo del Decreto 900 de 1997 podría ser utilizado para determinar los recursos que el beneficiario de la Licencia Ambiental debería destinar para los Acuerdos de Conservación en cumplimiento de la inversión de no menos del 1 %"*.

3. Posibilidad de aplicar el mecanismo de cálculo de los instrumentos de incentivos del CIF y del PSA para determinar el pago de los 'acuerdos de conservación'

La eficacia de los principios, derechos y deberes establecidos en el ordenamiento jurídico, especialmente de los reconocidos en los mandatos constitucionales, se materializan en gran medida a través de la aplicación efectiva conseguida por las autoridades del Estado. En materia ambiental, dichas disposiciones se consolidan a través del despliegue de la administración pública que recae de manera exclusiva en las competencias funcionales

asumidas por las autoridades ambientales. En el caso abordado, claramente se identifica un vacío normativo sobre disposiciones de carácter legal y reglamentario que al no estar solventadas, implican el desconocimiento de las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, por lo que se hace imperativo resolver dicha situación a través de la interpretación jurídica utilizando las alternativas a la luz de una perspectiva integral aportadas por la teoría dogmática y doctrinal del derecho. Se resalta principalmente las disposiciones más importantes de la Carta Política que se verían afectadas, como los valores, principios, derechos y obligaciones constitucionales referidos a la protección sobre las riquezas naturales y culturales de la Nación (artículos 7 y 8); la garantía del derecho a un ambiente sano consolidado a nivel jurisprudencial como derecho fundamental, que además comprende la obligación por parte del Estado para garantizar la protección e integridad de la diversidad e integridad del ambiente (artículo 79); y sobre la facultad y deber del Estado para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando su 'desarrollo sostenible', su conservación, restauración y sustitución, previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental a través de la imposición de las sanciones legales y la exigencia de la reparación de los daños causados (artículo 80).

A propósito es necesario señalar también, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en Sentencias C-495 de 1996 y C-220 de 2011, la obligación de inversión del 1% en cuencas hidrográficas establecida por el parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993, nace precisamente como desarrollo propio del artículo 58 constitucional, es decir, de la función social y ecológica (ambiental) que debe cumplir la propiedad. Según reitera la Corte, la conceptualización del parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993 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"^{9 10}.

Hasta aquí es claro, que a diferencia de lo resuelto por la Oficina Jurídica del MADS, no se trata de buscar una integración de figuras o de instrumentos en materia ambiental como son el CIF y de la obligación de inversión del 1%. Lo que se quiere, es dar aplicación a cierto criterio de interpretación normativa, por medio de la cual se fijen unos parámetros que pueda servir de mecanismo de cálculo para determinar el valor de los recursos que el beneficiario de la licencia ambiental debe destinar a los acuerdos de conservación. En la

⁹ Corte Constitucional de Colombia (CCC), 1996. Sentencia C-495 de 1996 [Acción pública de inconstitucionalidad contra parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia (CCC), 2011. Sentencia C-220 de 2011 [Acción pública de inconstitucionalidad contra parágrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

solicitud se realiza la pregunta sobre la validez para aplicar los instrumentos de cálculo contenidos en el CIF o del PSA, según los Decretos 900 de 1997 y 953 de 2013. Ahora, es necesario aclarar que ante los vacíos normativos encontrados en el ordenamiento jurídico por falta de normas generales o específicas que regulen el tema, se establece la posibilidad para el operador de acudir a una norma que regulen casos o materias semejantes que no ha sido contemplada para esa situación, pero que al ser concreta y determinada puede regular el supuesto carente de regulación (analogía *legis*), y por otra parte, también cuando lo anterior no sea posible, se podrá dar aplicación a principios generales extraídos de otras normas jurídicas (analogía *iuris*)¹¹. Estas medida de interpretación surgen a partir de lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 153 de 1887 según el cual “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

En este caso, se contempla la utilización parcial de una norma concreta y determinada de que no ha sido contemplada a una situación “no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está”. En este caso, al analizar las normas que son propuestas, esto es, la metodología que se encuentran señalada en los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y especialmente en el 11° del Decreto 900 de 1997 referido al Certificado de Incentivo Forestal (CIF) o al numeral 2 del artículo 9° del Decreto 953 de 2013, ambos pueden ser aplicados, pues se refieren a la forma como puede establecerse el cálculo necesario para establecer el valor de los recursos que debe destinar el responsable de la inversión del 1% en cuencas hidrográficas a los acuerdos de conservación. Adicionalmente, ya existía un caso similar en el cual fue aplicado el Decreto 900 de 1997 para certificar el valor por área conservada a una empresa sobre sus propios predios (caso empresa Equión certificada por Corporinoquia). En este caso, sobre la aprobación de la metodología que resida en una u otra disposición normativa, corresponderá al análisis estrictamente técnico en el cual se incluya el componente de valoración económica ambiental y las condiciones que se tengan para evaluar los valores a través de los métodos de cálculo.

4. Conclusiones

Conforme a los argumentos expuestos se presentan las siguientes conclusiones relativas al cálculo de inversión del 1% para acuerdos de conservación:

- 1) Es posible cumplir con la obligación e inversión del 1% establecida en el parágrafo del artículo 43° de la Ley 99 de 1993, a través de los ‘acuerdos de conservación’ los cuales han sido definidos para este caso, como contratos pactados entre el beneficiario de la licencia ambiental y los ‘propietarios’, ‘poseedores’ o ‘tenedores’ de los predios en los cuales se encuentra la respectiva cuenca hidrográfica de la

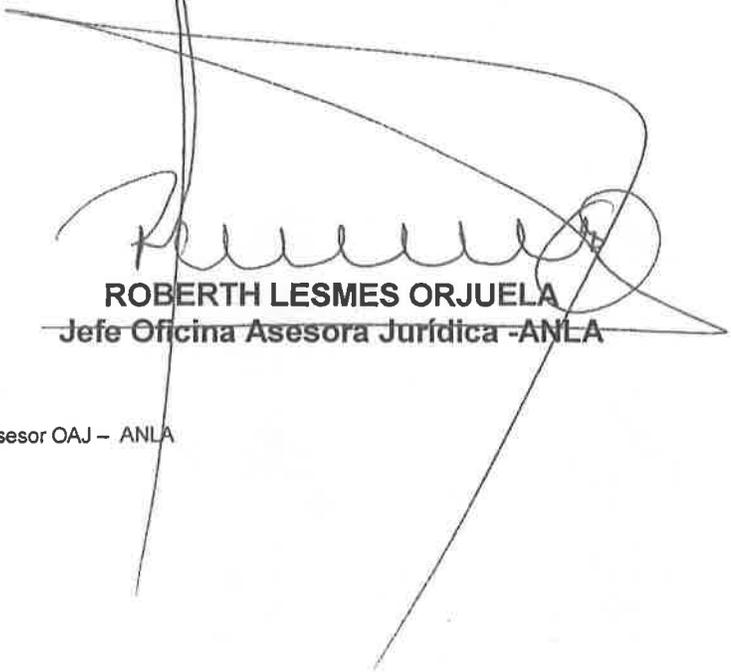
¹¹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1995. *Sentencia C-083 de 1995 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887]*. Bogotá D. C.: CCC.

cual se abastece el proyecto, encaminados a cumplir con las obligaciones de inversión del 1% mediante la realización de actividades para la conservación de las cobertura vegetales por parte de los titulares del derecho de propiedad, poseedores o tenedores de los predios a cambio de un pago periódico como contraprestación.

- 2) La fundamentación a esta forma de cumplimiento, se daría en virtud del literal b) del artículo 5° del Decreto 1900 de 2006, según el cual, la destinación de los recursos de la obligación de inversión del 1% en las cuencas hidrográficas de las cuales se abastece el proyecto, obra o actividad, en ausencia del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica (revisar SINAP), se podrán invertir entre otras en obras o actividades de "restauración, conservación y protección de la cobertura vegetal, enriquecimientos vegetales y aislamiento de áreas para facilitar la sucesión natural". También en los casos en los cuales esté contemplado y se haya autorizado en la concertación con las autoridades ambientales regionales, dichos acuerdos de conservación conforme a lo establecido en el respectivo Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica que haya sido aprobado cuando esto ocurra, y en relación con la fuente hídrica de la cual se abastezca el proyecto.
- 3) Los acuerdos de conservación que se establezcan para dar cumplimiento a la obligación del 1%, podrán seguir aspectos generales establecidos sobre este instrumento en el Manual de Asignación de Compensación por Pérdida de Biodiversidad aprobado mediante Resolución 1517 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), pero tendrá que tener en cuenta además, ciertas condiciones particulares anteriormente descritas: i) *los acuerdos de conservación no exoneran la obligación legal de inversión del 1% al beneficiario de la licencia ambiental; ii) las actividades que se ejecutarán dentro de los acuerdos de conservación, deben corresponder estrictamente a ese propósito; iii) deben exigirse la información detallada de los acuerdos en la propuesta o plan conservación; iv) el equilibrio de las condiciones sociales y ecológicas deben ser evaluadas técnicamente; v) se sugerirá al responsable de la inversión del 1% la importancia de incluir en los acuerdos de conservación, los aspectos de educación ambiental y capacitación técnica a las comunidades; vi) será necesario un seguimiento o monitoreo exhaustivo por parte del beneficiario de la licencia y de las autoridades ambientales regionales; vii) el marco de los acuerdos de conservación dependerá del tipo de derechos establecidos sobre las áreas; viii) Afectación de la propiedad al uso público de conservación en los contratos de servidumbres personales; ix) la destinación de la inversión de realizará de acuerdo con la normatividad y con el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica respectiva.*
- 4) Por aplicación del criterio de analogía, con el fin de materializar las obligaciones a cargo del Estado en materia ambiental, especialmente las señaladas en las disposiciones constitucionales (artículos 7, 8, 58, 79 y 80 principalmente), se

concluye la posibilidad de dar aplicación parcial a las normas, ya sea a la metodología que se encuentran señalada en los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y especialmente en el 11° del Decreto 900 de 1997 referido al Certificado de Incentivo Forestal (CIF) o al numeral 2 del artículo 9° del Decreto 953 de 2013, en la medida en que ambas refieren a la forma como puede establecerse el cálculo necesario para establecer el valor de los recursos que debe destinar el responsable de la inversión del 1% en cuencas hidrográficas a los acuerdos de conservación. Y en este caso, la aprobación de la metodología, corresponderá al análisis estrictamente técnico en el cual se incluya el componente de valoración económica ambiental y las condiciones que se tengan para evaluar los valores a través de los métodos de cálculo.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró:  Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA

1950

The following information is for your information and is not to be used for any other purpose. It is the property of the Department of the Interior and is loaned to you for your use only. It is to be returned to the Department of the Interior when you are no longer using it. It is to be kept confidential and not to be disclosed to any other person. It is to be kept in a secure place and not to be loaned to any other person. It is to be destroyed when it is no longer needed. It is to be kept in a secure place and not to be loaned to any other person. It is to be destroyed when it is no longer needed.



1950

Department of the Interior
 Bureau of Land Management

1950