

12 OCT 2013

MEMORANDO

DE **ROBERTH LESMES ORJUELA**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA **CAROLINA ROVECCHI SALAS**
Coordinadora Grupo Hidrocarburos

ASUNTO **UNIFICACIÓN APOYO JURÍDICO – PLANES DE MANEJO AMBIENTAL.**

RAD. **4120-3-29200 del 11 de julio de 2013.**

Oct 28/13
Jhr el
2:15 PM

En atención a la solicitud de unificación de los memorandos de respuesta 4120-12-40169 del 09 de octubre de 2012 y 4120-2-19658 del 26 de junio de 2013, la Oficina Asesora Jurídica relaciona las distintas hipótesis regulatorias planteadas para el establecimiento de Planes de Manejo Ambiental y exigencia de la inversión del 1%.

1. Procedencia de Establecer Planes de Manejo Ambiental – Decreto 2820 de 2010

Mediante el Decreto 2820 de 2010 el Gobierno Nacional reglamentó el tema de las licencias ambientales, introducidas en nuestro ordenamiento jurídico-ambiental por la Ley 99 de 1993.

En su artículo primero, al establecer las definiciones con base en las cuales se ha de interpretar su contenido regulatorio indicó lo siguiente:

“Plan de Manejo Ambiental: Es el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientados a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia y abandono según la naturaleza del proyecto.

El Plan de Manejo Ambiental podrá hacer parte del Estudio de Impacto Ambiental o como instrumento de manejo y control para proyectos obras o actividades que se encuentran amparadas por un régimen de transición.” (Negrilla Agregada).

Por su parte, el artículo séptimo del citado Decreto, prevé lo siguiente:

“Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8° y 9° del presente decreto.

Las autoridades ambientales no podrán establecer o imponer Planes de Manejo Ambiental para proyectos diferentes a los establecidos en el presente decreto o como resultado de la aplicación de un régimen de transición.”
(Negrilla Agregada).

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 2820 de 2010 reconoce a las autoridades ambientales la posibilidad de establecer planes de manejo ambiental en virtud de un régimen de transición, sin embargo, no previendo en su régimen de transición (art. 51) los casos en los que es procedente establecer dicho instrumento de manejo y control ambiental.

Es menester determinar los casos en los cuales, en virtud de un régimen de transición de una norma reglamentaria o legal anterior al Decreto 2820 de 2010, es procedente establecer un Plan de Manejo Ambiental.

2. Regímenes de transición de la Ley 99 de 1993 y de sus Decretos reglamentarios en materia de licencia ambiental

En materia de licencias ambientales, la Ley 99 de 1993, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico-ambiental, esta categoría jurídica de instrumento de manejo y control ambiental.

Específicamente, frente a la regulación normativa anterior, en artículo 118 de la ley derogó expresamente, entre otros, los artículos 27 a 29 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente - CNRNR - Decreto ley 2811 de 1974, que rezaban así:

“Artículo 27.- *Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, estará obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad.*

Artículo 28.- *Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia.*

En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia de la ejecución de las obras mencionada pueda tener en la región.

Artículo 29.- *Cuando las referidas obras o actividades puedan tener efectos de carácter internacional en los recursos naturales y demás elementos ambientales, deberá oírse el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores.”*

Visto lo anterior, resulta claro que la Ley 99 de 1993 al crear la institución de la licencia ambiental tal como está vigente actualmente¹, derogó las normas que preveían una institución similar, sin embargo, a través de su régimen de transición dejó incólumes los instrumentos de manejo y control ambiental otorgados en vigencia del régimen anterior, así:

“Artículo 117.- Transición de Procedimientos. *Los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia, en el estado en que se encuentren. Las normas y competencias establecidas en la presente ley son de vigencia inmediata y se aplicarán una vez se expidan los correspondientes reglamentos, cuando sean necesarios”.*

En ese sentido, los instrumentos de manejo y control ambiental otorgados con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993, mantuvieron su vigencia, de tal suerte que los proyectos, obras o actividades sujetos a los mismos, continuaron su ejecución de acuerdo con los actos administrativos expedidos conforme al régimen anterior.

Ahora bien, dado que las licencias ambientales, como una materia regulada en la Ley 99 de 1993, fue reglamentada por el Gobierno Nacional a través de sucesivos decretos nacionales, cada uno con un régimen de transición, es menester realizar un breve análisis al respecto.

2.1. Decreto 1753 de 1994² – Artículo 38

“Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requerirán Licencia Ambiental. Tampoco requerirán Licencia Ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente decreto. Lo anterior no obsta para que dichos proyectos obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental”.

¹ Modificada en algunos de sus aspectos procesales por la Ley 1450 de 2011.

² Modificado por los siguientes decretos: 2353 de 1999, 1892 de 1999, 788 de 1999, 2183 de 1996 y 1791 de 1996.

Indicaba dicha norma que los proyectos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993 (y que en ese momento estaban en el listado de proyectos que ahora requerían licencia ambiental), no requerían licencia ambiental y continuarían su ejecución.

Esto, en nuestro concepto, obedecía al carácter previo de la licencia ambiental, trazado por la necesidad de que el Estudio de Impacto Ambiental que le sirve de base, parte de la idea fundamental de la identificación de una línea base ambiental anterior a la ejecución del proyecto. Por ello, exigir licencia ambiental a proyectos que ya estaban en ejecución no se compadecía con la naturaleza propia de la institución de la licencia ambiental.

Ahora bien, a pesar de que el citado decreto establecía claramente que dichos proyectos podían continuar, no fijó la obligatoriedad de presentar algún tipo de instrumento de manejo y control ambiental alternativo a la licencia ambiental, como lo sería el Plan de Manejo Ambiental, por ello, dichos proyectos continuaron su ejecución ajenos a la regulación específica de un instrumento de manejo ambiental (porque antes de la Ley 99 no lo requerían), sin perjuicio de la vigencia y fuerza vinculante de aquellos que habían obtenido antes de la promulgación de la Ley 99 de 1993.

2.2. Decreto 1728 de 2002 – Artículo 34

El Decreto 1753 de 1994, fue derogado por el Decreto 1728 de 2002, el cual, en su artículo 34 estableció lo siguiente:

“Artículo 34.- Régimen de transición de proyectos, obras o actividades desarrollados antes del 3 de agosto de 1994. Los proyectos, obras o actividades que conforme a las normas vigentes antes del 3 de agosto de 1994 se encuentran en ejecución, podrán continuar su desarrollo y operación, pero la autoridad ambiental competente, podrá exigirles en función del seguimiento ambiental y mediante acto administrativo motivado, las medidas ambientales adicionales que se consideren necesarias o el ajuste de las que se estén implementando.

Parágrafo.- No obstante lo anterior el proyecto deberá contar con todos los permisos, concesiones o autorizaciones de carácter ambiental requeridos para el aprovechamiento y afectación de los recursos naturales renovables por parte del proyecto, obra o actividad.”

En el caso del precitado régimen de transición, se incluyen tres componentes adicionales que no estaban previstos en el régimen de transición del Decreto 1753 de 1994:

- Incluyó en la transición no sólo los proyectos iniciados antes de la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993, sino también aquellos iniciados en el lapso que iba desde la entrada en vigencia de dicha Ley (diciembre de 1993) y la del Decreto 1753 de 1994 (agosto de 1994).
- Incluyó la posibilidad de que sobre dichos proyectos, iniciados antes del 3 de agosto de 1994, incluyendo los iniciados antes de la Ley 99 de 1993, se ejerciera la función de control y seguimiento ambiental, con el fin de imponer medidas ambientales adicionales, si era necesario, o el ajuste de las que se estén implementando.
- Previó de manera expresa para los proyectos mencionados la necesidad de contar con los permisos y concesiones ambientales requeridas para el uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales renovables (aunque ya las demás normas sobre permisos así lo exigían).

2.3. Decreto 1180 de 2003 – Artículo 28

“Artículo 28. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.

Los proyectos, obras o actividades, que con anterioridad a la expedición del presente decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener la correspondiente licencia ambiental o el establecimiento de plan de manejo ambiental, exigido por la normatividad en ese momento vigente, continuarán su trámite de acuerdo con la misma y en caso de obtenerlos podrán adelantar y/o continuar el proyecto, obra o actividad.

En los casos anteriormente citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, podrán establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental adicionales que se consideren necesarias y/o el ajuste de las que se estén implementando.”

Este régimen de transición, al igual que los anteriores, reconoce que se mantiene la vigencia de los instrumentos de manejo y control ambiental anteriores a su expedición y contempla la posibilidad de que la autoridad ambiental competente, en ejercicio de la función de control y seguimiento ambiental, establezca las medidas de manejo ambiental necesarias o el ajuste de las existentes.

2.4. Decreto 1220 de 2005 – Art. 40, modificado por el Decreto 500 de 2006

El Decreto 1220 del 21 de abril de 2005³ derogó el Decreto 1180 de 2003 y, en principio, tenía previsto el siguiente régimen de transición en el artículo 40:

“Régimen de transición. Los proyectos a los que se refieren los artículos 8° y 9° del presente decreto, que hayan iniciado actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 y no cuenten con autorización ambiental para su operación podrán continuar, para lo cual deberán presentar ante la autoridad ambiental competente un Plan de Manejo Ambiental. De igual forma, aquellos que se encuentren inactivos y pretendan reanudar actividades, deberán presentar un Plan de Manejo Ambiental para su evaluación y establecimiento. Los interesados deberán presentar el Plan de Manejo Ambiental a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación del presente decreto.

Parágrafo 1° El Plan de Manejo Ambiental a que se refiere el presente artículo, es el instrumento de manejo y control ambiental para el desarrollo de los proyectos, obras y actividades cobijadas por el régimen de transición.

Parágrafo 2° Para efectos de presentación del Plan de Manejo Ambiental, el interesado deberá solicitar a la autoridad ambiental competente los términos de referencia correspondientes, los cuales se acogerán a lo establecido en el artículo 13 del presente decreto y serán expedidos dentro del mes siguiente a la radicación de la solicitud.

Parágrafo 3° En los casos a que haya lugar, se deberán tramitar y obtener ante las respectivas autoridades ambientales, los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso, y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se requieran para el efecto. Para el establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, se aplicará en lo pertinente; lo dispuesto en los artículos 23 y 25 del presente decreto.”

Dicho régimen de transición fue modificado por el Decreto 500 de 2006, indicando lo siguiente:

“Artículo 2°. Modifícase el artículo 40 del Decreto 1220 de 2005, el cual quedará así:

³ Publicado en el Diario Oficial No. 45.890 de 25 de abril de 2005

Artículo 40. Régimen de transición. El régimen de transición se aplicará a los proyectos, obras o actividades de que tratan los artículos 8 y 9 del presente decreto, y que se encuentren en los siguientes casos:

1. Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.
2. Los proyectos, obras o actividades, que con anterioridad a la expedición del presente decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener la correspondiente Licencia Ambiental o el establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, exigido por la normatividad en ese momento vigente, continuarán su trámite de acuerdo con la misma y en caso de obtenerlos podrán adelantar y/o continuar el proyecto, obra o actividad.
3. Los proyectos, obras o actividades que hayan iniciado su operación antes de la expedición de la Ley 99 de 1993, y que a la entrada en vigencia del presente decreto, pretendan reanudar actividades, deberán presentar ante la autoridad ambiental competente un Plan de Manejo Ambiental para su respectiva evaluación y establecimiento.
4. Los proyectos, obras y actividades que se encuentren operando a la entrada en vigencia del presente decreto y no cuenten con la Licencia Ambiental respectiva, deberán presentar un Plan de Manejo Ambiental ante la autoridad ambiental competente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, para su respectiva evaluación y establecimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la imposición de las medidas preventivas y sancionatorias a que haya lugar.

Parágrafo 1° En los casos antes citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias, de conformidad con el artículo 33 del presente decreto.

Parágrafo 2° Los proyectos, obras o actividades que en virtud de lo dispuesto en el presente decreto no sean de competencia de las autoridades que actualmente conocen de su evaluación o seguimiento, deberán ser remitidos a la autoridad ambiental competente para los efectos a que haya lugar.

Parágrafo 3° Las autoridades ambientales deberán fijar los términos de referencia dentro de dentro del mes siguiente a la solicitud del Plan de Manejo Ambiental, para los casos de que tratan los numerales 3 y 4 del presente artículo.

Parágrafo 4° En el evento de establecerse el Plan de Manejo Ambiental de que trata el presente artículo, se deberán tramitar y obtener ante las respectivas autoridades ambientales, los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se requieran para el efecto.

Parágrafo 5° Para los casos a que se refieren los numerales 3 y 4 del presente artículo, se aplicará el procedimiento señalado en los artículos 23 y 24 numerales 1 y 2 del presente decreto. Allegada la información adicional de que trata el último numeral, la autoridad ambiental competente dispondrá de quince (15) días para el respectivo pronunciamiento.” ”

Como se ve, el régimen de transición transcrito *in extenso*, reguló de manera detallada las distintas hipótesis de transición normativa, incluyendo remisiones normativas al procedimiento para el otorgamiento de licencias ambientales previsto en el artículo 23 del decreto.

Ahora bien, se considera pertinente precisar la diferencia entre la hipótesis de transición previstas en los numerales 1 y 4 citados, así: a) La del primero se refiere a aquellos proyectos que a la entrada en vigencia del decreto ya contaban con el instrumento de manejo y control ambiental requerido por la normativa vigente en ese momento, por lo que el régimen de transición respetó la sujeción del proyecto a un acto administrativo ya expedido⁴; b) La del cuarto se refiere a aquellos proyectos, obras o actividades que al momento de entrar en vigor el decreto 500 de 2006 se encontrarán operando y, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 o alguno de sus decretos reglamentarios, requería licencia ambiental, no estaba eximido de la misma por algún régimen de transición y a pesar de ello no contaba con dicho instrumento. En este caso, con el fin de regularizar ambientalmente dichos proyectos se abría la posibilidad de establecer un Plan de Manejo Ambiental⁵, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la potestad sancionatoria contra éstos, por estar operando sin licencia ambiental.

⁴ Sin perjuicio de la posibilidad de efectuar ajustes por vía de seguimiento según el parágrafo 1° citado.

⁵ El cual, al tenor de lo previsto en el encabezado del artículo citado, ha de entenderse como un instrumento alternativo y supletorio de la licencia ambiental, en la medida en que se expresa que el régimen de transición se aplica a los proyectos, obras y actividades enumerados en los artículos 8° y 9° del Decreto, esto es, justamente aquellos que requieren licencia ambiental.

2.5. Decreto 2820 de 2010 – Artículo 51

“Artículo 51. Régimen de transición. El régimen de transición se aplicará a los proyectos, obras o actividades que se encuentren en los siguientes casos:

1. Los proyectos, obras o actividades que iniciaron los trámites para la obtención de una Licencia Ambiental o el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental exigido por la normatividad en ese momento vigente, continuarán su trámite de acuerdo con la misma y en caso de obtenerlos podrán adelantar y/o continuar el proyecto, obra o actividad, de acuerdo a los términos, condiciones y obligaciones que se expidan para el efecto,
2. Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.
3. En caso que a la entrada en vigencia del presente decreto existieran contratos suscritos o en ejecución sobre proyectos, obras o actividades que anteriormente no estaban sujetas a Licencia Ambiental, se respetarán tales actividades hasta su terminación, sin que sea necesario la obtención del citado instrumento de manejo y control ambiental.

Parágrafo 1° En los casos antes citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias.

Parágrafo 2° Los proyectos, obras o actividades que en virtud de lo dispuesto en el presente decreto no sean competencia de las autoridades que actualmente conocen de su evaluación o seguimiento, deberán ser remitidos a la autoridad ambiental competente para los efectos a que haya lugar.

Parágrafo 3° Los titulares de Planes de Manejo Ambiental podrán solicitar la modificación de este instrumento ante la autoridad ambiental competente con el fin de incluir los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarias para el proyecto, obra o actividad.

Y, en este caso, los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables serán incluidos y su vigencia iniciará a partir del vencimiento de los permisos que se encuentran vigentes.”

A diferencia de los regímenes de transición previstos en los decretos reglamentarios anteriores, el del Decreto 2820 de 2010 no contempla en ninguna de sus hipótesis de transición, la posibilidad de establecer Planes de Manejo Ambiental, sin embargo, como se destacó al inicio del presente escrito, según la definición de Plan de Manejo Ambiental prevista en el artículo primero del citado decreto y la disposición prevista en su artículo 7°, es posible establecer este tipo de instrumentos en virtud de un régimen de transición que así lo permita, como es el caso de los regímenes de transición de los decretos reglamentarios anteriores como se expondrá más adelante.

2.6. Análisis General

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando se expide una norma jurídica que regula determinados procedimientos, el órgano o autoridad que profiere la norma, trata de regular de manera específica la forma en que se dará la transición de los procedimientos, con el fin de evitar traumatismos en la aplicación de la ley procesal, de respetar situaciones jurídicas consolidadas y el principio de seguridad jurídica⁶.

En el caso de los regímenes de transición de los decretos reglamentarios de la Ley 99 de 1993, en materia de licencias ambientales, debemos tener en cuenta las siguientes situaciones jurídicas que se pueden presentar:

- i. Todos mantienen la vigencia de las autorizaciones ambientales que los proyectos, obras o actividades requerían antes de la expedición de la norma respectiva, así, por ejemplo, las autorizaciones ambientales otorgadas con base en el Decreto-ley 2811 de 1974 (V. gr. Declaración de Efecto Ambiental), es decir, antes de la entrada en vigencia de la ley 99 de 1993, mantienen su vigencia y, por ende, los proyectos respectivos se mantienen sometidos a dichos

⁶ Usualmente los regímenes de transición aplican los criterios previstos en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que reza así: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Este artículo fue modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, el cual entrará en vigencia desde el 1° de enero de 2014, fecha a partir de la cual dicha norma quedará así: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”

instrumentos, sin perjuicio de los ajustes por vía de seguimiento a que haya lugar.

La situación descrita con antelación, teniendo en cuenta que al igual que la Ley 99 de 1993, los decretos 1753 de 1994, 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220 de 2005, 500 de 2006 y 2820 de 2010, reconocen la vigencia de los instrumentos otorgados con anterioridad a su expedición (actos administrativos), implica que si un proyecto estaba sometido a un instrumento ambiental expedido antes de la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 y, por ende, antes de sus decretos reglamentarios, hoy día está vigente y es exigible para la regulación ambiental del proyecto que se encuentra en ejecución desde antes de la citada Ley.

- ii. Si bien el Decreto 1753 de 1994 no preveía esta condición, los decretos subsiguientes sí previeron que los proyectos que se adecúan a alguno de los regímenes de transición están sometidos a control y seguimiento ambiental por parte de la autoridad ambiental competente, conllevando la posibilidad de que se impusieran obligaciones ambientales adicionales a las existentes en el instrumento otorgado con antelación al decreto respectivo.

En otras palabras, el hecho de que todos los regímenes de transición reconocieran la vigencia de los instrumentos ambientales otorgados, impuestos o establecidos con antelación a la expedición del respectivo decreto, no implica que los proyectos respectivos no estén sometidos a control y seguimiento por parte de la autoridad ambiental competente, incluyendo la posibilidad de imponer medidas de manejo ambiental adicional, puesto que ningún instrumento de manejo y control ambiental es inamovible porque siempre debe adecuarse a la realidad actual del proyecto y uno de los mecanismos para lograr tal fin es precisamente el control y seguimiento ambiental.

- iii. En caso de que al momento de la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 2010 existieran actuaciones administrativas de licenciamiento ambiental o de establecimiento de plan de manejo ambiental iniciadas, éstas continuarán rigiéndose por la norma vigente al momento de su iniciación, bien se trata del Decreto 1220 de 2005, modificado por el Decreto 500 de 2006, o de una norma anterior (D. 1753 de 1994, D. 1728 de 2002 o D.1180 de 2003).

- iv. La última hipótesis que puede generar inquietud respecto de la posibilidad de establecer planes de manejo ambiental en la actualidad se presenta en los casos en los cuales una empresa presentó para su establecimiento, un plan de manejo ambiental, cuando estaba vigente un régimen de transición de un decreto reglamentario anterior al 2820 de 2010 y el caso se adecuaba a una de las hipótesis del régimen de transición anterior, que permitían la presentación de dichos instrumentos, por ejemplo:

- a. Planes de manejo ambiental presentados entre el 25 de abril de 2005 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 1220 de 2005) y el 20 de febrero de 2006 (el Decreto 500 de 2006 entró en vigencia el 21 de febrero de 2006).
- b. Planes de manejo ambiental presentados entre el 21 de febrero de 2006 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 500 de 2006) y el 4 de agosto de 2010 (el Decreto 2820 de 2010 entró en vigencia el 5 de agosto de 2010).

En los anteriores casos, es procedente evaluar el Plan de Manejo Ambiental presentado, establecerlo mediante acto administrativo motivado y fundado en un concepto técnico de evaluación, dado que las condiciones ambientales actuales pueden ser diferentes a las existentes al momento de presentación del PMA, no siempre será necesario efectuar visita para evaluar y establecer el mismo.

Una vez establecido, la autoridad ambiental deberá proceder a efectuar seguimiento y control ambiental en los términos del artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, con la posibilidad de que, una vez establecido el PMA respectivo como instrumento de manejo y control ambiental independiente, éste sea susceptible de modificación, integración, cesión y las demás figuras que prevé el citado Decreto en el artículo 38.

Adicionalmente, desde el momento en que esté establecido el PMA respectivo, el mismo será susceptible de ajustes por vía de seguimiento, imposición de obligaciones adicionales, supresión de las innecesarias, requerimientos por vía de seguimiento para que sea ajustado para responder a impactos no identificados, etc., en virtud de lo establecido en los artículos 39 y 51 del Decreto 2820 de 2010. Ello en virtud de que las medidas de manejo ambiental propuestas en el PMA presentado hace más de dos años, pueden ser diferentes a las actuales y, por ende, no responder adecuadamente a los riesgos inherentes al proyecto.

- v. Finalmente, el numeral 4 del artículo 40 del Decreto 1220 de 2005, modificado por el artículo 2° del Decreto 500 de 2006, previó la posibilidad de que los titulares de proyectos que no contaban con licencia ambiental requiriéndola, presentaran dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia del Decreto, es decir, hasta el 21 de febrero de 2007, un plan de manejo ambiental para su evaluación y establecimiento, sin perjuicio de la imposición de medidas preventivas y sancionatorias.

Al respecto es importante resaltar dos aspectos:

- a. No se trató de un armistio que el Gobierno Nacional concedió a los proyectos que no contaban con licencia ambiental requiriéndola, sino más bien, un mecanismo legal para la regularización ambiental de los mismos, por medio de un mecanismo de reemplazo de la licencia ambiental, como lo es el Plan de Manejo Ambiental.
- b. En caso de que un titular de un proyecto no presentara el Plan de Manejo Ambiental dentro de los doce meses siguientes a la vigencia del decreto, no implica que la autoridad ambiental no lo pueda evaluar, lo que sucede, siempre y cuando se haya presentado dentro de la vigencia del Decreto, es que la autoridad puede establecer el plan de manejo ambiental presentado para lograr el fin propuesto en la norma (que el proyecto esté sometido a un instrumento de manejo y control ambiental), sin perjuicio del proceso sancionatorio a que haya lugar, por haber operado sin licencia ambiental y por haber incumplido el plazo de doce meses.

Finalmente, si existe un proyecto que haya presentado PMA en las condiciones descritas en el literal b) anterior, es posible establecerlo y el mismo será susceptible de todas las acciones de control y seguimiento mencionadas en el acápite iv) de este escrito, es decir, se pueden imponer medidas de manejo ambiental adicionales, requerir al titular para que lo modifique o suprimir medidas innecesarias, todo ello con el fin de que el PMA se responda a los riesgos e impactos reales y actuales del proyecto.

3. Procedencia de exigir inversión del 1% cuando el instrumento de manejo y control ambiental es un Plan de Manejo Ambiental.

Siendo el PMA, como instrumento de manejo y control ambiental -debido a la aplicación de los regímenes de transición-, un plan para la implementación de medidas de prevención, mitigación, corrección o de compensación de los impactos y efectos ambientales identificados e incluso causados por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad sujeto a licencia ambiental, no se puede predicar que el mismo tenga las mismas características de una licencia ambiental.

Así, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 99 de 1993 y específicamente en el parágrafo del Artículo 43: *“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".
(Subraya fuera de texto original)

Por su parte, el artículo segundo del Decreto 1900 de 2006⁷, establece las condiciones para la exigibilidad de inversión del 1%, algunos de los factores a tener en cuenta para la liquidación de la inversión, las reglas para su aprobación por parte de la autoridad ambiental y la destinación de los recursos, entre otros aspectos.

En tal sentido, teniendo en cuenta que la referida norma debe ser interpretada dentro del marco del alcance de las normas de rango legal que reglamenta, es decir la Ley 99 de 1993 y que son claras las condiciones para la imposición de la obligación de inversión de no menos del 1% del total de la inversión del proyecto, obra o actividad, en principio, cuando se establece un Plan de Manejo Ambiental (PMA) como instrumento de manejo y control ambiental, no se hace exigible dicha obligación.

En otras palabras, al no darse las dos condiciones legales para la exigibilidad de la obligación de inversión del 1%, esto es, que el proyecto esté sometido a licencia ambiental y que capte agua directamente de fuentes naturales, no le es permitido a la autoridad ambiental exigir el cumplimiento de la inversión del 1%, puesto que al no estar sometido a licencia ambiental no le es predicable la exigibilidad de la inversión.

Adicional a ello, el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental, en principio, no integra los diferentes permisos de uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables dentro de los cuales están incluidos los recursos hídricos de fuentes naturales, con lo cual es clara la no concurrencia de los dos presupuestos establecidos en la norma.

No obstante, cuando por cuenta del titular del Plan de Manejo Ambiental (PMA) establecido, se solicita la integración de otros instrumentos de manejo y control ambiental, debe observarse que si dentro de los mismos se encuentra una licencia ambiental y que en ésta se encuentre autorizado el uso y aprovechamiento de agua captada de una fuente natural, vía seguimiento deberá verificarse la captación y de ser así, **le será exigible la inversión del 1%, de manera proporcional al alcance establecido en la licencia ambiental.**

⁷ Decreto 1900 de 2006, Artículo 2°. De los proyectos sujetos a la inversión del 1%. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se considera que un proyecto deberá realizar la inversión del 1% siempre y cuando cumplan con la totalidad de las siguientes condiciones:

- Que el agua sea tomada directamente de una fuente natural, sea superficial o subterránea;
- Que el proyecto requiera licencia ambiental;
- Que el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, entendiéndose por esta, las actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación;
- Que el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria.

Parágrafo 1°. La inversión a que hace referencia el artículo 1° del presente decreto, será realizada por una sola vez, por el beneficiario de la licencia ambiental.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el presente decreto no aplica para aquellos proyectos que tomen el agua directamente de la red domiciliar de acueducto operada por un prestador del servicio.

Asimismo, cuando se presenta la incorporación de los diferentes instrumentos de manejo y control ambiental existentes para un proyecto, se presenta la novación de las obligaciones pendientes contenidas en cada uno de ellos, con lo cual es clara su exigibilidad actual y futura, pese a la declaratoria de pérdida de vigencia del acto administrativo que dio lugar a su nacimiento a la vida jurídica, ello teniendo en cuenta que con la novación se busca producir el efecto de reemplazar las obligaciones primitivas por otras nuevas y distintas; en otros términos, sustituyen las antiguas obligaciones por unas nuevas.

Con respecto de las obligaciones de inversión del 1% no exigidas dentro del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental ni dentro de la actividad de seguimiento de la autoridad ambiental, es pertinente aclarar que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, *"la naturaleza fundamental del agua, su carácter limitado como recurso natural y su consideración legal como patrimonio Nacional y bien de uso público inalienable e imprescriptible, se desprenden las especiales competencias y responsabilidades que la Constitución otorgó a las autoridades para planificar el manejo de los recursos naturales, administrar el recurso hídrico y regular su uso"*⁸ establece para el Estado un papel de garante de la buena administración del recurso y de la garantía del derecho al agua, razón por la cual en cumplimiento de la obligación que tienen las autoridades de adoptar medidas dirigidas a asegurar la preservación y sustitución del recurso hídrico y la buena calidad del agua disponible, por tratarse de una carga pública en la modalidad de inversión forzosa **deviene de una disposición legal y no del acto administrativo que la contemple**⁹.

Bajo el anterior argumento, la inversión del 1%, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en la norma, es exigible aun cuando no se haya previsto o no se encuentre contenida dentro del acto administrativo que otorgó la respectiva licencia ambiental, pues su origen legal, ha consolidado a favor de los bienes públicos ambientales, por lo que su exigencia es un hecho de autoridad que se puede dar en el PMA, se repite, en los casos en los cuales a este instrumento se le integre una licencia ambiental.

Finalmente es pertinente señalar que las respuestas a las solicitudes de apoyo jurídico, no se constituyen en fuentes formales de derecho, por lo cual deben ser interpretadas y aplicadas únicamente como un criterio de autoridad.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 220 de 2011. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Preteli Chaljub.

⁹ Al respecto puede verse la sentencia del 11 de noviembre de 2010 del Consejo de Estado Sección Primera, Mag. Ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta Exp. 11007-03-24-000-2002-00068-01. Actor Sociedad Agropecuaria San Fernando S.A contra la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, donde se dijo, refiriéndose a la obligación del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, lo siguiente: "... se trata de una obligación establecida directamente por la ley, es decir, se está ante una norma dispositiva de aplicación directa, que por lo mismo se entiende que hace parte de la decisión contenida en el respectivo acto administrativo, en caso de que nada se diga expresamente en el sobre ese punto..."

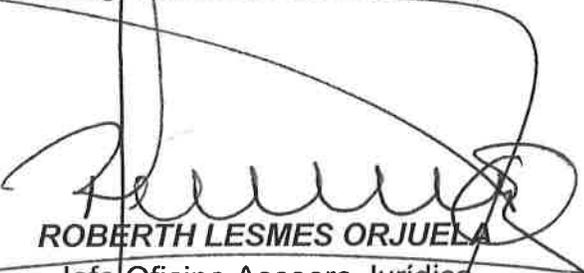
En conclusión:

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 incumplimiento daría lugar a que la Autoridad Ambiental competente adelantara todas aquellas actuaciones administrativas tendientes a exigir la satisfacción de lo dispuesto en la norma ambiental. No obstante, el que las obligaciones contempladas en la disposición legal no sean cumplidas en el término de presentación y establecimiento del PMA, no exime a la Autoridad Ambiental del cumplimiento de sus obligaciones Constitucionales de prevención de los factores que puedan deteriorar el ambiente, las cuales se ejercen por medio de los instrumentos de manejo y control ambiental, por lo que sin perjuicio de las demás actuaciones administrativas a las que se vea avocada la autoridad, ésta debe exigir la implementación del respectivo PMA mediante su establecimiento, siempre que se cumplan los condicionamientos de los regímenes de transición referidos.
2. En términos generales, para la exigibilidad de la obligación de inversión del 1%, siempre deben darse las dos principales condiciones legales establecidas, esto es, que el proyecto esté sometido a licencia ambiental y que capte agua directamente de fuentes naturales, caso contrario no le es permitido a la autoridad ambiental exigir el cumplimiento de la inversión del 1%, salvo los casos que se exponen en los numerales siguientes.
3. Cuando un proyecto cuenta con varios instrumentos de manejo y control ambiental, incluyendo licencias ambientales y planes de manejo ambiental, el mecanismo para que el proyecto cuente con un solo instrumento de manejo y control ambiental de aquellos que son de competencia de esta Autoridad, es la incorporación de las obligaciones a un plan de manejo ambiental que se establece y dejar sin efectos los actos administrativos anteriores, novando las obligaciones vigentes en las obligaciones que se incorporan en el plan de manejo ambiental que se establece hoy día.
4. Si las licencias ambientales con que contaba el proyecto incluían en las actividades autorizadas la posibilidad de captar agua directamente de fuentes

naturales, se debe indicar en el plan de manejo ambiental que se establece, que por vía de seguimiento se exija el cumplimiento de la inversión del 1%, de maneja proporcional a las obras y actividades que estaban autorizadas en la licencia que pierde vigencia.

5. Igual sucede con las obligaciones distintas al 1% que estaban pendientes de cumplimiento, pues éstas se incorporan en el plan de manejo ambiental que se establece y, por vía de seguimiento, se verifica y requiere su cumplimiento.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Daniel Ricardo Páez Delgado – Profesional Especializado.
Elaboró: Julián David Benítez Rincón – Profesional Especializado 



...the ... of ...

...the ... of ...

ROYAL LEARNER GROUP

...