

TASA Y GRAVAMEN COMPENSATORIO - Diferencias

Como puede verse, los tributos, denominados tasas en este evento, son generados por la utilización del agua, bien por personas naturales, ora por personas jurídicas, que son calculados por el Gobierno Nacional y destinados al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos. Asunto muy diferente, es la carga obligacional, que no tributaria, contenida en el párrafo del artículo tantas veces citado, que se encarga de establecer la obligación del propietario del proyecto de invertir, al menos, el uno por ciento [1%] del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. En el evento de las tasas [Inciso Primero del artículo 43 ibídem], existe una característica o don de generalidad, es decir, se le cobra a toda aquella persona, natural o jurídica, que se ubique como sujeto pasivo de la obligación tributaria y acometa el hecho generador de la misma. Por el contrario, el gravamen del uno por ciento -1%- [párrafo del artículo 43 ejúsdem] se caracteriza por su especificidad, es decir, se le debe imputar sólo a la persona que ejecuta determinado proyecto con licencia ambiental que se vale para la ejecución del mismo de la toma del recurso hídrico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00217-01

Actor: COMPAÑIA OPERADORA PETROCOLOMBIA SA (COPP SA)

Demandado: MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de mayo de 2011, proferida por la Sección Primera -Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaran no probadas las excepciones de "*ausencia de legitimación en la causa por activa para impetrar la acción*", "*ausencia de ilegalidad en la actuación*" e "*indebida acumulación de pretensiones*", y se deniegan las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La sociedad **COMPAÑÍA OPERADORA PETROCOLOMBIA S.A. (COPP S.A.)**, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante esta Jurisdicción, tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad del artículo tercero del Auto núm. 2530 de 15 de agosto de 2008 y el Auto núm. 3633 de 12 de diciembre de 2008, proferidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

I.2- Los hechos de la demanda.

Procede la Sala a efectuar una relación sucinta de los hechos expuestos por el actor en su libelo introductorio:

Mediante Resolución núm. 1145 de 1995, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó a la sociedad AMOCO COLOMBIA PRETOLEUM COMPANY licencia ambiental para el proyecto Bloque de Perforación Exploratoria OPON 5, y estableció el Plan de Manejo Ambiental para la perforación y construcción de la vía de acceso al Pozo OPON 5, en jurisdicción del Municipio de Cimitarra (Santander).

Por escrito de fecha 10 de mayo de 1995, la compañía mencionada allegó al Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) la inscripción del Proyecto Pozo Exploratorio OPON 6, dentro del área OPON, y de igual manera manifestó que el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Exploratorio OPON 5 cubre el área de influencia de OPON 6, para lo cual incluyó el Plan de Manejo Ambiental específico para OPON 6.

Que a través de la Resolución núm. 170 de 26 de febrero de 1996, el Ministerio demandado estableció el Plan de Manejo Ambiental a la sociedad AMOCO COLOMBIA PETROLEUM COMPANY, para la perforación del pozo OPON 6 y la construcción de la vía de acceso localizada en el Municipio de Cimitarra (Santander).

Que por Auto núm. 021 de 1998, el Ministerio del Medio Ambiente declaró reunida la información jurídica y administrativa para decidir sobre la viabilidad ambiental del proyecto de la construcción y operación de la línea de flujo del Pozo OPON 6 a las facilidades centrales de producción del Campo OPON, ubicado en la Vereda La Verde (Cimitarra - Santander).

Que mediante Resolución núm. 391 de 9 de mayo de 2002, el Ministerio del Medio Ambiente autorizó la cesión de los derechos y obligaciones otorgados a la compañía AMOCO COLOMBIA PETROLEUM COMPANY, hoy PETROCOLOMBIA PRODUCTION COMPANY, a favor de la COMPAÑÍA OPERADORA PETROCOLOMBIA S.A (COPP S.A.).

Que en el artículo segundo de la anterior Resolución se estableció que: *“... la Compañía Operadora PTS, PETROCOLOMBIA S.A. –COPP S.A.-, deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) del total de la inversión del proyecto en obras y acciones para el uso eficiente y ahorro del agua, conforme a lo establecido en el Parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, modificado por el Parágrafo del artículo 16 de la Ley 393 de 1997, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta resolución, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor de cuatro (4) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades, en el que se especifique cuál de las siguientes actividades desarrollará: reforestación, obras de*

control de erosión y recuperación de suelos, actividades de manejo de zonas de bosque en proceso de regeneración o demás relacionadas. Estas actividades en las que se resuelva realizar la inversión deben ser concretadas con la Corporación Autónoma Regional de Santander y ejecutadas directamente por la empresa beneficiaria de la Licencia Ambiental".

Señala que por Auto núm. 1102 de 24 de noviembre de 2004, la entidad demandada realizó requerimientos a COPP S.A. en relación con el proyecto OPON 6 y línea de flujo OPON 6 Centrales de Producción del Campo OPON, localizado en el Municipio de Cimitarra (Santander), de acuerdo con la verificación efectuada mediante visita de seguimiento del 4 y 5 de septiembre de 2002.

Que por Resolución núm. 670 de 9 de junio de 2004, el Ministerio modificó el artículo primero de la Resolución Núm. 391 de 2002, por medio de la cual se autorizó una cesión a favor de la Compañía Operadora PETROCOLOMBIA S.A. – COPP S.A.-, en el sentido de agregar la totalidad de las licencias ambientales cedidas.

Que por considerar que COPP S.A. no había dado cumplimiento a su obligación de presentar informes relacionados con la inversión del uno por ciento (1%) en el proyecto del Área de Pozos Múltiples OPON 6, el Ministerio demandado profirió Auto Núm. 195 de 6 de febrero de 2006, requiriendo a la sociedad demandante para que allegara un informe de las actividades relacionadas y la respectiva legalización de la inversión forzosa del porcentaje señalado. Todo esto, teniendo como base el Concepto Técnico Núm. 2091 de 23 de diciembre de 2005, elaborado por el grupo de seguimiento de la Dirección de Licencias, Permiso y Trámites Ambientales de dicho Ministerio.

Indica que por escrito radicado con el núm. 4120-E1-36688 del 26 de abril de 2006, la sociedad COPP S.A. dio respuesta al Auto núm. 195 de 2006 en la que, en su criterio, demuestra que se ha cumplido cabalmente con la inversión del uno por ciento (1%) señalado.

Que la compañía demandante, en cumplimiento de sus deberes ambientales, ha efectuado de manera permanente inversiones que han beneficiado la Quebrada La Amarilla, Cuenca del Río Guayabito, fuente a la cual se captó el recurso para el proyecto de Área de Pozos Múltiples OPON 6. De igual forma, se han remitido al Ministerio todos y cada uno de los informes de cumplimiento ambiental correspondientes al proyecto señalado.

Que, no obstante los cumplimientos aducidos, el Ministerio del Medio Ambiente expidió el Auto núm. 2530 de 15 de agosto de 2008, por medio del cual declaró que COPP S.A. debía presentar un reporte de las actividades realizadas en el marco de la inversión del uno por ciento (1%) con los respectivos soportes de ejecución, en virtud de lo establecido en el artículo segundo de la Resolución núm. 391 de 2002 y el artículo segundo del Auto núm. 195 de 2006.

Manifiesta que contra el anterior acto administrativo interpuso el respectivo recurso de reposición, mediante escrito radicado con el Núm. 4120-E1-106441 de 17 de septiembre de 2008, el cual fue resuelto por Auto núm. 3633 de 12 de diciembre de 2008, que lo confirmó en todas sus partes.

Que habiéndose agotado el requisito de la vía gubernativa, y ante la ostensible violación que para la sociedad COPP S.A. constituyen los actos administrativos demandados, acude ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretendiendo la nulidad de los mismos.

I.3- Considera la parte actora que con la expedición de los actos administrativos acusados se violaron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991, artículos 6°, 29, 58, 79, 80 y 121.
- Ley 99 de 1993, artículos 43, Parágrafo 1°.
- Ley 373 de 1997, artículo 16, Parágrafo.
- Ley 715 de 2001, artículo 76.5.6.
- Ley 812 de 2003, artículo 16, Parágrafo.
- Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), artículos 2°, 35 y 36.
- Decreto 49 de 1932, artículos 10° y 11.

En síntesis, precisó así, el alcance del concepto de la violación:

Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial aplicó el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 en términos que la norma no contempla, esto es, que interpretó erróneamente dicha disposición, razón por la cual deben ser declarados nulos los actos acusados.

Señala el actor que el artículo 58 de la Constitución Política estableció una función ecológica para la propiedad, sin embargo, esto no implica una carga ajena al uso y conservación del recurso natural.

Con la expedición de los actos administrativos acusados, el Ministerio pretende aplicar una norma que puede resultar poco operacional, es decir, no tiene en cuenta que la aplicabilidad del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 se encuentra condicionada a la implementación efectiva de las múltiples normas que, entre otras disposiciones, contenían la obligación de aquél de reglamentar las cuencas de Colombia.

El parágrafo del artículo 43 citado establece que el propietario del proyecto debe invertir

el uno por ciento (1%) en las obras y acciones sobre las cuales se ejecuta el proyecto en cuestión. Sin embargo, desde 1997 (posterior a la expedición de la licencia ambiental de la COPP S.A.) se precisó que la destinación del 1% debía estar ligada a los planes de uso y ahorro eficiente del agua, al tenor de la Ley 373 de 1997.

A su turno, en el año 2002, dicha destinación debía responder a la protección y recuperación del recurso hídrico, de conformidad con el respectivo plan de ordenamiento y manejo de cuenca, y solo hasta ahora tales planes o programas están siendo definidos, sin que se tenga en cuenta que, por una parte, la falta de reglamentación del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 no permitía opción diferente al interesado de invertir directamente en la fuente, y por otra, que el Decreto 1900 de 2006 no preveía que inversiones podían contabilizarse como imputables al uno por ciento (1%), distinto del lineamiento brindado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-495 de 1996.

Igualmente, que con la expedición de los actos administrativos demandados, se interpretó erróneamente el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, pues desconoció que el párrafo del artículo en mención es parte integral del mismo, lo que resulta contrario a los principios de interpretación normativa existentes desde la Ley 153 de 1887.

Explicó que, por otra parte, no puede aceptarse la idea de que mientras la tasa por uso de aguas se encuentra reglamentada con fundamento en la proporcionalidad en el uso del recurso y la tasa misma, el párrafo del artículo 43 citado debe interpretarse sin acudir a esa misma proporcionalidad en el uso del agua y la inversión respectiva.

Adicionalmente, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial desconoce la Sentencia C - 495 de 1996, en virtud de la cual, la Corte Constitucional previó la existencia de una correlación íntima entre el artículo 43 de la Ley 99 y su párrafo, por el hecho de calcular la inversión del uno por ciento (1%) sobre el total de un proyecto sin

consideración alguna del uso efectivo del recurso hídrico.

En este sentido, una adecuada interpretación del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, debe concluir que existen conceptos que sirven de base para el cálculo del uno por ciento (1%), y fue esa la razón que llevó a la expedición del Decreto 1900 de 2006, pues, no puede pensarse que la intención del Legislador fuera la de que se hicieran inversiones sin consideración alguna al uso del recurso o las inversiones que activan ese uso.

Así las cosas, si bien de la lectura del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 no es posible deducir que el valor para determinar el monto de la inversión del uno por ciento (1%) sea el costo total del proyecto, lo cierto es que debe ser el monto de las obras las que generen tasas por utilización del agua.

En efecto, en los términos de la interpretación del Ministerio demandado, aún cuando el proyecto sea gigantesco y el uso del recurso hídrico mínimo, la empresa debe asumir el uno por ciento (1%) del costo total del proyecto sin consideración a que sólo se toma una mínima cantidad de agua de la fuente, es decir, que *“la inversión debe hacerse en la cuenca aún a pesar de que la cuenca no la requiera por cuanto el uso dado al recurso no la afectó”* (folio 302 del cuaderno principal).

De igual forma, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, vulneró el principio de legalidad, por el hecho de exigir la presentación de un plan de inversión del uno por ciento (1%) que no está tipificado en la norma.

En este sentido, desconoció igualmente que el párrafo del artículo tantas veces citado es parte integral de esa norma, en cuanto se refiere a la tasa por el uso de aguas, la cual al tenor del artículo 6° del Decreto 155 de 2004, está ligada al volumen de agua efectivamente captada dentro de los límites y condiciones establecidos en la concesión de aguas.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no existe fundamento legal alguno para establecer que el uno por ciento (1%) de inversión corresponde al valor total de la construcción de un proyecto, independientemente del uso que se le dé al recurso hídrico y sin consideración alguna de la tasa por el uso del agua.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial desconoció la necesidad de establecer un plan de ordenamiento de la inversión del uno por ciento (1%) así como el de definir los aspectos regulatorios de ahorro y uso eficiente del agua, y los componentes del respectivo plan.

Es por ello que la autoridad ambiental desconoció el deber legal de respetar el plan de ordenamiento, en cuanto se refiere al uso del recurso y las inversiones en la cuenca, pues, si bien existía el deber legal de reglamentar los usos en la cuenca conforme a ese plan, lo cierto es que era necesario definir en la respectiva licencia ambiental las inversiones con cargo al uno por ciento (1%) en los precisos términos en que lo establecieron los planes en mención, para lo cual se tenían unos plazos perentorios, de manera tal que ahora el Ministerio no puede exigir un plan de inversión del uno por ciento (1%) que no existe en la Ley.

El Legislador, desde el año 1997, estableció que el uso que podría hacerse de la inversión del uno por ciento (1%) era precisamente, generar tasa por uso de aguas, destinación ésta que debería ser representada por el Ministerio; empero, en los actos demandados se limitó a afirmar que la base para el cálculo de la inversión del uno por ciento (1%) debe ser el costo total del proyecto y no el costo de las obras que generaron tasa por la utilización del agua, conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Considera la parte demandante que actualmente no puede sostenerse jurídicamente que la inversión del uno por ciento (1%) pueda efectuarse indiscriminadamente, pues, desde

la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, todos los recursos provenientes del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, como la inversión del uno por ciento (1%) de que trata su párrafo, debe destinarse a la protección y recuperación del recurso hídrico, de conformidad con el respectivo plan de ordenamiento y manejo de la cuenca, por lo que a partir de esa fecha, si el plan no existe, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no puede exigir la inversión señalada e imponer a la sociedad demandante obligaciones con pleno desconocimiento de las inversiones oportunamente realizadas por ésta.

Manifiesta que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación, ya que los fundamentos con los que fueron expedidos no corresponden a la realidad, pues, el Ministerio impuso a la COPP S.A. una obligación con pleno desconocimiento de las inversiones realizadas por la compañía en cumplimiento de la Ley y sin tener en consideración, además, que tales obligaciones no habían sido definidas por dicha autoridad, ya que para la época en que fue otorgada la licencia ambiental no existía norma que exigiera la presentación del plan de inversión del uno por ciento (1%), así como actualmente tampoco existe norma alguna que libere al Ministerio demandado de su deber legal de indicar las obras de recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca, ni de su obligación de cumplir con lo dispuesto en la licencia ambiental.

Que, adicionalmente, se debe tener en cuenta que no existe obligación legal de concertar con las Corporaciones Autónomas Regionales acerca de las inversiones del uno por ciento (1%), así como tampoco existe obligación legal alguna de presentar el plan de inversiones por ese porcentaje para aprobación y aval del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

I.4- La demanda fue oportunamente contestada por la parte demandada, quien en su escrito se opuso a que se declarara la nulidad de los actos administrativos acusados, ya que en el presente caso no se presentó ninguna violación o

transgresión a las normas superiores del ordenamiento jurídico.

Argumentó que las causales de nulidad de los actos administrativos o los motivos que permiten su impugnación giran en torno a una causal genérica, cual es la vulneración del ordenamiento jurídico, ya sea la infracción a una norma superior, constitucional o legal.

El artículo 84 del C.C.A. señala que procederá la nulidad de los actos administrativos no solo cuando se infrinjan las normas en que deberán fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió.

La sociedad demandante no determinó con claridad cuáles fueron los motivos de inconformidad con los actos administrativos cuestionados, lo que se erige en un presupuesto necesario para que el Juez estudie las causas de la impugnación.

Que, en el presente caso, en los actos acusados fluye el principio de legalidad y de contera la presunción según la cual el Ministerio procedió conforme a la Ley, pues se evidencia que dichos actos cumplen un cometido de la Administración o, mejor, hacia el fin perseguido por la Ley, de gran envergadura, como es dar cumplimiento a unas obligaciones plasmadas en la Ley 99 de 1993, dentro de una licencia ambiental ordinaria otorgada por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

Que no cabe duda que en el presente evento los motivos y finalidades de los actos administrativos demandados no fueron otros que el interés en la preservación de

los recursos naturales, por cuanto la compañía demandante violó la normatividad ambiental vigente, en especial lo establecido en el párrafo del artículo 43 de la Ley antes citada.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, denegó las súplicas de demanda teniendo en cuenta las siguientes consideraciones jurídicas:

Respecto de las excepciones propuestas por la parte demandada, y previa cita y transcripción del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, concluye que las exigencias previstas en tal norma fueron cumplidas por la parte actora, por cuanto la demanda se compone de un conjunto de pretensiones, las cuales tienen por objeto declarar la nulidad de los Autos Núm. 2533 y 3633, ambos de 2008, proferidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Observó que en la demanda se hizo un listado de pretensiones que se compone de una “Primera Pretensión Principal” y de una “Segunda Pretensión Principal”, súplicas que fueron separadas por el hecho de que con cada una de ellas se buscaba la declaratoria de nulidad de uno de los dos actos administrativos demandados.

Estima que si bien en la demanda no se hizo una distinción de pretensiones principales y subsidiarias, lo cierto es que tal necesidad no tenía relevancia en el caso bajo análisis, pues el fin de la separación de las súplicas de la demanda se debe directamente a lo que se pretende respecto de cada uno de los actos demandados, circunstancia ésta que, antes de viciar o invalidar la demanda por el

hecho de contener pretensiones contradictorias, permite una mejor intelección de los motivos de la acción, razones por las cuales desestima las excepciones propuestas y procede a decidir el fondo del asunto.

Respecto de los cargos de nulidad o motivos de censura contra los actos administrativos demandados, el Tribunal estimó que tratándose del uso de los recursos naturales, en relación con la utilización del agua, la Ley 99 de 1993 estableció una contraprestación destinada a la conservación, restauración y manejo integral de las cuencas hidrográficas de donde proviene dicho recurso.

Esa norma fue modificada por el párrafo del artículo 16 de la Ley 373 de 1997.

Por otra parte, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1900 de 2006, reglamentó el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Partiendo de los actos administrativos contenidos en la Resolución núm. 1145 de 1995, la Resolución núm. 391 de 2002, el Auto núm. 195 de 2006, el Concepto Técnico Núm. 1470 de 2006, el Auto núm. 1969 de 2006, así como del Auto núm. 2143 de 2007, el Ministerio demandado, por medio del Auto núm. 2530 de 2008, advirtió que la COPP S.A. no demostró haber dado cumplimiento a las actividades de inversión del uno por ciento (1%) del valor total del proyecto.

En este orden de ideas, si bien a través de la parte resolutive de los actos demandados, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial requiere a la empresa actora para que reporte las actividades realizadas en cumplimiento de la inversión del uno por ciento (1%), lo cierto es que la parte motiva de los mismos determinan el incumplimiento de la COPP S.A. de la inversión que se comenta y, por lo tanto, le hacen un requerimiento de la información necesaria

para establecer qué actividades ha llevado a cabo en desarrollo de la obligación en mención, pues, hasta el momento no ha demostrado haber realizado tales inversiones.

Que así las cosas, es claro que, como todo acto administrativo goza de una unidad de contenido, en el presente asunto lo que hizo el Ministerio fue determinar el incumplimiento al reporte de la inversión del porcentaje señalado, sin que se estableciera en dichos actos que las actividades no se aceptaban o se tuvieran en cuenta, sino que la información que se había presentado no demostraba el cumplimiento de la obligación de inversión del uno por ciento (1%) para ese proyecto, por lo que consideró necesario que la COPP S.A. presentara la información requerida en ese sentido.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a través de la expedición de los actos demandados lo que hizo fue determinar el incumplimiento al reporte de la inversión del uno por ciento (1%), sin que se estableciera en dichos actos qué actividades no se aceptaban o se tuvieron en cuenta.

Reitera que el Ministerio demandado no está desconociendo las inversiones realizadas por la compañía demandante, sino que determinó el incumplimiento a la inversión del uno por ciento (1%), pues dicha entidad no cuenta con toda la información para determinar si las actividades que se han llevado a cabo pertenecen o no a la inversión forzosa.

Por otra parte, en lo que respecta al cobro de tasas y gravámenes previsto en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, para el *a-quo* es claro que la tasa consagrada en la primera parte de la disposición y la inversión forzosa del párrafo son gravámenes diferentes, razón por la cual la inversión forzosa no debe aplicarse en

relación con la inversión que da lugar al cobro de la tasa sino al total de la inversión, tal como lo consagra la norma de manera expresa, pues la finalidad de que dicha inversión se haga con base en el monto total del proyecto, obedece a la función social y a la protección y conservación de los recursos naturales, de tal forma que, al exigirse por una sola vez, no resulta una carga demasiado gravosa.

En consecuencia, contrario a lo aducido por la sociedad demandante, la inversión forzosa de que trata el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 debe calcularse sobre el valor total del proyecto y no sobre el uso efectivo del recurso hídrico.

De igual forma, para el Tribunal es claro que como el requerimiento del Plan de Inversiones correspondiente a la inversión del uno por ciento (1%) se encuentra dentro de las facultades que le competen al Ministerio demandado, no se encuentra vulneración alguna al principio de legalidad, ya que la función de requerimiento se encuentra prevista de manera genérica en el artículo 5° de la Ley 99 de 1993.

Finalmente, en lo que respecta a los cargos concernientes a la falta de aplicación e indebida interpretación normativa; errónea interpretación, falta de aplicación y violación normativa, e indebida o falsa motivación, el *a-quo* remite y reitera, en lo pertinente, lo analizado sobre el tema con ocasión de resolver el cargo de nulidad.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Considera la apelante que la sentencia de primer grado debe ser revocada por esta Corporación para, en su lugar, acoger las pretensiones contenidas de la demanda, en la medida en que quedaron demostrados, en su opinión, los

fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en el libelo.

Aduce la apelante que el fundamento de los actos demandados lo constituyó la manifestación expresa de la entidad administrativa en el sentido de que aquella no había cumplido con la citada inversión del uno por ciento (1%) o que la misma no se había acreditado en el expediente administrativo, siendo ambas cosas contrarias a la realidad ya que, ciertamente, la demandante no solo efectuó las mencionadas actividades e inversiones, sino que además remitió abundante información al Ministerio con la cual esas actividades e inversiones se acreditaron en debida forma, tal y como se demostró en el proceso judicial.

Observa que el Tribunal de instancia comete un gravísimo error en el sentido de que llega a una conclusión que contradice el texto de los actos acusados, particularmente, el Auto núm. 2530 de 2008. Y lo que es más grave es que esa falsa premisa, según la cual, el Ministerio no había negado las actividades e inversiones efectuadas por el accionante, es uno de los argumentos centrales del fallo que se apela en el cual se soportan las demás conclusiones.

Señala en cuanto a este punto, que basta con resaltar que las alusiones a las que se refieren los actos acusados constituyen el fundamento de la decisión, es decir, la razón por la cual la obligación se impuso en la modificación de la licencia radicó en que el Ministerio entendió que la obligación del uno por ciento (1%) no había sido cumplida y que las inversiones y actividades presentadas por la sociedad actora no podía ser aceptadas.

Que como el Ministerio demandado no aceptó las obras e inversiones llevadas a cabo por la compañía demandante como cumplimiento de la obligación del uno por ciento (1%), tales actos resultan ilegales, ya de forma directa o bien por falta

de aplicación o por interpretación errónea de múltiples normas de rango superior, según quedó explicado en el texto de la demanda.

Afirma el recurrente que, tal como quedó explicado en el libelo introductorio, así como en los alegatos de primera instancia, el Ministerio de Ambiente sí desconoció las inversiones del uno por ciento (1%) efectuadas por la compañía demandante, no obstante que para una determinada época existía una gran incertidumbre sobre cómo se debía ejecutar esa obligación, debido a la falta de reglamentación del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Considera que el hecho de que el Ministerio exija ese reporte o informe de la inversión del uno por ciento (1%), es un claro indicativo de que las actividades e inversiones mencionadas no se han tenido en cuenta, ya que si las mismas hubieran sido validadas, sencillamente no habría por qué exigir tal información.

Que se entiende, por lógica, que sólo se puede exigir un reporte de las actividades e inversiones del uno por ciento (1%) cuando se asume que no se ha llevado a cabo, desconociendo con ello toda la información previamente remitida por la compañía actora.

Por otra parte, consideró la apelante que el Ministerio en los actos acusados señaló que la obligación del uno por ciento (1%) se debe calcular “*sobre el valor del proyecto*”, con lo que dicha entidad pública ignoró la proporcionalidad que debe existir entre obligaciones y/o cargas de índole ambiental y la afectación correspondiente.

En ese sentido, sostiene el apelante que se debe imponer un criterio de proporcionalidad con base en el cual se debía concluir que el uno por ciento (1%)

sólo se debía calcular sobre aquellas actividades que habían generado tasa por uso del agua.

Que fue precisamente con base en el razonamiento de que la inversión forzosa se debía calcular sobre las actividades que generaran tasa por el uso del agua, que la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que esa carga no vulneraba el principio de razonabilidad, progresividad y equidad.

En aplicación, pues, del principio de proporcionalidad y en uso de los criterios de hermenéutica establecidos en el ordenamiento jurídico, lo lógico es que tal obligación se calcule sobre las inversiones que generan tasa por uso del agua. No puede aceptarse y resultaría errado considerar que mientras que la tasa por uso de agua se encuentra reglamentada con fundamento en la proporcionalidad en el uso del recurso hídrico, el párrafo del artículo 43 deba interpretarse independientemente sin acudir a esa misma proporcionalidad en el uso del agua y la inversión privada.

Finalmente, considera la parte recurrente que no existe obligación legal alguna de concertar con la Corporación Autónoma Regional las inversiones que se planeen efectuar para la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, toda vez que la Ley no exige tal concertación y que la misma no limita la posibilidad de efectuar directamente inversiones en beneficio de las fuentes hídricas.

Teniendo en cuenta que no era obligación de la sociedad COPP S.A. establecer la ordenación de las cuencas, salta a la vista que tampoco era obligación suya realizar concertaciones con la Corporación Autónoma Regional respecto de las inversiones que se planeaban efectuar para la recuperación, preservación y conservación de aquellas.

Que en ninguna parte de la Ley 99 de 1993, u otra semejante, se encuentra la obligación de concertación mencionada, ni tampoco la misma está presente en otra Ley, por lo que no podía el Ministerio crear o establecer tal obligación.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público, en esta etapa procesal, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En orden a analizar el asunto objeto de estudio, la Sala abordará los siguientes temas que a continuación se exponen:

1.- FUNDAMENTOS LEGALES DE LA INVERSIÓN DEL UNO POR CIENTO (1%) Y EL CASO SUB JÚDICE.-

Sea lo primero señalar que en tratándose del uso de recursos naturales, como el agua, en el caso que nos ocupa, la Ley 99 de 1993 estableció un mecanismo de contraprestación que debía destinarse a la conservación, rehabilitación y vigilancia de las cuencas hidrográficas de donde proviene dicho recurso.

En efecto, señala el artículo 43 de la citada Ley:

*“La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Ministerio del Medio Ambiente, que se destinarán equitativamente a programas de inversión en, conservación, restauración y manejo integral de las cuencas hidrográficas de donde proviene el agua, el Sistema de Parques Naturales en Colombia, el desarrollo de sistemas y tecnologías ahorradoras del recurso, programas de investigación e inventario sobre el recurso, de comunicación educativa sobre el uso racional del agua en las regiones y sistemas de monitoreo y control del recurso.
[...]*

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 del uno por ciento (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 el uno por ciento (1%) en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determine en la licencia ambiental' (Negrilla fuera de texto).

El parágrafo de la norma transcrita advierte claramente la obligación legal que tiene todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de la fuente hídrica natural, bien que se utilice para el consumo humano, riego, recreación o actividad industrial o agropecuaria, de destinar por lo menos el uno por ciento (1%) del total de la inversión a efecto de vigilar, recuperar, rehabilitar, etcétera, la cuenca hidrográfica que alimenta el respectivo proyecto.

Ahora bien, de las pruebas que obran en el expediente, la Sala advierte las siguientes situaciones particulares:

A). Que por medio de la Resolución Núm. 391 de 2002, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial modificó la Resolución Núm. 1145 de 1995, por medio de la cual otorgó una licencia ambiental a la sociedad AMCO COLOMBIA PETROLEUM COMPANY, para el proyecto Bloque de Perforación Exploratoria OPON 5, y estableció el Plan de Manejo Ambiental para la Perforación Exploratoria y Construcción de la Vía de Acceso al Pozo 5, ubicado en el Municipio de Cimitarra - Santander.

B). Que mediante Auto Núm. 195 de 2006, el Ministerio señalado requirió a la COMPAÑÍA OPERADORA PETROCOLOMBIA S.A. (COPP S.A.), para que en un término no mayor a treinta (30) días remitiera: el informe de las actividades realizadas en relación con la inversión del uno por ciento (1%), en cumplimiento de la obligación del artículo segundo de la Resolución Núm. 391 antes citada; el

informe de las medidas y actividades realizadas en el manejo de áreas inestables de la localidad OPON 6, de acuerdo con el Plan de Acción de la ficha Núm. B6, del Plan de Manejo Ambiental, acorde con lo contemplado en el párrafo primero del artículo cuarto de la Resolución núm. 391; complemento del informe sobre la compensación forestal, las hectáreas y a qué predios corresponde la compensación forestal del Proyecto OPON 6; y, finalmente, una actualización de los programas de plan de gestión social de acuerdo con la realidad social de la comunidad del área de influencia y estado del proyecto.

C). Que a través del Auto núm. 2143 de 2007, confirmatorio del Auto núm. 1969 de 2006, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, teniendo en consideración las observaciones técnicas previstas en el Concepto Técnico Núm. 1470 de 2006, requirió a la compañía demandante para que dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de ese acto allegara la siguiente información: Cálculo de la base de inversión, considerando el costo total del proyecto y desglose de los costos que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la inversión del uno por ciento (1%); y, especificaciones y detalles de las obras y actividades referentes a la inversión del uno por ciento (1%) sobre el valor total del proyecto.

D). Que por medio del Auto Núm. 2530 de 2008, demandado en este proceso, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹ advirtió que la COPP S.A. no demostró haber dado cumplimiento a las actividades de inversión del uno por ciento (1%) del valor total del proyecto, en virtud de lo dispuesto en el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

¹ Denominación actual del Ministerio demandado, de conformidad con lo previsto en la Ley 1444 de 2011 "por medio del cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones".

De lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que el acto administrativo demandado lo que hace, en realidad, es efectuar un requerimiento de la información necesaria para poder establecer las actividades que se han llevado a cabo con el propósito de cumplir la obligación contenida en el párrafo de la norma citada.

En este orden de ideas, resulta igualmente claro para la Sala que lo que hizo el Ministerio demandado fue determinar el incumplimiento del reporte de la inversión del uno por ciento (1%), sin que se estableciera o concluyera que las actividades realizadas por la sociedad demandante no se aceptaban, sino tan solo que la información hasta el momento suministrada no demostraba fehacientemente el cumplimiento de la prenombrada obligación legal.

Así las cosas, al solicitar el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible a la Compañía Operadora PETROCOLOMBIA S.A. un plan de inversiones, a lo que naturalmente aspira es poder determinar con mayor claridad si las inversiones efectuadas por ella son las necesarias para alcanzar, por lo menos, la inversión mínima prevista en el párrafo citado.

2.- DIFERENCIA ENTRE TASA Y GRAVAMEN COMPENSATORIO.-

Observa la Sala, de una lectura detallada del recurso de apelación, que la actora tiende a confundir los conceptos de tasa y gravamen compensatorio contenidos ambos en el texto del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Esta corporación en sentencia de 17 de agosto de 2006², al referirse a las tasas, señaló que: “*El Código Tributario para América Latina definió los tributos como ‘las*

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente: 2003-1085-01, Magistrada Ponente: doctora María Inés Ortiz Barboza.

*prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines’; el impuesto como ‘el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente’; **la tasa como ‘el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación’**; y la contribución como ‘el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o actividades que constituyen el presupuesto de la obligación’” (Resalta la Sala).*

Respecto de las tasas, el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución Política establece:

“[...] La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas y los acuerdos. [...]”

Como tributo natural que es, la tasa debe reunir los elementos propios de la obligación tributaria, es decir, debe contener unos sujetos activo y pasivo, un hecho generador, una base gravable y una tarifa.

En relación con el caso concreto, el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 establece en su primer inciso que: *“La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas,*

*públicas o privadas, **dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional** que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas. [...]*" (Destaca la Sala fuera de texto).

Como puede verse, los tributos, denominados tasas en este evento, son generados por la utilización del agua, bien por personas naturales, ora por personas jurídicas, que son calculados por el Gobierno Nacional y destinados al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos.

Asunto muy diferente, es la carga obligacional, que no tributaria, contenida en el párrafo del artículo tantas veces citado, que se encarga de establecer la obligación del propietario del proyecto de invertir, al menos, el uno por ciento (1%) del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica.

En el evento de las tasas (Inciso Primero del artículo 43 *ibídem*), existe una característica o don de generalidad, es decir, se le cobra a toda aquella persona, natural o jurídica, que se ubique como sujeto pasivo de la obligación tributaria y acometa el hecho generador de la misma. Por el contrario, el gravamen del uno por ciento -1%-(párrafo del artículo 43 *ejúsdem*) se caracteriza por su especificidad, es decir, se le debe imputar sólo a la persona que ejecuta determinado proyecto con licencia ambiental que se vale para la ejecución del mismo de la toma del recurso hídrico.

Considera la Sala que no por el hecho de consagrarse ambas figuras en el texto del mismo artículo, se debe concluir que ellas se refieren a la misma figura impositiva. Nada más alejado de la realidad.

Tan diferentes son, que la primera se encuentra reglamentada a través del Decreto 155 de 2004, en tanto que la segunda, esto es, el gravamen del uno por ciento (1%) se reguló a través del Decreto 1900 de 2006, modificado por el artículo 216 de la Ley 1450 de 2011; regulaciones diferentes para figuras igualmente diferenciadas una de otra.

3.- SOBRE LA EXIGENCIA DE CONCERTAR CON LA 'CAR' LAS INVERSIONES RESPECTIVAS.-

Argumenta el apelante que *“no existe obligación legal alguna de concertar con la Corporación Autónoma Regional las inversiones que se planeen efectuar para la recuperación, preservación y conservación de la cuenca, toda vez que la ley no exige tal concertación y que tal concertación no limita la posibilidad de efectuar directamente inversiones en beneficio de las fuentes hídricas”*.

Respecto de este punto de la apelación, la Sala hace las siguientes precisiones:

El Ministerio del Medio Ambiente, como organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, fue creado por el artículo 2º de la Ley 99 de 1993.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 790 de 2002, parágrafo del artículo 4º, se convirtió en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Con la expedición de la Ley 1444 de 2011, artículo 11, se ordena la escisión del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, circunstancia que se produce con el Decreto 3570 del 27 de septiembre de 2011, creándose, entonces, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

El artículo 1º del último Decreto citado establece:

“El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores” (Negritas y subrayas fuera de texto).

De igual forma, el artículo 5º de la Ley 99 de 1993, establece como funciones del Ministerio, entre otras:

“ARTÍCULO 5. Funciones del Ministerio.- Son funciones del Ministerio de Medio Ambiente las siguientes:

[...]

2. Regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural;

[...]

14. Definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas; [...].”

Como puede observarse, para la Sala resulta claro que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sí podía, de conformidad con las citadas funciones, establecer la obligación de la demandante de concertar y concretar con la Corporación Autónoma Regional de Santander las actividades en las que

resolvería realizar las inversiones correspondientes al uno por ciento (1%) de la totalidad del proyecto.

En efecto, se dispuso en el artículo segundo de la Resolución núm. 391 de 9 de mayo de 2002, por medio de la cual el Ministerio del Medio Ambiente autorizó la cesión de los derechos y obligaciones otorgados a la compañía AMOCO COLOMBIA PETROLEUM COMPANY, hoy PETROCOLOMBIA PRODUCTION COMPANY, a favor de la COMPAÑÍA OPERADORA PETROCOLOMBIA S.A (COPP S.A.), que:

“... la Compañía Operadora PTS, PETROCOLOMBIA S.A. –COPP S.A.-, deberá destinar como mínimo un uno por ciento (1%) del total de la inversión del proyecto en obras y acciones para el uso eficiente y ahorro del agua, conforme a lo establecido en el Parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, modificado por el Parágrafo del artículo 16 de la Ley 393 de 1997, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta resolución, para lo cual deberá presentar en un plazo no mayor de cuatro (4) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, un plan de inversiones con su respectivo cronograma de actividades, en el que se especifique cuál de las siguientes actividades desarrollará: reforestación, obras de control de erosión y recuperación de suelos, actividades de manejo de zonas de bosque en proceso de regeneración o demás relacionadas. Estas actividades en las que se resuelva realizar la inversión deben ser concretadas con la Corporación Autónoma Regional de Santander y ejecutadas directamente por la empresa beneficiaria de la Licencia Ambiental” (Se resalta por la Sala).

De lo anterior, también colige la Sala, que las obligaciones que cuestiona la demandante ya habían sido establecidas en actos administrativos diferentes de los acusados.

Del análisis precedente, concluye la Sala que los Autos núms. 2530 y 3633 de 15 de agosto y 12 de diciembre de 2008, respectivamente, proferidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, no violan el principio de legalidad ni frente a ellos son predicables las causales de nulidad previstas en el artículo 84

del Código Contencioso Administrativo, esgrimidas por la actora en su recurso de apelación, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 26 de mayo de 2011, proferida por la Sección Primera, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de octubre de 2013.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente
Ausente con permiso

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA