

Bogotá, D. C.,

MEMORANDO

PARA: ANDREA CORTÉS SALAZAR
Subdirectora Instrumentos, Permisos y Trámites

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Apoyo Jurídico – Líneas Estratégicas de Regionalización.

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de apoyo a la Oficina Asesora Jurídica para analizar la viabilidad de las líneas estratégicas regionales propuestas como resultado del "Instrumento de Regionalización", es importante para esta oficina, precisar los problemas jurídicamente relevantes que deberán ser tenidos en cuenta indicando:

1. Puede la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-, para el desarrollo del Instrumento de Regionalización implementar líneas estratégicas regionales, que signifiquen la modificación de los actos administrativos que autorizan el desarrollo de un proyecto, obra o actividad sujeto en términos del Decreto 2820 de 2010 a Licencia Ambiental o que en virtud de los diferentes regímenes de transición cuentan con algún otro instrumento de manejo y control ambiental de competencia de esta autoridad, imponiendo obligaciones adicionales o modificando las existentes?
2. El segundo elemento relevante para su análisis resulta de la definición de si en la implementación de las líneas estratégicas propuestas dentro del Instrumento de Regionalización, es posible la suscripción de convenios interadministrativos dentro de los cuales se establezcan obligaciones a terceros para su ejecución.

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

1. Como parte del análisis del primer planteamiento, es importante resaltar que las autorizaciones ambientales expedidas con base en las normas reglamentarias del Título VIII de la Ley 99 de 1993, son actos administrativos de carácter provisional o

actos condición¹, los cuales se encuentran subordinados al interés público, el cual para el caso es la conservación del medio ambiente, los recursos naturales y la salud humana, razón por la cual el Estado, a través de éstas autorizaciones, no otorga derechos inquebrantables o inmodificables, ni renuncia a su control, ajuste, variación o a la declaratoria de improcedencia ambiental cuando las condiciones de ejecución de los proyectos, obras o actividades así lo exijan.

Con base en ello, ni los particulares o entidades territoriales pueden pensar que los actos administrativos referidos contienen o conllevan derechos adquiridos que impidan al Estado la modificación, variación o ajuste, incluso, subsiste la posibilidad jurídica de revocarlos cuando las condiciones previstas en la ley y la técnica determinen su conveniencia a favor del interés público.

Por el contrario, todo proyecto, obra o actividad que requiera licencia o permiso ambiental para su ejecución, puede ser modificado, ajustado o revocado, cuando la ciencia, la técnica y las circunstancias especiales ambientales de los mismos determinen su necesidad y procedencia, pues siendo el ambiente patrimonio común de la humanidad, por su especial conexidad con la vida y la salud, debe el Estado propender su adecuada administración con el fin de prevenir, mitigar, corregir, compensar o recuperarlo de forma adecuada y eficaz.

Al respecto y para el cumplimiento de los anteriores fines de protección ambiental, el Estado colombiano a través de sus autoridades ambientales, tiene la facultad legal de acuerdo con lo previsto por el legislador, de acoger los postulados de variados principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, el dotarlas de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrente el medio ambiente, y que lo puedan comprometer gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados.

¹ Según DROMI, José Roberto, El Acto Administrativo. Tomo I. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, páginas 177 y siguientes. Cita hecha por el profesor Gustavo Penagos, en su obra el acto administrativo, Tomo I, Parte General, Séptima edición, ediciones librería el profesional, 2001, "los actos de autorización o de permiso, están sometidos a las condiciones establecidas por la ley, y pueden ser revocados en caso de incumplimiento. "El acto autorización tiene un doble alcance jurídico: como acto de "habilitación o permisión" strictu sensu y como acto de "fiscalización y control". La doctrina conoce como actos de autorización: las licencias, permisos de policía, para construir, o hacer manifestaciones públicas, etc. Las características del acto autorización son: 1) El acto administrativo de autorización es reglado; 2) Se trata de un acto de doble alcance; 3) Habilitación o permisión; 4) Control, se trata de remover un obstáculo, permitido por la ley para superar los límites del orden jurídico. En la autorización se configuran dos actos. A) El acto principal, y B) El acto autorización o secundario. Lo anotado en el numeral 4, no significa que se trata de un acto complejo, son actos conexos, pero independientes.

El acto autorización debe ser revocado, en caso que el beneficiario no cumpla las condiciones a que está sometido, sin que pueda alegar derecho adquirido, pues iría en contra del interés general a que se refiere el artículo 58, inciso 1 de la constitución.

Los efectos del acto autorización son EX - NUNC".

Siendo importante observar lo expuesto por la tratadista Margarita Beladiez Rojo, al referir que "Es obligación de la administración hacer cumplir el acto desde que lo profiere, el principio de la conservación no se limita sólo a imponer el deber de conservar el acto, sino que también obliga a la administración a realizar todas cuantas actividades sean precisas para que ese acto pueda llegar a producir la plenitud de sus efectos. De nada serviría mantener un acto si la administración no estuviese obligada a realizar las actuaciones necesarias para que dicho acto pueda surtir efectos frente a terceros. Es evidente que si el derecho tiene interés en su conservación, es para que pueda llegar a cumplir su finalidad práctica" (Beladiez Rojo, Margarita. Validez y Eficacia de los Actos Administrativos. Marcial Pons, Madrid, 1994, página 169 a 174)

Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que resulta posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, la autoridad competente en este caso la (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-), puede sin duda, adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, operando para estos casos el "Principio de Prevención" el cual debe materializarse en el uso de los mecanismos jurídicos que la ley ha otorgado, para la evaluar el impacto ambiental del cual puede ser susceptible el ambiente.

Tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, contemplado igualmente en la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el Principio de Precaución señala que si bien en la formulación de las políticas ambientales se tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica, ello no obsta para que las autoridades ambientales y los particulares den aplicación al mismo, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, determinando que la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

Claramente se evidencia que cuando la autoridad ambiental deba tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, así no se cuente certeza científica absoluta, debe hacerlo y este fundamento, que resultaría suficiente para la implementación de las medidas estratégicas que se proponen dentro del Instrumento de Regionalización y que autorizarían la eventual modificación de las obligaciones ya dispuestas en los diferentes instrumentos de manejo y control ambiental otorgados por esta autoridad.

No obstante y adicional a la posibilidad Constitucional de hacer uso de lo preceptuado en relación al principio de precaución como fundamento legal para viabilizar la implementación de las estrategias propuestas por el Instrumento de Regionalización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, que determina que:

"Artículo 39°. Control y seguimiento. Los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental, serán objeto de control y seguimiento por parte de las autoridades ambientales, con el propósito de:

(...)

3. Revisar los impactos acumulativos generados por los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental y localizados en una misma área de acuerdo con los estudios que para el efecto exija de sus titulares e imponer a

cada uno de los proyectos las restricciones ambientales que considere pertinentes con el fin de disminuir el impacto ambiental en el área". (subrayo).

(...)

En el desarrollo de dicha gestión, la autoridad ambiental podrá realizar entre otras actividades, visitas al lugar donde se desarrolla el proyecto, hacer requerimientos, imponer obligaciones ambientales, corroborar técnicamente o a través de pruebas los resultados de los monitoreos realizados por el beneficiario de la Licencia Ambiental o Plan de Manejo Ambiental.

Se refuerza legalmente la posibilidad para que las autoridades ambientales, en ejercicio de sus funciones de control y seguimiento ambiental y dentro del ámbito de sus competencias modifiquen o impongan nuevas obligaciones tendientes al cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales de protección ambiental, aun sin tener certeza de los efectos ambientales que pueda tener el desarrollo de un proyecto, obra o actividad sujeto a licenciamiento ambiental.

Lo anterior no quiere significar que las modificaciones de los actos administrativos puedan ser "arbitrarias o caprichosas", por el contrario éstas deben ser excepcionales y motivadas y como cualquier acto administrativo, serán susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien es la competente para ejercer su control de legalidad.

2. Frente a la posibilidad que tiene la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- de suscribir convenios interadministrativos con el fin de ejecutar las medidas propuestas como parte de las líneas estratégicas dentro del Instrumento de Regionalización, es preciso tener en cuenta que con base en los planteamientos ya realizados, en aplicación del principio de precaución y en particular con lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, en ejercicio de las competencias asignadas legalmente a esta autoridad, es procedentes su realización, sin embargo, se plantean los posibles escenarios cuya elección sería determinante.

- 2.1 En un primer escenario, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, teniendo la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- que, *"revisar los impactos acumulativos generados por los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental y localizados en una misma área de acuerdo con los estudios que para el efecto exija de sus titulares e imponer a cada uno de los proyectos las restricciones ambientales que considere pertinentes con el fin de disminuir el impacto ambiental en el área"*, es clara la capacidad legal de esta entidad para adoptar las decisiones administrativas pertinentes. (subrayo).

Al respecto, las medidas que se pretenden implementar dentro de las líneas estratégicas del Instrumento de Regionalización, tienen la tendencia de permitir a la Autoridad la recolección de los datos necesarios para la estructuración de una línea base con la información suficiente para medir los impactos acumulativos en los recursos naturales de una zona determinada, y que son generados por la ejecución de los proyectos, obras o actividades licenciados.

En ese sentido puede esta Autoridad proponer, construir o financiar la implementación de una red de monitoreo como la propuesta y suscribir por medio de convenio interadministrativo con entidad idónea, un acuerdo para su administración, definiendo que los monitoreos periódicos que deben realizar los titulares de los proyectos, obras o actividades licenciados, serán realizados por el administrador de la red, cargando los costos de operación a los mismos como una actividad de seguimiento.

No obstante, si la implementación de la red monitoreo se da en los términos anteriores, es necesaria la modificación de los actos administrativos que han establecido alguno de los diferentes instrumentos de manejo y control ambiental (Licencia Ambiental, Plan de Manejo Ambiental), excluyendo a los titulares de los proyectos, obras o actividades de las obligaciones que estaban a su cargo y que en virtud del nuevo hecho descrito asumiría de manera directa la autoridad.

Para la financiación de los costos de la operación de la red, de conformidad con lo señalado por la Ley 633 de 2000 y el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, resultaría procedente que se realicen cobros por evaluación y/o seguimiento del recurso monitoreado a cargo de titulares de los proyectos, obras o actividades beneficiados con la medida.

- 2.2 Como un segundo escenario se tiene que, ante la eventual imposibilidad de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-, de construir o financiar la implementación de la red de monitoreo propuesta como parte de las líneas estratégicas del Instrumento de Regionalización, existe la posibilidad de que ésta sea propuesta por los titulares de los proyectos, obras o actividades licenciadas, para dar cumplimiento a las obligaciones de monitoreo y reporte de la información concerniente al comportamiento de los recursos naturales, que se deriva de la ejecución del proyecto, obra o actividad.

Lo anterior es posible, siempre que la propuesta se realice como una medida de compensación ecológica que guarda las relaciones de equilibrio ambiental, a fin de garantizar la sostenibilidad ambiental del país, con la que se procura

contribuir con la autoridad ambiental a definir y respetar los límites de capacidad de carga y de regeneración de los ecosistemas.

Como ejemplo de ello, está la posibilidad que se ofrece desde lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1900 de 2006, el cual autoriza que la destinación de los recursos de las inversiones que se realizan en cumplimiento de la inversión obligatoria de no menos del 1%, se haga en la instrumentación y monitoreo del recurso hídrico.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que no a todos los proyectos, obras o actividades a los que les hace seguimiento la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-, se les ha establecido, en virtud de los diferentes regímenes de transición, la obligación de inversión de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, se sugiere que de manera concertada se indique la posibilidad de presentar la actividad de implementación del sistema de monitoreo, como una medida compensatoria ambiental, dirigida a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural, teniendo en cuenta la importancia que tiene para las autoridades ambientales, en la toma de sus decisiones administrativas, el contar con información sistematizada, confiable y real del comportamiento de los recursos naturales.

En ese orden, los titulares de los proyectos, obras o actividades, deben proponer a título de donación, transferir el derecho real de dominio de la infraestructura y equipos asociados a la red para el monitoreo del recurso hídrico a favor de quien la ANLA determine, aún a nombre de ésta, para lo cual la donación debe ser aceptada para ingresarla a su patrimonio, como una actividad de compensación ambiental.

Una vez estructurada la red de monitoreo del recurso hídrico, la ANLA puede suscribir convenio interadministrativo con cualquier entidad que pueda de forma idónea administrarla y con base en esta actividad de monitoreo, exonerar a los titulares de los proyectos, obras o actividades de la obligación de realizar los monitoreos y reportarlos por sus propios medios, asumiendo esta actividad la ANLA de forma directa o delegada por medio del convenio en otra entidad, generando para los gastos de funcionamiento, el cobro debido dentro de los costos del seguimiento dispuesto en el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010.

Sin embargo no debe perderse de vista que la idea expresada es aceptada siempre que el fin último del convenio interadministrativo sea estructurado como un medio de cooperación administrativa en donde las partes tienen intereses convergentes, los cuales deben coincidir necesariamente con el interés general.

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo expresado en el acápite anterior, De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, es posible manifestar que el convenio interadministrativo siendo un negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales, implica la coordinación de las actividades que cada uno de los sujetos negociables va a realizar de forma separando sus funciones, pero concordantes para lograr un fin común.

- 2.3 En un tercer escenario la ANLA dentro de sus funciones de seguimiento y control, en los términos del artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, puede imponer las medidas y obligaciones ambientales que considere oportunas para parametrizar los datos necesarios para consolidar la información con respecto del recurso hídrico de una zona determinada del país, con el fin de determinar los impactos acumulativos de la misma, modificando para el efecto la periodicidad en los tiempos de reporte de los resultados de monitoreo del recurso.

De igual manera y para el fin señalado puede ordenar como parte de las medidas compensatorias que deben implementarse por la afectación de los recursos naturales, la construcción e implementación tecnológica de estaciones monitoreo en puntos determinados que hagan parte del área de influencia del proyecto, las cuales podrán ser integradas dentro de la red pretendida.

Sin embargo esta opción ofrece algunas dificultades si se tiene en cuenta la posibilidad de extralimitar las competencias de la ANLA, al limitar el derecho de la libertad de empresa al imponer cargas que resulten excesivas o por lo menos con costos desproporcionales frente a la afectación ambiental o el aprovechamiento de los recursos naturales. Para ello el análisis técnico para la implementación de la medida deberá ser exhaustivo, de tal forma que sea sustento suficiente para la motivación del acto administrativo que imponga la medida.

Por otra parte, estando dentro de los activos de la empresa los equipos y estaciones de monitoreo, no se puede obligar a ésta a delegar o permitir su administración en un tercero, como tampoco es posible exigir que realice el reporte de datos diferentes a los producidos por el ejercicio de su actividad.

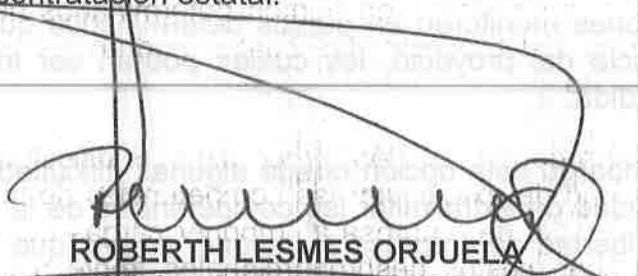
No obstante esta autoridad podría consolidar la información que reporte la empresa dentro de los plazos establecidos para el efecto y evaluarla en conjunto con los demás datos que se reporte de los diferentes puntos de la red implementada, pero no podría proponer la ejecución de esta actividad por parte de un tercero, teniendo en cuenta que no es posible comprometer recursos de la administración para el cubrimiento de los costos asociados.

CONCLUSIONES

Con base en los planteamientos anteriores, concluye esta Oficina Asesora Jurídica:

1. Es posible la modificación de los actos administrativos de carácter particular que han otorgado o establecido un instrumento de manejo y control ambiental tal como Planes de Manejo Ambiental o Licencia Ambiental, consignando en la parte motiva del acto administrativo que las modifica, las razones técnicas y jurídicas para la implementación de las medidas propuestas dentro de las líneas estratégicas del Instrumento de Regionalización.
2. Puede la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- suscribir los convenios administrativos necesarios para la implementación de las medidas propuestas dentro de las líneas estratégicas del Instrumento de Regionalización, siempre que las circunstancias fácticas se adecuen a los postulados legales a los que deben sujetarse las entidades públicas en los temas de contratación estatal.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró: Julián David Benítez Rincón – Profesional Especializado OAJ – ANLA.