

MEMORANDO

Bogotá, D. C., **16 JUL 2013**

PARA: SILVIA VANEGAS PINZON
Líder Técnico Sector Energía - ANLA.

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de Apoyo Jurídico – DEMA

RAD: 4120 – 2 - 12054

*Recibido
Carmito Hernandez?
19/07/2013
12:00 pm.*

En atención a su solicitud de apoyo de la Oficina Asesora Jurídica para definir el trámite a seguir frente a las solicitudes de modificación de los proyectos, obras o actividades sujetos a un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental – DEMA, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la Constitución Política de Colombia es obligación, a cargo del Estado colombiano y de los particulares, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Por su parte, el artículo 79 de la Carta Política consagra el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano¹ y el deber del Estado de proteger la diversidad y la integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

A su vez, el artículo 80 de la misma Carta establece que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, para garantizar su desarrollo sostenible, así como su conservación, restauración o sustitución. También ordena que el Estado colombiano deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales a que haya lugar y exigir la reparación de los daños causados.

Dentro de los principales desarrollos legales adoptados por el Estado colombiano para cumplir los preceptos constitucionales en materia de protección del medio ambiente y los recursos naturales, se encuentra la Ley 99 de 1993, por medio de la

¹ A pesar de que la consagración constitucional de este derecho se dio a partir de 1991, ya el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente (Decreto – ley 2811 de 1974) consagraba como derecho de orden legal.

cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se organizó el Sistema Nacional Ambiental – SINA.

Por ello, la Ley 99 de 1993 creó la licencia ambiental como instrumento de manejo y control ambiental, la cual sujeta al beneficiario de la misma al cumplimiento de las obligaciones, términos y condiciones que ella establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección o compensación de los efectos ambientales negativos que pueda causar un proyecto, obra o actividad autorizado².

Por su parte, el Decreto 883 del 31 de marzo de 1997, reguló de manera general los proyectos, obras o actividades, que según el Gobierno Nacional, no causaban un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente, ni modificaciones notorias al paisaje, razón por la cual no requerían licencia ambiental.

En ese orden, los proyectos, obras o actividades listados en la norma citada, podían comenzar a ejecutarse, teniendo como requisito único la previa radicación del Documento de Evaluación y Manejo Ambiental - DEMA³, el cual se concebía como un instrumento administrativo de seguimiento para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental, de conformidad con las competencias otorgadas por los artículos 49 y 50 numeral 10 y 14, de la Ley 99 de 1993.

Sin embargo, los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 26 de febrero de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 4500, consejero ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz y Sentencia del 20 de agosto de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expedientes 4599 y 4647, consejero ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, declararon la nulidad del Decreto 883 del 31 de marzo de 1997.

Por lo tanto, ante la declaratoria de nulidad de la norma señalada cobra especial importancia lo señalado de manera expresa por la Ley 99 de 1993 en sus artículos 49 y 50 que definen la licencia ambiental y su obligatoriedad.

² Si bien la institución de la licencia ambiental se creó a partir de la ley 99 de 1993, ya existía la llamada Declaración de Efecto Ambiental para proyectos, obras o actividades susceptibles de producir deterioro ambiental, consagrada en los artículos 27 a 29 del Decreto-Ley 2811 de 1974.

³ Decreto 883 del 31 de marzo de 1997.

ARTICULO 4o. DOCUMENTO DE EVALUACION Y MANEJO AMBIENTAL. *La persona natural o jurídica, pública o privada que pretenda adelantar alguno de los proyectos, obras o actividades descritos en el artículo 3o del presente Decreto, previamente deberá elaborar un documento de evaluación y manejo ambiental que contenga una evaluación de los factores de deterioro ambiental que se puedan presentar y un plan de manejo ambiental para prevenir, mitigar, corregir o compensar los efectos adversos en los recursos naturales renovables y el medio ambiente.*

La evaluación de los factores de deterioro ambiental y el plan de manejo ambiental debe corresponder en su contenido y profundidad a la magnitud del proyecto, obra o actividad y se deberá elaborar previendo la menor afectación posible a los recursos naturales renovables y al medio ambiente.

El documento de evaluación y manejo ambiental será el instrumento con base en el cual la autoridad ambiental competente ejercerá un seguimiento sobre la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental que se puedan ocasionar con la construcción o ejecución de los proyectos, obras o actividades consagrados en el artículo 3o del presente Decreto.

Con lo que se establece que el Título VIII de la Ley 99 de 1993 no habilita a la autoridad ambiental a la implementación de sistemas alternativos de evaluación y seguimiento diferentes a aquellos que cumplan de manera efectiva con los propósitos normativos que son los de prevención y control de los factores que puedan producir deterioro ambiental.

En consecuencia, el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, determina la obligatoriedad de requerir licencia ambiental para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje y que éstos parámetros se desconocieron con la expedición del Decreto 883 del 31 de marzo de 1997; así, de acuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado, no es posible permitir la vigencia de los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental-DEMA, por resultar instrumentos legalmente inviables, para el cumplimiento de los objetivos de prevención y control de los factores que puedan producir deterioro ambiental.

En este punto es necesario dejar claro que, aunque el Documento de Evaluación y Manejo Ambiental-DEMA, como instrumento administrativo de seguimiento para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental, en su momento podía asumirse como una autorización para la ejecución de los proyectos, obras o actividades taxativamente señalados en el artículo tercero del Decreto 883 de 1997, este hecho no faculta a la Autoridad Ambiental para continuar prorrogando los efectos y menos la vigencia de una norma que ha sido expulsada del ordenamiento jurídico, por el máximo órgano jurisdiccional competente -Consejo de Estado-, por violar normas superiores a las cuales debió sujetarse.

Por ello, no resulta procedente la modificación de ese instrumento, para la ejecución de nuevas actividades, como tampoco la ampliación de los mismos, toda vez que, declarada la nulidad del Decreto 883 del 31 de marzo de 1997, -que es la norma que crea el Documento de Evaluación y Manejo Ambiental-DEMA-, éste ya no forma parte del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aunque teniendo en cuenta que el juzgamiento realizado sobre la legalidad del Decreto 883 del 31 de marzo de 1997, se hizo únicamente con respecto a la correspondencia del mismo con las normas legales que lo legitimaban y a las cuales debió ajustarse su expedición, la oficina jurídica del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, resaltó la intangibilidad de los actos individuales jurídicamente relevantes producidos y consolidados durante la vigencia de los DEMA, en aras de la seguridad jurídica y de las relaciones del Estado con sus administrados, ésta regla estaba supeditada al hecho de que los mismos se hubieran comenzado a ejecutar o se hubieran modificado en vigencia de la norma en comento.

Precepto que aunque en los decretos y demás instrumentos regulatorios del trámite licenciatario, expedidos con posterioridad a la declaratoria de nulidad del Decreto 883 del 31 de marzo de 1997, se garantizó en el articulado donde se definieron los términos de transición; por las razones expuestas, no puede predicarse la vigencia de una norma declarada nula por el Consejo de Estado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. A partir de la expedición del Decreto 1220 de 2005, modificado por el Decreto 500 de 2006, *“los proyectos, obras y actividades que a la entrada en vigencia de la norma referida se encontraran operando y no contaran con la Licencia Ambiental respectiva, tenían la obligación de presentar ante la autoridad ambiental competente, de acuerdo con lo dispuesto en los términos de referencia establecidos por el citado Decreto; un Plan de Manejo Ambiental, dentro de los doce (12) meses siguientes a su expedición, para su respectiva evaluación y establecimiento”*, significando ello que su no cumplimiento daría lugar a que la Autoridad Ambiental competente adelantara todas aquellas actuaciones administrativas tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en la norma ambiental.

Siendo esto así, si los proyectos, obras o actividades, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 883 de 1997, comenzaron a ejecutarse teniendo como instrumento de manejo y control ambiental un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental-DEMA- y al momento de la expedición del Decreto 1220 de 2005, modificado por el Decreto 500 de 2006, éste continuaba siendo el único instrumento de manejo y control ambiental para la ejecución de su actividad, necesariamente debían haber presentado a la autoridad ambiental el PMA mediante el cual se realizara el control y seguimiento ambiental incluso de las actividades autorizadas por el DEMA, por lo que en la actualidad, toda modificación, cesión, integración, pérdida de vigencia o cesación del PMA establecido deberá realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2820 de 2010 para el trámite del Plan de Manejo Ambiental.

Esta alternativa ha de aplicarse en caso de que se constate que el proyecto, obra o actividad que está sometido a un DEMA está previsto dentro del listado de los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental, pero que por venirse ejecutando con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 no se le exigía Licencia Ambiental.

2. Si el proyecto, obra o actividad fue ejecutado teniendo como instrumento de manejo y control ambiental un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental-DEMA- pero de acuerdo con lo establecido tanto en la Ley 99 de 1993 y los decretos reglamentarios del trámite de licenciamiento ambiental no requiere de

licenciamiento ambiental, se presenta lo que ha sido conocido en la doctrina como decaimiento del acto administrativo, que se define como *“un fenómeno de derogación implícita aplicable a los actos administrativos dictados en ejecución de una ley y cuya validez se sustenta en la que se predique de la norma que le da sostén. De modo que cuando una ley es declarada inconstitucional o es derogada, los actos administrativos expedidos para desarrollarla, implementarla o con fundamento en esta (secundum legem), dejan de tener fuerza obligatoria y pierden vigencia de facto”*⁴; no resultaría pertinente que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, continuara realizando actividades de control y seguimiento ambiental con base en dicho instrumento.

Esta opción ha de agotarse en caso de que, una vez confrontado el proyecto o actividad sometido al DEMA en particular, no está incluido en el listado de proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental.

3. El proyecto, obra o actividad contaba con Licencia Ambiental, pero la aprobación de nuevas actividades del mismo proyecto se estableció el DEMA, caso en el cual las medidas establecidas por dicho instrumento deben incorporarse como medidas de manejo ambiental dentro de la Licencia Ambiental.
4. El DEMA se estableció para la iniciación del proyecto, obra o actividad, por lo cual se debe requerir la obtención de la respectiva Licencia Ambiental, teniendo como base la información y medidas adoptadas en el estudio para el establecimiento del DEMA.
5. Cuando el DEMA se estableció para la aprobación de actividades de proyectos autorizados con base en la licencia establecida por los artículos 28 y 29 del Decreto 2811 de 1974, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 117 de la Ley 99 de 1993 y los regímenes de transición de las normas reglamentarias del trámite de licenciamiento ambiental, se deben integrar las medidas de manejo ambiental a dicha licencia.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró: Julián David Benítez Rincón – Abogado OAJ – ANLA
Revisó: Daniel Ricardo Páez Delgado - Profesional Especializado OAJ - ANLA

⁴ Consejo de Estado, Radicado número: 11001-03-26-000-2003-00060-01(25693). Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

