

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación Número: 25000-23-24-000-2009-00025-01**

**Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN EE.PP.M. S.A. E.S.P.**

**Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Nación –Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales- contra la sentencia del 20 de junio de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

#### I.ANTECEDENTES

##### 1. Demanda

Las Empresas Públicas de Medellín –en adelante E.P.M-, mediante apoderado, interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) en adelante C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*El fin de la presente demanda consiste en que dicha Corporación, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, DECLARE:*

1- *Que es nulo el acto administrativo complejo conformado por los siguientes autos, emitidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial:*

*Auto 3302 de diciembre 11 de 2007*

“ARTÍCULO SEGUNDO (...) (sic) PARÁGRAFO PRIMERO. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., no podrá presentar dentro de los costos relacionados con la mencionada inversión, los relacionados con reajustes, interventoría, porcentajes paraobras extras o adicionales, impactos comunitarios, IVA u otra clase de impuestos relacionados, como se manifestó en la parte motiva de este proveído”.

*Auto 0855 de marzo 14 de 2008, en cuanto dispone:*

“ARTÍCULO PRIMERO: Reponer el Auto No. 3302 del 11 de diciembre de 2007, por el cual este Ministerio efectuó unos requerimientos al proyecto “Construcción y operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce III” localizado en jurisdicción de los municipios de Amalfi, Guadalupe, y Anorí en el Departamento de Antioquia, en cabeza de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., en el sentido de ratificarlo.

“ARTÍCULO SEGUNDO: En todo lo demás queda en firme el Auto No. 3302 del 11 de diciembre de 2007 proferido por este Ministerio.

“ARTÍCULO TERCERO: Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, notificar el contenido del presente auto, al representante legal y/o apoderado debidamente constituido de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

“ARTÍCULO CUARTO: Contra el presente auto no procede recurso alguno y se da por agotada la vía gubernativa, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral dos (2) del Artículo Sesenta y Dos (62°) del Código Contencioso Administrativo”.

*La nulidad de dicho acto administrativo complejo, se deriva del desconocimiento manifiesto a normas y disposiciones de superior jerarquía, que tienen que ver con la inversión forzosa del 1% exigida por el Parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 3° del Decreto 1900 de 2006, acto con el cual no se admite la inclusión en dicho porcentaje, por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., de los costos relacionados con reajustes, interventoría, porcentajes para obras adicionales, impactos comunitarios, IVA u otra clase de impuestos, con respecto al cumplimiento de la inversión del 1% indicada.*

- 2- *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad invocada, se declare que dentro de los costos relacionados con la Construcción y Operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, Empresas Públicas de Medellín E.S.P., puede incluir los relacionados con reajustes, interventoría, porcentajes para obras extras o adicionales, impactos comunitarios, IVA u otros impuestos o , en todo caso, que pueda incluir el mayor valor que ésta deba pagar o que para el momento del fallo haya cancelado, sobre los \$13.042.940.019 a que le obliga la ley 99 de 1993 y la Licencia Ambiental otorgada al Proyecto, como tasa por el uso de agua, por corresponder esta suma al porcentaje del 1% que ella impone. Sobre el monto así determinado, debe ordenarse al MAVDT, pagar a EEPPM, los intereses corrientes o la indexación que determine el Despacho, de manera que se restablezca adecuadamente el derecho conculcado.*
- 3- *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que resuelva de fondo el proceso, en los términos previstos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.*

**1.2.** Del análisis de la demanda, así como de los demás elementos obrantes en el expediente, la Sala puede extraer los siguientes hechos relevantes:

**1.2.1.** E.P.M. solicitó, mediante escrito presentado el 28 de mayo de 1997, ante el entonces Ministerio de Ambiente que se le concediera una licencia ambiental para la construcción y ejecución del Proyecto de Aprovechamiento Hidroeléctrico Porce III, en jurisdicción de los municipios de Gómez Plata, Guadalupe, Amalfi y Anorí en el departamento de Antioquia.

**1.2.2.** Luego de varios ajustes en la solicitud inicial, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial decidió conceder el referido permiso a través de la Resolución 561 del 16 de mayo de 2003, que, en su artículo décimo octavo, impuso la obligación de inversión forzosa del 1% del valor total del proyecto en obras y acciones para el uso eficiente y ahorro del agua<sup>1</sup>.

**1.2.3.** El Ministerio modificó la licencia ambiental del Proyecto de Aprovechamiento Hidroeléctrico Porce III a través de la Resolución 165 del 13 de febrero de 2004, para modificar los artículos 2, 3, 4 y 18 del acto, así como para ordenarle a E.P.M. que entregara un plan de inversión de la obligación forzosa del 1% dentro del año siguiente a la ejecutoria del acto administrativo.

**1.2.4.** La demandada nuevamente modificó la licencia ambiental a través de la Resolución 1024 del 28 de julio de 2005 y autorizó el desarrollo de otras actividades complementarias al proyecto inicial, también se le otorgó al titular del proyecto un plazo de seis meses para remitir el plan de inversiones del 1% respecto a las cuencas de los afluentes de los cuales tomaría también agua el proyecto hidroeléctrico.

---

<sup>1</sup> Esta obligación se encuentra contenida en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 que a la letra dice:

“Parágrafo.- 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. Declarado exequible por la Sentencia C-220 del 29 de marzo 2011, únicamente frente a los cargos examinados en ella”.

**1.2.5.** La demandante recurrió la decisión anterior mediante escrito radicado el 18 de agosto de 2005.

**1.2.6.** El Ministerio revocó el artículo 8 de la Resolución 1024 de 2005 en lo relativo a la obligación del 1%, porque ella ya había sido impuesta en un acto administrativo anterior y otorgó a la empresa 6 meses para presentar el plan de inversiones correspondiente con el respectivo cronograma de actividades para la evaluación y aprobación por la demandada en el que tuviera en cuenta las obras complementarias.

**1.2.7.** EPM remitió su plan de inversiones al Ministerio por escrito radicado 4120-E1-42768 del 16 de mayo de 2006. Allí propuso como actividad para cumplir con la obligación, la construcción de infraestructura para el tratamiento de las aguas residuales domésticas de los municipios de Gómez Plata, Guadalupe, Amalfi y Anorí.

**1.2.8.** Posteriormente, remitió un ajuste al plan de inversión del 1%, mediante escrito radicado el 28 de octubre de 2006, en donde también solicitó que los referidos cambios fuesen valorados conforme al Decreto 1900 de 2006.

**1.2.9.** El Ministerio requirió a EPM para que realizara unas gestiones relacionadas con el cumplimiento del plan de inversión del 1% con el Auto 2852 del 12 de diciembre de 2006, aclarado por el auto 1020 del 23 de abril de 2007.

**1.2.10.** La demandante radicó una nueva propuesta de plan de inversión de la obligación del 1% en el escrito radicado 4120-E1-106851 del 12 de octubre de 2007.

**1.2.11.** El Ministerio valoró la propuesta del plan de inversión del 1% en el Auto 3302 de diciembre 11 de 2007. Allí, con fundamento en el Concepto Técnico 2132 del 10 de diciembre de 2007 proferido por la misma autoridad, manifestó que aprobaba la propuesta de interceptores y sistemas de tratamientos de aguas residuales domésticas en los municipios de Amalfi, Anorí, Gómez Plata y Guadalupe, porque esas actividades cumplían los fines de la inversión del 1% inclusive respecto a las obras complementarias autorizadas a través de la Resolución 1024 de 2005 modificada por la Resolución 1619 del 28 de octubre de 2005.

Sin embargo, consideró que no era procedente incluir en el plan de inversiones del 1% los ítems correspondientes a: interventoría, reajustes, porcentaje de obra proyectado para obras extras y adicionales, impacto comunitario, IVA sobre utilidad e impuesto de guerra. Lo anterior, porque esos gastos son asumidos por las empresas que ejecutarán las obras y no corresponden a los objetivos de la inversión del 1%, que son: la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de las cuencas hidrográficas de las cuales se usa el agua para el proyecto.

**1.2.12.** El apoderado de EPM interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, mediante escrito radicado 4120-E1-135927 del 24 de diciembre de 2007. La impugnación se sustentó en que las obras adicionales y extras, por su naturaleza, son inescindibles del proyecto inicial y responden a la necesidad de ejecutar más o distintas actividades para que se cumpla el fin último con la obra civil. Además, adujo que estos conceptos son de regular previsión en los contratos de obra civil del Estado y, por ende, su previsión en el plan de inversión respondía a lo que se acostumbra en estos casos.

Sobre los ajustes, explicó que ese concepto se incluye en la mayoría de obras civiles, con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato, pues con el transcurso del tiempo los aumentos de precio de los bienes, los cambios en la normas laborales, entre otras cuestiones, pueden alterar las condiciones económicas del contrato y la falta de previsión puede modificar la utilidad del constructor, por lo que de excluirse del contrato, el contratista haría una proyección de esos ajustes y el error en los cálculos puede implicar mayores costos que posteriormente no podrían ser modificados, lo que haría ineficiente la gestión contractual.

**1.2.13.** El Ministerio resolvió el recurso en el Auto 0855 del 14 de marzo de 2008. Allí explicó que el único responsable de que se ejecute la inversión del 1% es la empresa beneficiaria de la licencia ambiental, por lo que consideró imposible reducir el monto total de la inversión a cargo del titular del proyecto “*al incluir impuestos y otros rubros argumentando en conclusiones unilaterales que nada tienen que ver con el espíritu y la letra tanto de de la Ley 99 de 1993, como del Decreto 1900 de 2006*” (fl.41 c. ppal.).

Sobre las obras extras y adicionales consideró que el plan debe ser claro en términos de contenido y alcance, por lo que no puede estar sometido a ambigüedades o variables discrecionales de quien ejecutará la inversión. En ese sentido, la indeterminación de los conceptos en cuestión, implica que no se pueden incluir en el plan de inversiones.

**1.2.14.** La demanda de la referencia fue radicada el 25 de agosto de 2008 en contra del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (fl.173 c. ppal.). Sin embargo, con el Decreto-Ley 3573 de 2011 se creó la ANLA como una unidad administrativa especial sin personería jurídica, con el objeto de que se encargara de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplieran con la normativa ambiental. Además, el artículo 22 de la norma de creación dispuso que todos los procesos judiciales que, por su naturaleza, objeto o sujeto procesal tuvieran que ser adelantados por la ANLA fuesen transferidos a ella dentro de los dos meses siguientes a su entrada en vigencia.

Debido a que el asunto de referencia es relativo a una licencia ambiental, la ANLA debía representar a la Nación desde el 27 de noviembre de 2011<sup>2</sup>. A pesar de ello, la referida unidad administrativa especial *sin personería jurídica* asumió la representación de la Nación el 8 de agosto de 2013, cuando confirió poder para la interposición del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de este asunto. Desde esa fecha la ANLA funge como demandado y actúa dentro de este proceso.

### **1.3 Cargos de nulidad y concepto de violación**

En los cargos de nulidad, la demandante estimó violadas por la administración las siguientes normas:

- El artículo 43 de la Ley 99 de 1993;
- Los artículos 1, 4 y 5 del Decreto 1900 de 2006;
- El artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, para fundamentar esas violaciones el demandante presentó los siguientes cargos: (i) Violación de la normativa ambiental; (ii) extralimitación de funciones al imponer cargas no contempladas por la ley y; (iii) desconocimiento de la previsión legal contenida en el Estatuto de Contratación Estatal, que permite las adiciones hasta por el 50% del valor del contrato.

#### **(i) Violación de la Normatividad Ambiental**

En este cargo la parte activa, luego de transcribir el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y los artículos 1, 3, 4 y 5 del Decreto 1900 de 2006, indicó que todos los titulares de proyectos que requerían de uso del agua directamente de un afluente y necesitaran para este la expedición de una licencia ambiental estaban obligados a ejecutar la inversión forzosa equivalente al 1% del total de la inversión en el proyecto.

Sin embargo, explicó que con los actos demandados el Ministerio desconocía prácticas contractuales universales en materia de obras civiles, que implican que por regla general,

---

<sup>2</sup> El Decreto 3573 de 2011 entró en vigencia con su publicación en el Diario Oficial No. 48205 del 27 de septiembre de 2011.

estas requieren de obras adicionales y extras, y que la falta de inclusión de estos rubros en los planes tendría como consecuencia que EPM asumiera costos por encima del valor total de la inversión del 1%.

## **(ii) Extralimitación de funciones al imponer cargas no contempladas por la Ley**

Manifestó que la negativa a la inclusión de los costos de interventoría dentro del plan de inversiones del 1% no es justificada, porque la finalidad de esta es la correcta ejecución de las actividades dispuestas para el cumplimiento de la obligación en cuestión.

Que además, con los actos demandados la administración la obligó a asumir costos por encima del valor total ordenado por el Decreto 1900 equivalente al 1% del total de la inversión, porque las obras adicionales y extras pretenden que el proyecto cumpla los fines dispuestos. Que entonces, si la regla general es que este tipo de obras se presenten, una vez ello ocurra la demandante estará en la obligación de asumir esos costos, con lo que se extralimita la potestad al ordenarse un pago superior al dispuesto por la normativa.

Sobre el concepto *reajustes*, que también fue excluido del plan de inversión del 1%, explicó que su finalidad es mantener actualizados los precios unitarios ofertados por el contratista durante el transcurso del plazo contractual, por lo que de no aceptarse este rubro el contratista oferente realizaría una proyección a futuro de esos valores y la imprecisión en los mismos, podría implicar que se asuman mayores costos, contrario a si se ajustan en tiempo real y se establece un rubro en el plan para lo pertinente.

Concluyó que la interpretación hecha por el Ministerio desestimula la inversión, pues torna en demasiado gravoso el cumplimiento de la obligación del 1% establecida en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

## **(iii) Desconocimiento de la previsión legal contenida en el Estatuto de Contratación Estatal**

Por último, en este cargo el impugnante transcribió el artículo 40 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup> y se refirió a que la ley permite que los contratos estatales sean adicionados hasta en un 50%, de lo que concluyó que es normal que esa situación ocurra y que no puede el Estado, a través de un Ministerio, impedir la aplicación de esa ley.

## **2. Admisión de la demanda**

La demanda de la referencia fue radicada el 25 de agosto de 2008 ante la Sección Primera de esta corporación, pero esta se declaró incompetente mediante auto del 24 de noviembre de 2008, porque la pretensión de restablecimiento sí tenía cuantía y debía ser conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl.175-178 c. ppal.).

---

<sup>3</sup> "Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

"En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

"Párrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

"Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió admitir la demanda mediante auto del 19 de febrero de 2009 (fl.182-184 c. ppal.).

El representante del Ministerio Público interpuso recurso de reposición en contra de la admisión de la demanda (fl.185 c. ppal.), pero la decisión fue confirmada por el auto del 11 de febrero de 2010.

### **3. Contestación de la Nación –Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>4</sup>**

En primera medida, el Ministerio indicó que, para el caso concreto de la demandante, se acepta que se incluyan los montos pagados por conceptos de reajustes, obras extras y adicionales, siempre y cuando estas se encuentren debidamente identificadas y se presenten conforme a lo regulado por el parágrafo segundo del artículo segundo del Auto 3302 del 11 de diciembre de 2007, lo que no aceptó fue que se presentaran conceptos indeterminados sin concretar su destinación.

Luego hizo una relación de los hechos relativos a la obligación del 1% de la demandante hasta la fecha de la contestación de la demanda.

Además, explicó que el costo total del proyecto no sería asumido exclusivamente por E.P.M., sino que parte de los recursos serían gestionados por intermedio de la gerencia de servicios públicos domiciliarios<sup>5</sup>, el departamento de Antioquia, el Ministerio de Ambiente y CORANTIOQUIA. De ello extrajo que la responsabilidad del proyecto no recae únicamente sobre la demandante.

Así mismo, transcribió el contenido del escrito radicado 4120-E1-218-08 del 27 de febrero de 2009, en donde los alcaldes de Anorí, Gómez Plata, Amalfi y Guadalupe manifestaron que incluirían dentro de los precios unitarios del proyecto los costos relacionados con los impuestos municipales, impactos comunitarios y el IVA, también que asumirían los costos relacionados con la interventoría y las obras extras derivadas de los proyectos respectivos y que eliminarían el concepto de obras adicionales.

Por otro lado, expuso que la obligación del 1% es una inversión *directa* a cargo del titular de la licencia ambiental beneficiada con la concesión de uso de agua directamente del afluente. En consecuencia, no se puede aceptar que se incluyan las obras adicionales y las obras extras en el plan de inversión del 1%, pues en el presentado no están debidamente precisadas, no presentan especificaciones técnicas, no corresponden a las obras inicialmente pactadas y su alcance es indeterminado.

A su juicio, la consecuencia de aceptar estos rubros por el concepto de inversión forzada, podría implicar que la demandante no ejecute obras por el 1% del total de la inversión, pues si no se necesitan obras extras o adicionales el monto reconocido por ese concepto no sería erogado por la demandante.

También dijo que los impuestos tampoco podían hacer parte de la inversión del 1%, porque con ellos no se cumplía la finalidad de preservar las fuentes hídricas afectadas por su uso, que en este caso es industrial. Para arribar a la conclusión, partió de la diferenciación entre impuesto, tasa y parafiscal e indicó que la obligación del 1% era distinta a estos tres tipos impositivos y su finalidad diferente implicaba que no se podían reconocer en el plan de inversiones.

---

<sup>4</sup> Como se explicó en el acápite 1.2.14. de esta providencia la Nación compareció representada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hasta cuando la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, momento en que esa unidad administrativa especial asumió la carga.

<sup>5</sup> Sin indicar de que entidad era la referida gerencia.

Por último, adujo la excepción de inepta demanda, porque a su juicio, el concepto de violación no estaba debidamente explicado en la demanda y la de indebida integración del acto demandado porque no se pretendió la nulidad del artículo 10 de la Resolución 561 del 16 de mayo de 2003, que estableció la obligación de contratar interventoría para las obras relacionadas con la licencia ambiental, el plan de manejo ambiental y la obligación del 1%.

#### **4. Trámite de la primera instancia**

Como ya se dijo la demanda de referencia fue admitida a través del Auto del 19 de febrero de 2009 en providencia de ponente por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls.182-184 c. ppal.).

Esa decisión fue recurrida por el representante del Ministerio Público el 26 de febrero de 2009 (fl.185 c. ppal.).

Sin embargo, el auto admisorio fue notificado antes de que el Tribunal se pronunciara sobre el recurso, el 13 de abril de 2009 (fl.210 c. ppal.) y solo se corrió traslado del recurso de reposición interpuesto el 23 de abril de 2009 (fl.213 c. ppal.).

El entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial contestó la demanda el 10 de septiembre de 2009 (fls.215-232 c. ppal.), muy a pesar que el auto admisorio no estaba en firme y no procedía su notificación.

La admisión de la demanda fue confirmada por el a quo mediante providencia del 11 de febrero de 2010 (fls.240-242 c. ppal.).

Debido a la irregularidad en la notificación del auto admisorio la demandada ratificó lo dicho en la contestación de la demanda presentada mediante memorial radicado el 02 de marzo de 2011 (fl.244 c. ppal.). Debido a que nunca se notificó nuevamente el auto admisorio, ese escrito fungió como notificación por conducta concluyente de la admisión de la demanda, con lo que se saneó cualquier irregularidad proveniente de la indebida notificación.

El *a quo* dispuso abrir el periodo probatorio a través del auto del 03 de marzo 2011 (fls.247-249 c. ppal.), sin que hubiera transcurrido el término de traslado de la demanda desde la notificación por conducta concluyente y sin que la demandada hubiera renunciado a este. En este auto se decretó la práctica de unas pruebas documentales<sup>6</sup>, de los testimonios solicitados en la demanda y una prueba pericial relativa al exceso en la inversión del 1% solicitada por E.P.M<sup>7</sup>.

Sin embargo, como la demandada ejerció en debida forma su derecho de defensa y posteriormente no alegó la pretermisión de ese término, esa irregularidad también se saneó.

El apoderado de la demandante solicitó que se modificara el decreto de pruebas mediante memorial radicado el 17 de marzo de 2011, porque en las solicitudes probatorias se pidió que los testimonios se practicaran a través de comisionado, ya que los testigos no residían en Bogotá (fls. 261-262 c. ppal.).

El 22 de marzo de 2011 se celebró audiencia para recepcionar los testimonios solicitados en la demanda, a la que ningún testigo concurrió y en la que el magistrado sustanciador manifestó no acceder a la petición del demandante de ordenar la práctica de los testimonios a través de comisionado (fls. 263-264 c. ppal.).

---

<sup>6</sup> Numerales segundo y tercero de la providencia, en los que se ofició a CORANTIOQUIA y CORNARE para que allegaran la copia auténtica de unos contratos solicitados en la demanda y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para que remitiera copia auténtica de la Resolución 561 del 16 de mayo de 2003.

<sup>7</sup> El dictamen fue rendido por el perito Ramón Alfredo Corrales Marín el 18 de julio de 2011 (fls.362-377 c. ppal.) y complementado a solicitud de la demandante el 09 de marzo de 2012 (la complementación del dictamen obra en un cuaderno aparte).

Una vez aportadas las excusas por la incomparecencia a la audiencia para la práctica de las pruebas (fls.314-321 c. ppal.), el magistrado sustanciador, en el auto del 27 de octubre de 2011 (fls.423-426 c. ppal.), decidió correr el traslado del dictamen pericial rendido y librar los despachos comisorios para la práctica de los testimonios de Luis Alfonso Escobar Trujillo, Luz Stella Palacios, Jorge Emilio Mesa Arroyave y Luis Fernando Pineda Montoya por los jueces del Circuito Judicial Administrativo de Medellín y los pertinentes para la práctica de los testimonios de Oscar Antonio Álvarez Gómez y Javier Parra Bedoya por el juez promiscuo del Circuito de El Santuario, Antioquia.

El *a quo* cerró el periodo probatorio y corrió el traslado para alegar en la providencia del 26 de abril de 2012 (fls.450-451 c. ppal.), la cual fue recurrida por el demandante ya que no se habían practicado los testimonios decretados (fls.452-453 c. ppal.) y repuesta por el *a quo* mediante auto del 07 de junio de 2012 (fls.456-459 c. ppal.).

La Jueza Promiscua del Circuito de El Santuario, Antioquia recepcionó el testimonio de Javier Antonio Parra Bedoya el 13 de agosto de 2012. Por otro lado, el apoderado de la demandante desistió del testimonio del señor Oscar Antonio Álvarez Gómez en esa diligencia, porque el testigo ya no fungía como director de CORNARE y el actual director no cumplía con el perfil técnico requerido para el tema de prueba solicitado en la demanda (fls.204-207 c.1 despacho comisorio); mientras que el Juez 14 del Circuito Judicial Administrativo de Medellín dirigió la práctica del testimonio de Luz Stella Palacio Flórez, Jorge Emilio Mesa Arroyave y Luis Fernando Pineda Montoya en audiencia celebrada el 04 de octubre de 2012 (fls.466-471 c.2 despacho comisorio).

Una vez practicadas todas las pruebas decretadas, el *a quo* cerró el periodo probatorio y corrió traslado para la alegar por auto del 11 de octubre de 2012 (fls. 474-475 c. ppal.).

El único que alegó de conclusión fue el apoderado de la parte demandante, mediante memorial radicado el 26 de octubre de 2012 (fls. 476-490 c. ppal.). Allí hizo un recuento de las pruebas practicadas y, particularmente, se refirió a los testimonios de Javier Parra, Luz Stella Palacio y Jorge Mesa en los que se apoyó para decir que, conforme a su conocimiento técnico, lo normal es que se prevean los conceptos de obra adicional y extra cuando se trata de obras públicas relacionadas con la construcción de plantas de tratamiento de agua.

Sobre el dictamen pericial rendido, transcribió varios acápites de los que infirió que el concepto técnico coincidía con su tesis, pues el perito también consideró que los rubros excluidos se erigían como un pago en exceso de la obligación del 1%. Cerró con la reiteración de los cargos de nulidad de la demanda.

## **5. Sentencia recurrida**

La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones mediante la sentencia del 20 de junio de 2013 (fls. 492-523 c. ppal.).

En la parte resolutive, declaró parcialmente próspera la excepción de *inepta demanda*, porque no se presentó ningún cargo en relación con el ítem “*impactos comunitarios*”. Además, declaró la nulidad de los apartes “*interventoría*” e “*IVA u otra clase de impuestos relacionados*”, contenidos en el parágrafo primero del artículo segundo de la Resolución 3302 del 11 de diciembre de 2007 expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; como medida de restablecimiento, declaró que dentro del plan de inversión del 1% se pueden incluir los gastos en que se incurran por la interventoría de las obras ejecutadas con ocasión de la referida obligación y denegó las demás pretensiones de la demanda.

El *a quo* declaró la prosperidad de la excepción de *inepta demanda*, porque no encontró ningún cargo en la demanda que se propusiera atacar la presunción de legalidad de la no

inclusión del rubro “*impactos comunitarios*” en el plan de inversión del 1%. Sobre los demás, estimó que la demanda contenía cargos para desvirtuar la legalidad de su exclusión.

En relación con la excepción de indebida integración del acto administrativo acusado, encontró que la parte activa no tenía que demandar la obligación de contratar la interventoría, pues ella no pretendía obviarla, sino que sus costos se incluyeran en el plan de inversión.

Pasó a pronunciarse sobre el concepto de obras adicionales y extras, con fundamento en las definiciones de la demanda. De esos conceptos infirió que por su naturaleza son eventuales y de ocurrencia incierta y al no poder ser cuantificados no podían ser incluidos en el plan de inversión.

Y agregó que, en caso de que se hicieran necesarias este tipo de obras, conforme al parágrafo segundo del artículo 4 del Decreto 1900 de 2006, las adicionales y extras se pueden incluir dentro del plan de inversiones una vez estas fueran ejecutadas, a solicitud de parte. Al respecto concluyó:

*[L]a Sala considera que la decisión del Ministerio consistente en no aceptar el porcentaje de obras extras y adicionales dentro del presupuesto del 1% está plenamente ajustado a la ley, ya que no se niega la posibilidad que a futuro sea necesario ejecutar dichas obras solo que la oportunidad para que sean reconocidas no es en la presentación del programa, sino con posterioridad a la ejecución, es decir cuando se tenga certeza de su necesidad y los costos que acarrea (fl.511 c. ppal.)*

El Tribunal dijo que el rubro *reajustes* se refería a costos inciertos e indeterminados, por lo que la oportunidad para reclamarlos no era la presentación del plan de inversión, sino con posterioridad a la ejecución de las obras.

También se pronunció sobre la posibilidad de incluir los costos de la *interventoría* dentro del plan de inversiones del 1%, y dijo que la Resolución 561 de 2002, en su artículo 10, impuso la obligación de contratar interventoría para todas las obligaciones que provinieran de la licencia ambiental, lo que incluyó la inversión del 1%. De lo que extrajo que los costos de interventoría podían ser incluidos dentro del plan de inversión, mientras estos estuviesen relacionados con la ejecución del plan de inversiones del 1%, nunca en relación con el proyecto en sí mismo, ni con el Plan de Manejo Ambiental.

Por otro lado, se refirió a la expresión *IVA u otra clase de impuestos relacionados*. Sobre el particular explicó que era necesario aclarar cuáles impuestos se podían o no incluir dentro del plan de inversiones del 1%, y concluyó que solo aquellos que provinieran directamente de la ejecución del plan, como por ejemplo el IVA sobre las utilidades del contratista, sin que se puedan incluir los impuestos causados por el resto de su actividad.

Por lo antedicho, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió declarar la nulidad de las expresiones: *IVA u otra clase de impuestos relacionados* e *interventoría* y frente al restablecimiento del derecho consecuencial a esa declaración estimó:

*Teniendo en cuenta que se declarará la nulidad parcial del parágrafo primero, del artículo segundo de la Resolución 3302 del 11 de diciembre de 2007 solamente frente a los apartes “interventoría” e “IVA U otra clase de impuestos relacionados”, el restablecimiento del derecho consistirá en que E.P.M. podrá incluir dentro del presupuesto del programa de inversión del 1% dichos rubros, siempre y cuando, claro está, acredite que los costos de interventoría están relacionados con la vigilancia sobre las actividades del programa de inversiones del 1%, así como acreditar que los tributos son generados por el desarrollo del mismo (fl.517 c. ppal.)*

En último lugar, consideró improcedente la pretensión de incluir el mayor valor sobre los \$13.042.940.019 como tasa por el uso de agua, para lo cual partió del artículo 43 de la Ley 99, que a su juicio, contempla dos obligaciones, a saber, la tasa por uso de agua regulada por la primera parte del artículo y la inversión del 1% en el parágrafo.

## **6. Recurso de apelación**

Hasta este momento la representación judicial de la Nación había sido ejercida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, empero como ya se había creado la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y se había ordenado la *transferencia* de los procesos judiciales relacionados con sus funciones, el recurso de apelación fue interpuesto por un apoderado designado por esa unidad administrativa especial sin personería jurídica.

El recurso de alzada fue interpuesto el 08 de julio de 2013. En primer lugar, la demandada se refirió al concepto de Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU), transcribió parte del concepto 4611 del 02 de febrero de 2010, proferido por la Contraloría General de la República, en el que se explicó la naturaleza de estos rubros, de lo que partió para concluir que como no se puede advertir la incidencia de estos gastos en la recuperación, preservación y vigilancia de las cuencas afectadas no se puede considerar como una inversión directa y por lo tanto no se podría incluir en el plan de inversiones del 1%.

Por otro lado, consideró que los gastos de administración, impuestos y utilidades, reajuste, interventoría y porcentaje de obras extras y adicionales, impactos comunitarios o IVA, no son destinados directa y efectivamente al cumplimiento de las inversión forzosa, y por ende, no se aceptan dentro del programa de inversión del 1%.

Posteriormente, explicó que la tasa por utilización de agua y la inversión del 1% son imposiciones diferentes, cuyas fuentes responden a hechos distintos y, en consecuencia, lo pagado por una no puede repercutir en la otra. En relación con la inclusión de los gastos causados por contratar una *interventoría* dijo que esa obligación hace parte del giro ordinario del proyecto desarrollado por la empresa, en consecuencia es una obligación general que hubiese sido asumida de todos modos y por ello no se puede incluir en el plan de inversiones del 1%.

## **7. Trámite en segunda instancia**

El recurso de alzada fue concedido por el *a quo* mediante auto del 18 de julio de 2013 (fls. 544-545 c. ppal.).

La Sección Primera de esta corporación admitió el recurso de apelación mediante providencia del 03 de septiembre de 2013 (fl.4 cuaderno apelación) y corrió traslado para alegar en segunda instancia con la providencia del 30 de septiembre de 2013 (fl.7 cuaderno apelación).

Ambas partes alegaron de conclusión oportunamente, mientras que el representante del Ministerio Público guardó silencio.

## **8. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

**8.1.** La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales alegó de conclusión, mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2013 (fls.8-12 cuaderno apelación). Primero, se pronunció sobre las normas de creación de la ANLA y los deberes asignados a esa autoridad.

Luego, hizo un estudio general en relación con la inversión del 1%; en donde se refirió al nacimiento de la obligación, las actividades que no pueden ser incluidas en ese concepto, la base de liquidación de la misma e hizo un breve recuento jurisprudencial sobre la materia.

Enseguida, hizo referencia a las diferencias entre las obligaciones del Plan de Manejo Ambiental y la inversión del 1% y explicó que ambas tienen fuentes distintas, pues la primera pretende mitigar los efectos del proyecto en los ecosistemas que lo circundan, mientras que la segunda es una carga impuesta por captar agua de fuentes hídricas naturales.

Pasó a explicar qué se debe considerar precedente, para excluir de ese concepto a la sentencia C-495 de 1996 que se refirió sobre el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, además aclaró nuevamente las diferencias de la inversión del 1% con la tasa de utilización de aguas y la aplicación en el tiempo del Decreto 1900 de 2006.

**8.2.** El apoderado de EPM alegó de conclusión mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2013 (fls.13-20 cuaderno apelación).

Hizo referencia a los argumentos expuestos en el fallo de primera instancia, luego los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la demandada y, concluyó, que el escrito era robusto únicamente por las citas legales y jurisprudenciales, pero no por sus argumentos. Además, adujo que la impugnación se enfocó en explicar porqué los gastos de AIU no deben ser incluidos en el plan de inversión del 1%, a pesar de que ni las pretensiones ni la sentencia se refirieron a ese rubro.

En relación con la inclusión de los costos de interventoría en el plan de inversión manifestó que el aserto del recurrente relativo a que es un gasto propio del giro ordinario del proyecto resulta equivocado; porque la interventoría que se pretendió incluir en el plan de inversiones solo tiene que ver con la supervisión de la ejecución de la inversión del 1% y no con el resto del proyecto, por ello ese rubro debe ser incluido en el plan de inversiones.

También se refirió a la afirmación de la apelante relativa a que los impuestos son gastos indirectos respecto a la ejecución del 1% y, por ende, no podrían estimarse como parte del plan e indicó que la demandada desconoce que la fuente de los impuestos es la ley y como la ejecución de la inversión forzosa está sujeta a las normas, la misma está en la obligación de cumplir con las imposiciones tributarias que le sean propias y no pueden ser excluidos del plan, porque ejecutarlos sin pagar los impuestos viola la ley y de acceder implicaría para la demandante asumir costos por encima del 1%.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2013, por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los términos del artículo 129 del CCA, el numeral 5° del artículo 71 de la Ley 388 de 1997<sup>8</sup>, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

### 2. Problema jurídico

El problema jurídico se restringe a determinar si los gastos de interventoría e “IVA u otra clase de impuestos relacionados”, pueden o no ser incluidos en el plan de inversión para cumplir con la obligación impuesta en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993

### 3. Caso concreto

Antes de realizar el análisis de fondo de la cuestión en litigio, resulta pertinente señalar que el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en casi todo su contenido, no guardó relación con la decisión impugnada, o al menos, con las decisiones que fueron contrarias a sus intereses.

Esto, debido a que el grueso de su argumentación, se orientó a explicar por qué los gastos por concepto de Administración de Imprevistos y Utilidades (AIU), no deberían hacer parte del plan de inversiones del 1%. Sin embargo, este concepto ni siquiera fue incluido en los actos demandados, ni tampoco fueron solicitados con las pretensiones de la demanda.

En virtud de los argumentos del recurso, la demandante, en sus alegatos, se esmeró en diferenciar los conceptos de obra extra y adicional **-que sí fueron tema de debate-** y los gastos por AIU, pero en esta instancia esa discusión no es pertinente, habida cuenta que el *a quo* no declaró la nulidad de esas expresiones, ni tampoco la parte demandante apeló la decisión en lo que le resultó desfavorable<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 71 numeral 5° establece: “**Contra la sentencia procederá recurso de apelación ante el honorable Consejo de Estado, el cual decidirá de plano, salvo que discrecionalmente estime necesario practicar nuevas pruebas durante un lapso no superior a un mes.**”

<sup>9</sup> El tribunal de primera instancia sí se refirió a ellas y dijo que sólo podrían ser incluidas en el plan de inversiones cuando se hubieran ejecutado, lo cual hasta el momento es un hecho futuro e incierto..

Situación similar ocurrió con los alegatos de segunda instancia de la demandada, en donde hizo referencia a cuestiones jurídicas que han sido tema de debate en asuntos relacionados con la obligación del 1%, pero que nada tienen que ver con la presente controversia.

En suma, esta decisión se restringirá a analizar los aspectos desfavorables de la sentencia de primera instancia, que sí fueron incluidos en el recurso, es decir, se ceñirá a determinar si los rubros de interventoría e IVA y otros impuestos, pueden o no incluirse en el plan de inversiones del 1%.

Para tal efecto, se organizará la exposición de la siguiente manera: 1) se hará un análisis sucinto de las características generales de la obligación del 1% y sus diferencias con las tasa por utilización de aguas; 2) se establecerá cuáles son los gastos que pueden ser incluidos dentro de la inversión del 1% y; 3) se hará referencia a la posibilidad de incluir los gastos de interventoría y los impuestos relacionados, en el plan de inversiones, para cuyo análisis se evaluarán los argumentos tanto del fallo de primera instancia, como los del recurso de apelación.

### **3.1. Generalidades sobre la inversión del 1% y sus diferencias con la tasa por utilización de agua**

La inversión forzosa del 1% se encuentra regulada por el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993<sup>10</sup>. De acuerdo con la norma, ésta surge por la ocurrencia de dos situaciones: el desarrollo de un proyecto que requiera usar agua directamente de las fuentes de las que emanan y que ese proyecto requiera para su ejecución del otorgamiento de una licencia ambiental.

La obligación impone al dueño del proyecto que invierta al menos el 1% del valor total de la obra licenciada en la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca de la fuente hídrica de la que se beneficia el proyecto.

Esta inversión se realiza por una sola vez, y su ejecución es responsabilidad del titular de la actividad que requiere de la licencia. Adicionalmente, no se considera un tributo, sino una carga, que emana de la función social de la propiedad<sup>11</sup>.

Conforme a lo anterior, si la inversión del 1% debe cumplir con unos fines que emanan de su naturaleza, consecuentemente los planes de inversión deben propender por materializarlos, para acreditar el cumplimiento de esa carga.

Con el objeto de establecer de forma precisa el trámite y las condiciones para el cumplimiento de la obligación bajo estudio, se expidió el Decreto 1900 de 2006. Allí se precisaron las características que debía tener un proyecto, para que le fuese imponible la inversión forzosa, a saber:

- a) Que requiera para su ejecución de agua tomada directamente de una fuente natural, ya sea superficial o subterránea;
- b) Que el proyecto requiera de una licencia ambiental;
- c) Que el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución;
- d) Que el agua tomada se utilice para alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria (artículo 2° del Decreto 1900 de 2005)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “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”.

<sup>11</sup> Sobre las características de la inversión del 1% como carga consultar: Corte Constitucional, sentencia C-495 del 26 de septiembre de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz y C-220 del 29 de marzo de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>12</sup> Esta obligación no aplica en caso de que el agua fuera tomada directamente de la red domiciliaria de acueducto, operada por un prestador de servicio.

Ahora, en orden de establecer el monto de la obligación, la reglamentación recordó que el criterio de liquidación tiene como base el total de la inversión para el proyecto que requiere de la licencia ambiental, empero, dijo que ello solo en cuanto los gastos que se trataran de: a) la adquisición de terrenos e inmuebles; b) lo asumido por concepto de obras civiles; c) la adquisición y alquiler de maquinaria y equipo utilizado en las obras civiles y; d) la constitución de servidumbres.

En síntesis, el 1% que determina el monto de la inversión forzosa, se calcula respecto del total asumido por el titular del proyecto para su puesta en marcha, pero solo por lo erogado por concepto de los motivos mencionados arriba y mientras el rubro se erogara en la etapa de construcción y montaje de la obra licenciada (Artículo 3° del Decreto 1900 de 2005).

Por otro lado, debido a que en el devenir procesal ha sido tema de debate la diferenciación que existe entre la inversión forzosa y la tasa por uso de aguas directamente del afluente, es pertinente aclarar los conceptos pertinentes.

La confusión de ambas imposiciones tiene una razón histórica. En la sentencia C-495 proferida por la Corte Constitucional el 26 de septiembre de 1996<sup>13</sup>, se indicó que la inversión forzosa consistía en *“destinar el 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas, para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica”*.

La providencia citada versó sobre la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, en ella se declaró la exequibilidad de la disposición de las dos imposiciones, a saber: la tasa por utilización de aguas y la inversión forzosa. Sobre la primera indicó que era de naturaleza tributaria, y que se generaba por el uso de un servicio ecosistémico; mientras que sobre la segunda adujo que era una carga impuesta en virtud de la función ecológica de la propiedad.

Para la Corte, tal diferenciación implica que ambas disposiciones respetan los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, así como que las cargas en cuestión, no son lo suficientemente gravosas, como para que se estimen violatorias del principio de equidad o se consideren medidas confiscatorias.

Con todo, esta corporación ha considerado que la sentencia en cuestión, cuando se refirió al criterio de liquidación de la inversión forzosa del 1%, lo hizo como *obiter dicta* y por ello no se erige como un precedente vinculante<sup>14</sup> en este aspecto.

Sobre este tema también es pertinente hacer referencia a la sentencia C-220 del 29 de marzo de 2011<sup>15</sup> y a la sentencia del 30 de agosto de 2012<sup>16</sup>, en las que se analizó la constitucionalidad del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y la legalidad de parte del artículo 1, y los artículos 2 y 3 del Decreto 1900 de 2006 –que reglamentó la inversión forzosa del 1%.

En la primera sentencia, se estimó que la liquidación de la inversión forzosa se hacía con fundamento en la inversión total<sup>17</sup> y no en aquella que ocasionó la tasa de utilización de agua.

---

<sup>13</sup> Con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz

<sup>14</sup> Sobre este tema se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

- Sentencia del 17 de octubre de 2013, rad: 25000232400020090021701, C.P. María Elizabeth García González
- sentencia del 16 de julio de 2015, rad: 25000232400020090036401, C.P. María Claudia Rojas Lasso;
- sentencia del 10 de septiembre de 2015, rad: 25000232400020100025901, C.P. Guillermo Vargas Ayala.
- Sentencia del 12 de noviembre de 2015, rad: 25000-23-24-000-2008-00485-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

De todas las providencias citadas la única en la que la demandante es distinta a la de este caso es la primera providencia referenciada.

<sup>15</sup> Por la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Jorge Pretelt Chaljub.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 2012, rad: 11001-03-24-000-2006-00398-00, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

<sup>17</sup> Sentencia C-220 del 29 de marzo de 2011:

En la segunda sentencia, también se concluyó que del contenido del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se desprende que la obligación del 1% se liquida conforme al valor de la inversión en las etapas de construcción y operación, pero en relación con el total y no con la inversión que generó la tasa de utilización de aguas<sup>18</sup>.

Con fundamento en esas dos providencias, esta corporación ha considerado que la obligación de inversión forzosa del 1% por usar aguas directamente de su afluente, se debe liquidar conforme al total de la inversión y no respecto a la inversión que generó el pago de la tasa de utilización de agua<sup>19</sup>.

Con lo anterior, queda claro que el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 impuso dos cargas distintas. La primera, que es de naturaleza tributaria y consiste en una tasa que se liquida conforme a la cantidad de agua utilizada para el uso autorizado por la autoridad ambiental, mientras que la segunda se trata de una carga no tributaria que emana de la función social de la propiedad, que se erige como un estímulo para que los empresarios se abstengan de utilizar agua directamente de las fuentes.

### **3.2. Gastos que pueden ser incluidos dentro de la inversión del 1%**

Ahora bien, con el fin de cumplir con la carga objeto de debate, el titular del proyecto debe remitir a la autoridad ambiental el programa de inversiones pertinente, al mismo tiempo que el Estudio de Impacto Ambiental.

Esa propuesta, para ser aprobada, debe contener: el lugar de ejecución de la obligación, el valor en pesos a ejecutar por concepto de la carga, las actividades a desarrollar y el cronograma de ejecución.

Como ya se señaló, las actividades que se realizan para el cumplimiento de esta obligación tienen que propender por la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca de la fuente hídrica de la que se beneficia el proyecto. Con fundamento en lo anterior, el artículo 5° Decreto 1900 de 2006 estableció las actividades que se pueden desarrollar para cumplir la carga, de la siguiente forma:

*ARTÍCULO 5o. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. Las inversiones de que trata el presente decreto, se realizarán en la cuenca hidrográfica que se*

---

“Por último, para la Sala, del texto del párrafo demandado se puede deducir que la inversión forzosa debe realizarse una sola vez; no es una obligación periódica como afirma uno de los intervinientes. En efecto, la disposición señala que el obligado debe destinar al menos el 1% del valor de la inversión a la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca. El párrafo no indica que ese 1% deba liquidarse periódicamente en la medida que el valor de la inversión cambie o que las obras deban volver a ejecutarse con cierta periodicidad”.

<sup>18</sup> Sentencia indicada en la nota al pie número 3:

“De la lectura del párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 y de la jurisprudencia transcrita se deduce claramente que en el mismo se impone una carga social que se desprende de la función social de la propiedad, en cuyo cumplimiento cumple un papel importante la autoridad ambiental, que es la llamada a definir en la respectiva licencia las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, que debe realizar el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, destinando para ello no menos del 1% del valor total de la inversión”.

<sup>19</sup> Esta tesis ha sido expuesta en otras sentencias proferidas por esta corporación sobre este tema, en las que funge como demandante la compañía BP. Para mayor precisión revisar Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera:

1. Sentencia del 16 de julio de 2015, rad: 25000232400020090036401, C.P. María Claudia Rojas Lasso.
2. Sentencia del 10 de septiembre de 2015; rad: 25000 23 24 000 2010 00259 01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.
3. Sentencia del 12 de noviembre de 2015, rad: 25000-23-24-000-2008-00485-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.
4. Sentencias del 22 de octubre de 2015, rad: 25000-23-24-000-2010-00252-01 y 25000-23-24-000-2010-00110-01.

*encuentre en el área de influencia del proyecto objeto de licencia ambiental, de acuerdo 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. 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:*

- 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;*
- 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.*

*PARÁGRAFO 1o. La localización de las anteriores obras y actividades, debe estar soportada en las condiciones técnicas, ecológicas, económicas y sociales que permitan la recuperación, preservación, conservación y vigilancia ambiental de la respectiva cuenca hidrográfica.*

*PARÁGRAFO 2o. Las obras y actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos y efectos ambientales que se encuentren en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto licenciado, no harán parte del Programa de Inversión del 1% de que trata este decreto.*

Según la norma citada, el cumplimiento de la inversión forzosa solo se acredita en desarrollo de las actividades atrás descritas. Empero, eso no quiere decir que las sumas que puedan ser reconocidas para el cumplimiento de la carga sean las utilizadas exclusivamente para la ejecución material de las actividades, sino de todas las que inherentemente provengan de ellas. En otras palabras, para la Sala lo que define la inclusión o no de una actividad dentro del programa de inversión del 1%, es la relación de esta, de forma inescindible, con el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, no se puede determinar *a priori*, cuáles rubros emanan necesariamente de la ejecución de las actividades permitidas, por ello, es pertinente establecer un criterio para determinar cuándo un gasto guarda relación con la inversión del 1%, y por ende, debe hacer parte de ella. Este consiste en que se establezca que el gasto causado, no hubiese sido erogado en caso de no haberse impuesto la carga del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Un ejemplo de lo anterior serían los impuestos causados con ocasión de la ejecución de las obras relativas a la inversión forzosa, pues si bien su costo no beneficia directamente a las

cuencas hídricas, las actividades destinadas a tal fin no se pueden materializar sin cumplir los mandatos dispuestos por la ley, so pena de asumir las sanciones pertinentes.

### **3.3. Posibilidad de incluir los rubros “Interventoría” e “IVA y otros impuestos dentro del plan de inversión forzosa del 1%**

En el caso concreto, el *a quo* consideró que los gastos de interventoría e “IVA u otra clase de impuestos relacionados” podían ser incluidos en el plan de inversión del 1%, mientras estos provinieran de la ejecución de este.

El recurrente no considera que la decisión sea acertada, porque estima que ambos rubros son gastos indirectos, que no propenden por cumplir las finalidades de la ejecución de la inversión forzosa.

Ahora bien, al revisar el artículo décimo la Resolución 0561 del 16 de mayo de 2003<sup>20</sup> se advierte que la demandante estaría obligada a contratar una interventoría respecto al “*cumplimiento de las medidas de manejo y demás obligaciones exigidas*”, de lo que se colige que inclusive las obras relativas a la inversión del 1% requieren de ella.

Entonces, si en esta providencia ya se dijo que los gastos que provengan inherentemente de la ejecución de la inversión forzosa hacen parte de esta, al haberse impuesto la obligación de contratar la interventoría respecto a las actividades del plan, lo pertinente es que los costos provenientes de dicha interventoría, se imputen al cumplimiento de la obligación.

Pues, si a E.P.M. no le correspondiera la ejecución de la inversión forzosa, los costos derivados de ella –entre los que se encuentra la interventoría- no serían erogados, porque la recuperación, preservación y vigilancia de las fuentes hídricas no forma parte del objeto social ni de la actividad comercial de esa sociedad y el cumplimiento de la interventoría, por parte de la demandante, emana del ordenamiento jurídico, propiamente de la obligación de forzoso cumplimiento de la inversión del 1%.

Lo contrario implicaría que E.P.M. debería asumir, con su patrimonio, los costos provenientes de una obra que, en principio, no le reporta un beneficio, más sí una carga, sin tener en cuenta que esos gastos solo se generan por el cumplimiento de un deber legal, y por ende, deben estimarse parte del porcentaje de inversión (1%). Esta tesis fue respaldada por la misma demandada en el auto 1090 del 14 de abril de 2011<sup>21</sup> en el que expresó:

*Ahora bien, en cuanto a la interventoría de las obras, es pertinente precisar que éste rubro sólo puede ser considerado directamente para la ejecución de obras o actividades que por disposición legal expresa obligan al responsable de una obra a contratar una interventoría, por ejemplo cuando existe un contrato estatal para la ejecución de las obras públicas que deben estar obligatoriamente amparadas por una interventoría, en los términos de la Ley 80 de 1993, modificada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007.*

*En este ejemplo, solo es posible incluir dentro de los costos de inversión del 1% la interventoría, cuando esta sea obligatoria, en virtud de un contrato estatal celebrado para la ejecución de la respectiva obra.*

*De suerte que para la ejecución de la obra pública que se ha de ejecutar en virtud de un contrato estatal, existe una imposibilidad jurídica de hacerlo sin*

---

<sup>20</sup> “**ARTÍCULO DÉCIMO.-** Empresas Públicas de Medellín E.S.P., deberá realizar un seguimiento ambiental permanente durante el tiempo de ejecución de las obras, para lo cual **deberá contar con una Interventoría Ambiental durante la ejecución del proyecto, encargada de vigilar el estricto cumplimiento de las medidas de manejo y demás obligaciones exigidas.** La interventoría deberá presentar informes semestrales de seguimiento sobre el cumplimiento de las medidas propuestas en el Plan de Manejo Ambiental y de las obligaciones consignadas en el presente concepto, durante la fase de construcción y anual durante la fase de operación (...)” (fl.78 c. ppal.).

<sup>21</sup> Documento obrante en los folios 67 a 92 del cuaderno del dictamen pericial rendido en este proceso.

*contar con la respectiva interventoría, por esa razón la interventoría se considera un costo inescindible del costo de la obra.*

*Así las cosas, sólo si legalmente es obligatorio (necesario jurídicamente) contratar y sufragar los gastos de interventoría para la ejecución de una obra o actividad propia del programa de inversión del 1%, los costos de dicha interventoría podrán tenerse en cuenta para liquidar el valor de la inversión, en los demás casos no hace parte de la liquidación de la inversión.*

Por lo expuesto, esta sala considera que el rubro de interventoría sí puede tenerse en cuenta para acreditar el cumplimiento de la obligación del 1%, pero solo respecto a la supervisión de las actividades relacionadas con esa inversión forzosa y no las relativas a las demás obligaciones ambientales que también requieren de interventoría.

Las mismas consideraciones son válidas respecto a los impuestos, mientras se deriven del cumplimiento de la obligación del 1%, porque son costos inherentes a la ejecución de la inversión forzosa.

En efecto, la Sala considera que si de la ejecución del plan de inversión, el inversionista forzoso debe incurrir en la adquisición de bienes y servicios, el IVA y demás impuestos pagados por aquellos, necesarios para la confección de la obra, son parte inescindible del 1% destinado a la inversión. Además, porque la propia norma únicamente alude a una inversión del 1%, sin excluir los impuestos, tasas y/o contribuciones que deban pagarse para la ejecución de la misma.

Entonces, si la erogación en cuestión emana de la ejecución de la inversión forzosa, es pertinente incluirla dentro del plan de inversiones.

Los argumentos anteriores bastan para concluir que la decisión de primera instancia debe ser confirmada y que los motivos de inconformidad de la apelante no poseen la virtualidad para que se revoque la providencia impugnada. En consecuencia la Sala confirmará la sentencia del *a quo*.

En último lugar, debido a que conforme a lo dispuesto por el artículo 171 del Decreto 01 de 1984 (subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998)<sup>22</sup> la condena en costas se establece conforme a la conducta de las partes, la Sala se abstendrá de condenar al recurrente en esta instancia, pues no considera que su conducta hubiera sido desleal<sup>23</sup>, así como tampoco se probó que en esta instancia se hubieran causado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### III. FALLA

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia del 20 de junio de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO:** No se condenará en costas en esta instancia, por las razones expuestas.

**TERCERO:** Una vez surtidos los trámites de rigor, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

---

<sup>22</sup> “En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 15 de diciembre de 2016, rad: 11001-03-24-000-2005-00264-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero