

Bogotá, D. C., 27 FEB 2014

MEMORANDO

Alba Tronzo
Feb 27-14

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

MAURICIO MALDONADO
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

ANDREA CORTÉS SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico sobre aclaración de la obligación de no menos del 1%

En atención a la solicitud de apoyo jurídico realizado a la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, para establecer la aplicación de la Ley en el tiempo, en lo relacionado con la inversión del 1% de exploración establecido por el parágrafo del artículo 4º de la Ley 99 de 1993 y del Decreto 1900 de 2006, se abordarán dos puntos de análisis: en primer lugar, la naturaleza de la norma que es objeto de análisis así como la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y en segundo lugar, la aplicación de la ley en el tiempo referente a la irretroactividad de la Ley y a la jerarquía normativa. Conforme a esto se responde:

1. Naturaleza de la norma objeto de análisis e interpretación jurisprudencial

En primer lugar, se analiza la norma objeto de cuestionamiento, esto es, el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, por medio del cual se 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”.

En la Sentencia C-220 de 2011 la Corte Constitucional de Colombia (CCC) revisa la constitucionalidad del parágrafo y lo declara exequible respecto a los cargos demandados (ponderación con los principios constitucionales de equidad y proporcionalidad del sistema tributario). En esta misma Sentencia la CCC se refiere a dicha disposición como una regulación diferente a la tasa por utilización del agua consagrada en dos primeros incisos del artículo 43 de la Ley 99 de 1993. En su lugar, la CCC aclara la conceptualización del parágrafo del artículo 42 ibidem como “(...) 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”¹.

Adicionalmente la CCC en la Sentencia C-220 de 2011 referida anteriormente, se

concentra en el análisis de las facultades reglamentarias por parte del Ejecutivo y en la reserva de Ley por la cual se confía exclusivamente al legislador el desarrollo normativo de ciertas materias. Si bien esta reserva legal se aplica en materia tributaria, para el caso de la carga social establecida en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, la CCC concluye que no se aplica una reserva de ley tan estricta, para lo cual señala que:

“el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige solamente a la ley haber configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno [pueda] ejercer la función de reglamentar la ley, con miras a su debida aplicación” [...] lo que significa que no es necesario que el Legislador defina en detalle todos los elementos de la regulación; lo contrario conllevaría la anulación de la función reglamentaria del Ejecutivo prevista en el artículo 189-10 superior” (citando la Sentencia C-474 de 2003)².

En el mismo sentido la CCC se remite a los argumentos de la Sentencia C-690 de 2003, según la cual el principio de legalidad no significa que el legislador deba regular a profundidad cada uno de las materias en detalle, en la medida en que “puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos”³.

Al respecto, se observa la reglamentación del Decreto 1900 de 2006 que desarrolla esta potestad reglamentaria, y que mantiene una discusión principal sobre la interpretación y

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

² Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2003. *Sentencia C-474 de 2003* [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9º (parcial) de la Ley 397 de 1997].

³ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2003. *Sentencia C-690 de 2003* [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 28 (parcial), 82 y 83 de la Ley 788 de 2002, aspectos tributarios y otros].

aplicación del artículo 1º, de los literales a), b), c), y d) del artículo 2º, y del artículo 3º y su párrafo:

Frente a dichas disposiciones, el Consejo de Estado de Colombia (CEC) se pronuncia mediante Sentencia 398 de 2012 sobre la demanda de nulidad presentada contra los artículos anteriormente referenciados que hacen parte del Decreto 1900 de 2006, y en cada caso los encuentra ajustados a los mandatos legales y constitucionales⁴.

Así por ejemplo, sobre el artículo 1º dice que dicha disposición no establece los límites a proyectos que requieran licenciamiento ambiental, pues estos ya se encontraban en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Sobre el artículo 2º refiere a los proyectos para los cuales se aplica la inversión de no menos del 1%, siempre y cuando cumplan con estos requisitos: "(i) el agua sea tomada directamente de una fuente natural, precisando que esta puede ser superficial o subterránea; (ii) el proyecto requiera licencia ambiental; (iii) el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria; (iv) el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, detallando aquí que se entiende por ésta la que comprende actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación". Además encuentra ajustados los párrafos 1 y 2 del artículo 2 ibídem, a las disposiciones del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 afirmando por ejemplo que "no exige que la inversión se haga por más de una vez y que precisa que el proyecto, sujeto a la carga social de la inversión debe tomar el agua de una fuente natural".

Sobre el artículo 3º el CEC lo cita de manera textual, afirmando que "los costos que han de servir de base para la liquidación del monto de la inversión del 1%, que se entiende corresponden a las inversiones realizadas en la etapa de construcción y montaje, previa a la etapa de operación o producción y se refieren a las obras y actividades realizadas dentro del área de influencia del proyecto objeto de la licencia ambiental".

En relación al análisis de este artículo 3º ibídem, el CEC reconoce que debe interpretarse conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, y que por tanto debe ser no menos del 1% del total de la inversión por lo cual, no contradice dicha norma.

2. Aplicación de la ley en el tiempo (irretroactividad), interpretación y jerarquía normativa

Respecto a la aplicación de la Ley en el tiempo, las disposiciones constitucionales de los artículos 29 y 58 de la Constitución Política establecen como lo ha reiterado la CCC (por

⁴ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2012. Sentencia 398 de 2012 [Exp. 11001-03-24-000-2006-00398-00 – Demanda de nulidad Decreto 1900 de 2006 aparte artículo 1, artículo 2 y artículo 3]

ejemplo, en la Sentencia) la irretroactividad de la ley. Las excepciones establecidas son cuando i) se trate de leyes nuevas expedidas por motivo de utilidad pública o interés social, en cuyo caso los derechos de los particulares cederán ante los del interés público o social; o ii) en materia penal y derecho sancionatorio se aplicará el criterio de favorabilidad.

Además, en la Sentencia C-220 de 2011 la CCC reitera este aspecto interpretativo frente a la aplicación del párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 citando como precedente la Sentencia T-125 de 1994 (Jaramillo y otros vs Osorio), en la cual: *"la Corte explicó que la exigibilidad de los deberes y cargas públicas (...) depende, en principio, de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica. La imposición de un deber, en consecuencia, presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva"*.

Por otra parte, existe una doble interpretación o ambigüedad respecto al párrafo del artículo 3º del Decreto 1900 de 2006. Una primera interpretación daría a entender que el contenido del artículo 3º idem tan solo hace referencia a las etapas de construcción y montaje, pero que no obstante la liquidación de la inversión del 1% debe hacerse sobre la totalidad del valor del proyecto. Una segunda interpretación indicaría que la norma en mención limitaría el cálculo de la inversión del 1% únicamente a la etapa de construcción y montaje, lo cual a la luz del mismo Decreto 1900 de 2006 en su artículo 1º y del párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, sería una total contradicción. Por lo tanto, esta segunda interpretación no podría aplicarse, en la medida en que un Decreto reglamentario como el 1900 de 2006, no puede modificar las disposiciones legales de la Ley 99 de 1993, pues desconocería los principios de jerarquía normativa y de límites a la facultad reglamentaria por parte del ejecutivo.

Así por ejemplo, la CCC en Sentencia C-1005 de 2008 ha reiterado sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República *"los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones"*⁵.

Respecto a la interpretación sobre el total de la inversión para el caso de exploración y explotación conforme a los términos de referencia expedidos por el Ministerio de Ambiente y adaptados por la ANLA (por ejemplo, los términos de referencia para perforación exploratoria y para explotación de hidrocarburos aprobados mediante Resoluciones 1543 y 1544 de 2010), se debe aclarar que debe tenerse en cuenta en las dos fases en la medida en que puede existir utilización del recurso hídrico en cualquiera, pero además bajo la interpretación que en este tipo de actividades mineras o de hidrocarburos el proyecto

⁵ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2008. Sentencia C-1003 de 2008. [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8 (d), 11 párrafo 2º y 19 de la Ley 1101 de 2006 "por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 – Ley General de Turismo – y se dictan otras disposiciones]. Bogotá D.C.: CCC.

finaliza con la etapa de desmantelamiento restauración final, terminación y/o abandono en términos del Decreto 2820 de 2010 (especialmente los artículos 1º, 6º y 40).

3. Aplicación de obligación de inversión de no menos del 1%

Conforme a los interrogantes planteados sobre el tema en cuestión, se puede establecer las siguientes conclusiones:

- 1) No existe contradicción en la interpretación sobre la obligación de no menos del 1%, pues a pesar de la reglamentación del Decreto 1900 de 2006, principalmente en su artículo 1º, en este mismo y según la jurisprudencia anteriormente citada (principalmente del CEC), el régimen de cálculo de la obligación **corresponde al valor total del proyecto**. Por otra parte, ante la ambigüedad del párrafo del artículo 3º del Decreto 1900 de 2006, no se aplicará aquella interpretación que limitaría el cálculo de la inversión del 1% únicamente a la etapa de construcción y montaje, pues desconocería el principio de jerarquía normativa y contradeciría las disposiciones contenidas en el artículo 1º del mismo Decreto 1900 de 2006 y el párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.
- 2) Sobre el régimen de cálculo de la obligación, como lo ha sostenido la CCC en la Sentencia C-220 de 2011, existen unos límites para aquellas *"tarifas superiores al 1% de la inversión solamente pueden ser fijadas por la autoridad ambiental con fundamento en los costos ambientales del respectivo proyecto, la medida promueve la inversión privada en tecnologías amigables con el ambiente"*. Pero en todo caso, no puede variarse o modificarse mediante un acto administrativo el régimen de cálculo de inversión de 1% que ha sido establecido claramente por la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1900 de 2006, pues en términos similares, significaría desconocer el principio de jerarquía normativa (es decir, que no es dable que a través de un acto administrativo de menor jerarquía se modifique el régimen de cálculo dispuesto por una Ley y desarrollado por un Decreto Reglamentario).
- 3) Respecto a la vigencia de la normatividad para cada una de las fases exploratoria y de explotación, conforme a lo expuesto en materia de aplicación de la Ley en el tiempo, para aquellos casos en los cuales se otorgó una licencia ambiental antes de la expedición del Decreto 1900 de 2006, seguirá rigiendo el procedimiento conforme a lo establecido en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en aplicación a la irretroactividad de la Ley. Es por esta razón que, el inciso 2º del artículo 6 del Decreto 1900 de 2006 establece además que: *"los programas de inversión del 1%, presentados o que se encuentren en ejecución antes de la entrada en vigencia del presente decreto, se regirán por lo dispuesto en los actos administrativos respectivos, expedidos por las autoridades ambientales competentes"*. Respecto a las solicitudes de licencia ambiental posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 1900 de 2006, la misma norma establece la aplicación de un régimen de transición

para proyectos cuyas licencias ambientales se encuentren en trámite. Respecto a la interpretación sobre el total de 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, pero además bajo la interpretación que en 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.

Cordialmente,

ROBERTH LESMES ORJUELA

Jefe Oficina Asesora Jurídica ANLA