

Bogotá, D. C.,

28062

03 OCT 2014

**MEMORANDO**

**PARA: FERNANDO IREGUI MEJIA**  
Director General ANLA

**MARTHA ELENA CAMACHO**  
Asesora, encargada de la Subdirección de Evaluación y Seguimiento

**EDILBERTO PEÑARANDA CORREA**  
Asesor, encargado de la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

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

**Asunto: Solicitud de apoyo jurídico en materia de competencia de la ANLA frente a vías especialmente secundarias y terciarias**

En atención a la solicitud de aclaración sobre los apoyos jurídicos realizados por la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la ANLA, y dados algunos cuestionamientos que ya se venían presentando referentes al tema de competencia de esta autoridad frente a la regulación de vías especialmente las secundarias y terciarias relacionadas con los proyectos, obras o actividades que requieren la aprobación de licencia ambiental, así como la solicitud de aclaración remitida por la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales relacionados al Manual de Criterios Socioeconómicos para el Licenciamiento Ambiental en Proyectos, Obras y Actividades de Competencia de la ANLA (de ahora en adelante Manual de Criterios Socioeconómicos)<sup>1</sup>, en su punto quinto sobre tránsito y señalización vial, conforme a los interrogantes expuestos se presenta el presente apoyo jurídico, de la siguiente manera:

**1. Clasificación de la 'Red Nacional de Carreteras'**

Con el propósito de determinar la competencia de la ANLA respecto al tema de vías, es necesario abordar las funciones que tienen autoridades sobre la administración, gestión,

<sup>1</sup> Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). 2014. *Manual de Criterios Socioeconómicos para el Licenciamiento Ambiental en Proyectos, Obras y Actividades de Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales*. Bogotá D. C.: ANLA. [Versión 1.0 borrador].

manejo, control, políticas y exigencia en el cumplimiento de normas relacionadas con el transporte terrestre por carretera. Dentro de este análisis el primer elemento que debe observar es la clasificación en materia de vías que se ha efectuado sobre la Red Nacional de Carreteras, a partir del cual se establece la competencia de la Nación y de las entidades territoriales.

De acuerdo con la normatividad relevante, empezando por la Ley 105 de 1993, se observa la clasificación de la red nacional de carreteras según el artículo 11°, agrupados en tres categorías: 1) nacional, a cargo de la Nación constituido por el conjunto de las rutas cuyo origen y destino estén localizadas en diferentes departamentos dentro del perímetro nacional; 2) departamental, conformado por el conjunto de rutas cuyo origen y destino estén contenidos dentro de un mismo departamento; 3) distrital y municipal, comprendido por las vías en áreas urbanas, suburbanas y rurales y los distritos territoriales indígenas de la respectiva jurisdicción. En el numeral 1 del artículo 12 ibídem se establece la infraestructura de transporte por carretera que está a cargo de la Nación constituida por “la red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización” que, conforme a su finalidad, está comprendida por la infraestructura de su propiedad destinada a la “integración de las principales zonas de producción y consumo del País y de éste con los demás países” según la clasificación propia que ha sido establecida sobre las diferentes rutas.

Siguiendo el desarrollo normativo en ejercicio la facultad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1735 de 2001 a través del cual fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación y del Instituto Nacional de Vías (Invias) y se adopta el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras, conforme a la política que se había establecido en el Documento Conpes 3085 de 2000. Por medio de este Decreto 1735 de 2001, se realiza además una clasificación detallada de las carreteras de acuerdo con su referencia, ubicación geográfica y extensión. En el mismo sentido, la Ley 1228 de 2008 por medio de la cual se establecen las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional y se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras, en su artículo 1° reitera la clasificación desarrollada en la Ley 105 de 1993, denominando a cada categoría de primer orden (nacional), de segundo orden (intermunicipales) y de tercer orden (veredales), en equivalencia respectiva a las carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios; con la posibilidad de que el Ministerio de Transporte decida qué carreteras pertenecen a cada una de las categorías.



Figura 1. Mapa de la Red Nacional de Carreteras de Colombia  
 Fuente: (s. a.) (2010) (licencia creative commons)

Así por ejemplo, en la Figura 1 se encuentra el Mapa de la Red Nacional de Carreteras, mediante la cual se clasifica a la carretera panamericana y las carreteras principales dentro de las categorías nacional o de primer orden, las carreteras secundarias a la categoría departamental o de segundo orden y las carreteras transitables a la categoría distrital y municipal o de tercer orden. Por tanto, de acuerdo con esta primera revisión de normas, se establece la administración de las carreteras según cada una de las categorías: a cargo de la Nación están las vías principales o de primer orden, por parte de los departamentos las vías departamentales o de segundo orden y por parte de los municipios y distritos las vías municipales y distritales o de tercer orden, incluyendo la vías urbanas y rurales.

## **2. Competencia de las autoridades sobre la infraestructura que compone la 'Red Nacional de Carreteras'**

Siguiendo la normatividad precitada, se encuentra en ella misma la competencia de las diferentes autoridades en materia de gestión, manejo, control, políticas y exigencia en el cumplimiento de normas sobre la Red Nacional de Carreteras de acuerdo con cada una de las categorías anteriores. De manera general, la Ley 105 de 1993 establece en su artículo 2° como parte de los 'principios fundamentales' la 'intervención del Estado' frente a "la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas". En el artículo 5° ibídem se establece como competencia del Ministerio de Transporte el desarrollo de políticas generales y la regulación sobre el tránsito y el transporte.

### **2.1 Competencia general en materia de tránsito, transporte e infraestructura del transporte**

Conforme a la competencia establecida por el Decreto 087 de 2011, el objetivo fundamental del Ministerio de Transporte es "la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo" (artículo 1°). Allí mismo se establecen las competencias funcionales del Ministerio de Transporte en el artículo 2°, que son indispensables para determinar los límites de la autoridad ambiental frente a la regulación de las vías en cuanto a las medidas que puedan ser adoptadas a través del instrumento de manejo y control ambiental. En este artículo 2° del Decreto 087 de 2011, se establece como parte de las competencias del Ministerio de Transporte referidas al tema de carreteras las siguientes: (2.2) formular las políticas del Gobierno Nacional en materia de transporte, tránsito y la infraestructura; (2.4) formular la regulación técnica en materia de tránsito y transporte en carretera; (2.5) formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte; (2.7) fijar y adoptar la política, planes

y programas en materia de seguridad en los diferentes modos de transporte y de construcción y conservación de su infraestructura. Adicionalmente las funciones que debe desarrollar el Viceministerio de Infraestructura y su Dirección de Infraestructura respecto a la planeación, coordinación, control y evaluación de las “políticas, planes, programas y proyectos de asistencia técnica en el área de la construcción de obras y de infraestructura física en el sector transporte” (artículo 12, numeral 12.3).

Específicamente sobre la funciones y responsabilidad en materia de construcción y conservación de la infraestructura relacionada con el transporte, la Ley 105 de 1993 hace referencia a la “Nación y las Entidades Territoriales” quienes tienen a cargo “la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad” (artículo 19°). Respecto a “la planeación de su respectiva infraestructura” confiere competencia al Ministerio de Transporte, al Instituto Nacional de Vías (Invias) (Decreto 2056 de 2003), a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) (Decreto 4165 de 2011) y a las Entidades Territoriales (artículo 20 ibídem y artículos 2° y 3° del Decreto 2976 de 2010 sobre la competencia sobre las fajas mínimas, áreas de exclusión o reserva de las carreteras incluyendo los pasos urbanos). Las competencias aquí señaladas están referidas de manera concordante con las disposiciones del artículo 11° de la Ley 105 de 1993 sobre la clasificación de la Red Nacional de Carreteras y de lo contenido en el artículo 1° de la Ley 1228 de 2008 entre las categorías 1) nacional o de primer orden; 2) departamental o de segundo orden y 3) distrital y municipal o de tercer orden. Adicionalmente en esta última Ley 1228 de 2008 se establece la competencia de los municipios a través de los alcaldes para cuidar y preservar las áreas de exclusión que han sido declaradas como franjas de interés público sobre las carreteras del sistema vial nacional según lo determinado en los artículos 3° y 9°, siendo éstas mismas autoridades municipales quienes otorgarán permisos sobre las áreas en las que se pretendan desarrollar obras relacionadas con accesos y servicios públicos, sin perjuicio de las demás autorizaciones que concedan otras autoridades como las licencias ambientales (parágrafo 2° del artículo 1° ibídem, modificado por el artículo 55 de la Ley 682 de 2013). Y en el mismo sentido el artículo 10° del Decreto 2976 de 2010 reitera la obligación por parte de los alcaldes municipales y demás autoridades de policía de garantizar la protección del espacio público de las fajas de retiro obligatorio o áreas de reserva o de exclusión de la Red Vial Nacional, para lo cual podrán adelantar los procedimientos administrativos y/o judiciales que sean necesarios.

Se resalta sobre la competencia de Invías, su función de ejecutar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura ‘no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria’ así como de ‘elaborar y ejecutar’ los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia como lo establece el Decreto 2056 de 2003 (especialmente los artículos 1° y 2°, numerales 2.2 y 2.14). Y en cuanto a la competencia de la ANI, su objetivo es “planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar,

administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional” (artículos 3° y 4° del Decreto 4165 de 2011).

Respecto a la definición y características de infraestructura del transporte la Ley 1682 de 2013, en sus artículos 2° y 3° determinan que ha de entenderse en primer lugar, como infraestructura del transporte el “sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”; y en segundo lugar, sobre sus características indica que deberá ser: i) inteligente, ii) eficiente, iii) multimodal, iv) seguro, v) de acceso a todas las personas y carga; vi) ambientalmente sostenible; vii) adaptada al cambio climático tanto a nivel de vulnerabilidad como de mitigación de sus impactos generados, y viii) encaminada a facilitar y hacer posible el transporte.

En la Ley 1682 de 2013 además, se establecen una serie de medidas y procedimientos que deben ser tenidos en cuenta por los proyectos de infraestructura en su fase de construcción, mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento respecto a la licencia ambiental tramitada ante la autoridad ambiental competente. En otros apartes de esta ley, se destaca la obligación por parte de las “entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte” de “identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia” de los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas dentro del área de influencia directa e indirecta del proyecto [...]” (artículo 7°). También se determina la necesidad de aplicar en este tipo de proyectos el principio de ‘sostenibilidad ambiental’ siguiendo las disposiciones de la legislación ambiental y de la aprobación de licencia ambiental incluidos los términos de referencia genéricos y específicos ante la ANLA o autoridad ambiental competente según las particularidades del caso (artículo 8°).

En lo relativo a las diferentes etapas de planeación como son estudios de ingeniería, prefactibilidad, factibilidad y estudios definitivos, se establece bajo la norma, el deber de incluir las variables ambientales de acuerdo con las guías y manuales expedidos por el Ministerio de Ambiente en coordinación con la ANLA siguiendo los procedimientos allí descritos respecto a la gestión ambiental, la modificación a la licencia ambiental y el cumplimiento de la consulta previa con comunidades étnicas cuando sea necesario (artículos 39, 40, 41 y 45 ibídem). En la regulación normativa de la Ley 1682 de 2013 se destacan dos elementos considerados relevantes frente a la licencia ambiental que

deben ser tenidos en cuenta para la realización de los proyectos de infraestructura de transporte: 1) en cuanto a las obras que deben ser desarrolladas ante la declaratoria de emergencia por parte el Gobierno Nacional, la obligación de la autoridad ambiental de responder inmediatamente la solicitud de la entidad competente sobre la necesidad de obtener o no licencia, permisos o autorizaciones ambientales; y 2) la exclusión sobre el requisito de obtener licencia ambiental para el desarrollo de los proyectos de infraestructura relacionados con el mantenimiento, rehabilitación o mejoramiento de la red vial nacional, aunque aclarando su interpretación según lo dispuesto en el Decreto 769 de 2014 el cual establece la “listan las actividades de mejoramiento en proyectos de infraestructura de transporte” y el Decreto 770 de 2014 “por el cual se establece el listado de cambios menores o ajustes normales en proyectos del sector de infraestructura de transporte que cuenten con licencia o su equivalente” ambos reglamentarios de la Ley 1682 de 2013, dentro de los cuales se prevé para aquellas situaciones, la necesidad de tramitar y obtener previamente el respectivo permiso, concesión o autorización de acuerdo a la normatividad ambiental vigente por parte del interesado, cuando se requiera el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables. También tendrán que observarse los lineamientos de interpretación que se han generado desde la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (UAESPNN) y desde la ANLA a través de su Oficina Asesora Jurídica (OAJ) respecto a las áreas protegidas del SPNN<sup>2</sup>.

## ***2.2 Competencia en materia de señalización vial, regulación del transporte y limitación al uso de las vías públicas***

La regulación del transporte, se encuentra definida dentro del artículo 1° del Decreto 087 de 2011, como competencia exclusiva del Ministerio de Transporte, designando funciones específicas al Viceministerio de Transporte sobre la “planeación, formulación de las políticas, estrategias y estudios relacionados con los servicios de transporte y tránsito, la logística, la seguridad vial y los sistemas inteligentes de transporte, orientado al desarrollo económico y social que requiere el país” (artículo 13 ibídem). Asimismo, en relación a las competencias de regulación del transporte terrestre por carretera, se incluye el apoyo técnico prestado por la Dirección de Tránsito y Transporte en coordinación con el Despacho del Viceministerio de Transporte, a fin de desarrollar la planeación, dirección, coordinación, control y evaluación de la “ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la gestión del transporte, tránsito y seguridad”. De manera adicional, se citan los Decretos 087 de 2011 y 173 de 2011 en su calidad de normas reglamentarias en materia de transporte terrestre automotor de carga, por medio de las cuales se identifica la competencia del Ministerio de Transporte,

<sup>2</sup> Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia (OAJ-UAESPNN). 2014. *Memorando 20131300097883 del 16 de enero de 2014*. Bogotá D. C.: OAJ-UAESPNN. Oficina Asesora Jurídica de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (OAJ-ANLA). 2014. *Memorando 4120-3-27041 del 27 de mayo de 2014*. Bogotá D. C.: OAJ-ANLA. Es necesario tener en consideración los argumentos expuestos en estos memorandos, frente a las actividades dentro de las áreas protegidas del SPNN, relacionadas a los proyectos de rehabilitación y mantenimiento de obras viales, reconocimiento de fajas mínimas de carreteras y límites de emergencia vial.

incluyendo las exigencias frente a las autorizaciones y las investigaciones por desconocimiento normativo adelantadas ante la Superintendencia de Puertos y Transporte por expresa delegación de funciones establecidas en el Decreto 2741 de 2001. En el mismo sentido el artículo 78 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (CNTT) (Ley 769 de 2002), sobre regulación del transporte automotor de carga, dispone que las autoridades de tránsito (Ministerio de Transporte, Departamentos, Municipios, Policía de Tránsito etc.) definirán las zonas y los horarios para el cargue o descargue de mercancías.

De otro lado, frente a las medidas de señalización vial, el artículo 5° del CNTT, modificado por el artículo 3° de la Ley 1383 de 2010, establece esta competencia como parte del Sector Transporte: 1) del Ministerio de Transporte para reglamentar las características técnicas de la 'demarcación y señalización' de toda la infraestructura vial según las disposiciones de las Resoluciones 1050 de 2004 y 1236 de 2013 en las que se adoptó y modificó el "*Manual de Señalización Vial - Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia*", 2) de los organismos de tránsito de la respectiva jurisdicción, quienes son los competentes y responsables frente a la exigencia de 'aplicación y cumplimiento' de dichas normas y reglamentos en materia de señalización vial (artículo 5° del CNTT), teniendo la obligación de la "colocación y el mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control del tránsito, que serán determinadas mediante estudio que contenga las necesidades y el inventario general de la señalización en cada jurisdicción" (parágrafo 1° del artículo 115 ibídem); y 3) de los entes adscritos al Ministerio de Transporte, que en el caso de Inviás por mandato expreso del artículo 2° numerales 2.12 y 2.13 del Decreto 2056 de 2003, hacen parte de sus facultades la concesión de "permisos para la construcción de accesos, instalación de tuberías, redes de servicios públicos, canalizaciones, obras destinadas a la seguridad vial y traslado de postes en la infraestructura a cargo del Instituto", incluyendo la definición sobre "las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso"; y en el caso de la ANI según los numerales 15 y 16 del Decreto 4165 de 2011, que refieren al desarrollo de sus función el ejercicio de las potestades y realización de "acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo", lo cual es importante para "proteger el interés público, de conformidad con la ley" mediante la supervisión, evaluación y control del "cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales". Y en esta medida, se tratará de una obligación exigible a todos los organismos de tránsito y autoridades competentes para que puedan ser aseguradas las medidas dentro de los contratos "de construcción, pavimentación o rehabilitación de una vía urbana o rural" incluidas la demarcación vial correspondiente (parágrafo 2° del artículo 115 del CNTT).

Siguiendo estas normas, en el "*Manual de Señalización Vial*" expedida por el Ministerio de Transporte, se indica de manera expresa que dichas medidas hacen parte del desarrollo de "sus políticas de seguridad vial" y de la "regulación del tránsito", en el sentido de que constituyen la "*guía y material de consulta para los usuarios de las calles, carreteras y ciclorrutas del país, para las entidades responsables de la infraestructura vial y las autoridades de tránsito nacionales, departamentales, distritales y municipales, para profesionales de la ingeniería vial, constructores, consultores, interventores y proveedores de materiales de señalización, así como para las entidades educativas que contemplan dentro de sus programas los temas aquí tratados como apoyo fundamental en la formación académica*". Y al final se determina que "*las señales de tránsito serán instaladas, únicamente, por las entidades oficiales responsables de la vía, por las autoridades que tengan delegada esta función o por quienes tengan una autorización legal previa para hacerlo*" y que "*en ningún caso la señal o su soporte podrán llevar mensajes diferentes a los previstos en este Manual*" con la consecuencia que "toda señal no autorizada, no esencial o que no cumpla con las especificaciones contenidas en este Manual, que sea colocada en la acera o derecho de vía" tenga que "ser retirada por la autoridad competente"<sup>3</sup>.

En este sentido es correcto afirmar, como lo indica el Manual de Criterios Socioeconómicos en su punto 3.8.2 "*Señalización en vías de uso del proyecto*", que la ANLA no es competente para establecer medidas de señalización vial, pues los proyectos, obras o actividades que son objeto de licencia ambiental igual que aquellos que no están sometidos a la aprobación del instrumento de manejo y control, tendrán que cumplir por iniciativa propia, las normas y reglamentos que han sido expedidos por el Ministerio de Transporte sobre la materia, junto a las demás medidas que puedan ser adoptadas por los organismos de tránsito de la respectiva jurisdicción a fin de asegurarán para su total aplicación y cumplimiento. En suma, la ANLA tendrá que abstenerse de tomar esta serie de medidas encaminadas a controlar, "*autorizar, regular, y supervisar este tipo de actividades*" que son exclusivas de las autoridades de tránsito, quienes además debe contemplar las medidas complementarias frente a intervenciones en la vía pública que no estén reglamentadas de manera taxativa en el reglamento<sup>4</sup>.

Por otra parte, en lo relacionado con las limitaciones al uso de vías públicas, las competencias recaen en el Sector Administrativo del Transporte, y en materia de vías del segundo orden y tercer orden en las 'Entidades Territoriales' en cabeza de las autoridades departamentales, municipales y/o distritales. Esta competencia surge del artículo 3° del CNTT referida a las autoridades de tránsito, en las que se incluyen el Ministerio de Transporte, los Gobernadores y los Alcaldes, siendo importante el artículo 119 ibídem, según el cual "sólo las autoridades de tránsito, dentro del territorio de su jurisdicción, podrán ordenar el cierre temporal de vías, la demarcación de zonas, la

<sup>3</sup> Ministerio de Transporte. 2004. 2013. *Manual de Señalización Vial - Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia*. Bogotá D. C.: Ministerio de Transporte. pp. 3 y 11.

<sup>4</sup> ANLA, op. cit. 2014, p. 12.

colocación o retiro de señales, o impedir, limitar o restringir el tránsito o estacionamiento de vehículos por determinadas vías o espacios públicos<sup>5</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), se ha hecho referencia precisamente sobre las limitaciones por parte de las autoridades administrativas sobre los bienes destinados al uso del espacio público dentro del cual se encuentran las vías de transporte terrestre. En la Sentencia C-568 de 2003, la CCC analizó uno de los cargos de la norma del CNTT, ante lo cual concluyó como válida la competencia del legislador para determinar los parámetros de actuación de la administración en cuanto a las limitaciones al uso de las vías públicas, conforme a la temporalidad de las medidas de las autoridades regionales y locales que implique 'adiciones o modificaciones' al CNTT desde el punto de vista de la interpretación constitucional que ella misma ha adelantado con anterioridad<sup>6</sup>:

*"[...] La regulación razonable del espacio público que puede ser constitucionalmente legítima varía, entonces, según las circunstancias de cada caso y, ante esta contingencia, no se le puede imponer al legislador que defina de manera detallada qué ha de hacerse en cada situación. Además, el respeto a la autonomía de las autoridades locales y la naturaleza técnica de varias determinaciones administrativas relativas al espacio público, apuntan en la misma dirección de admitir que el legislador no se ocupe en detalle de esta materia, sino que señale criterios relativos tanto a las limitaciones que serían razonables como al grado de incidencia transitorio sobre el espacio público que sería aceptable.*

*De esta forma las autoridades administrativas competentes disponen de un margen para expedir regulaciones que preserven el espacio público. No obstante, dicho margen no puede ser ilimitado y absoluto. Varias razones de orden constitucional impiden que así sea. Primero, como la protección del espacio público se encuentra estrechamente vinculada al ejercicio y goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que constituyan el marco legal de la actuación de las autoridades administrativas. Segundo, como la regulación administrativa del espacio público ha de regirse por el principio de legalidad, la ausencia de criterios legales genera un riesgo de arbitrariedad en desmedro de los valores que inspiran un Estado Social de Derecho. Tercero, la falta de parámetros que guíen la acción administrativa conduce a que el juez de lo contencioso administrativo carezca de referentes normativos objetivos para controlar la legalidad de los actos administrativos que regulen el espacio público. Cuarto, el principio de separación de poderes impide que el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción.*

<sup>5</sup> Para efectos de la competencia de las funciones de restricción al uso de las vías, debe tenerse en cuenta la definición del CNTT, sobre las 'autoridades de tránsito' del artículo 3º modificado por el art. 2, Ley 1383 de 2010, es decir, el Ministerio de Transporte, los Gobernadores, los Alcaldes, los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o distrital, la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de policía de tránsito urbano y policía de carreteras, los Inspectores de Policía, los Inspectores de Tránsito, Corredores o quien haga sus veces en cada ente territorial, la Superintendencia General de Puertos y Transporte, las fuerzas militares para ejecutar la labor de regulación del tránsito, en aquellas áreas donde no haya presencia de autoridad de tránsito y los agentes de Tránsito y Transporte.

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia (CCC), 2003. Sentencia C-568 de 2003 [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º y 119 parciales y el párrafo 3º del artículo 6º de la Ley 769 de 2002]. Bogotá D. C.: CCC.

*Por estas razones, así como el legislador no puede dejar de sentar unos parámetros, así éstos consistan en unos lineamientos generales que orienten la actuación de la administración en materia de espacio público, tampoco puede exigírsele que él mismo regule en detalle una materia esencialmente variable según las circunstancias fácticas, cuya regulación concreta obedece a consideraciones de orden técnico y compete a autoridades administrativas, en principio, locales [...]*<sup>7</sup>.

En consecuencia, la CCC en la Sentencia C-568 de 2003 referida anteriormente, reconoce entre sus argumentos: 1) que la autonomía territorial debe regirse por los mandatos de la Constitución y la ley siendo aplicada al servicio público del transporte (disposiciones constitucionales como el artículo 315 sobre defensa del espacio público a cargo de los Alcaldes, el artículo 365 sobre la prestación, regulación, control y vigilancia de los servicios públicos); 2) que por mandato de los artículos 298, 300-1 y 2, 311 y 313-1 constitucionales, se confiere a los departamentos y municipios competencias en materia de reglamentación sobre los servicios públicos, así como en el caso del artículo 313-7 que determina la función de los municipios para reglamentar los usos del suelo especialmente en lo relacionado con el uso del espacio público; 3) que las autoridades departamentales y municipales pueden expedir reglamentaciones en materia del CNTT que se ajusten a la Constitución y la ley según los principios de jerarquía normativa, coordinación, concurrencia, subsidiariedad, pero nunca adiciones o modificaciones que desconozcan estos principios o que vayan en contravía de las disposiciones de carácter superior; y 4) que las autoridades de tránsito definidas en el artículo 3° del CNTT son las únicas dentro del "territorio de sus respectivas jurisdicciones, las que tendrán la posibilidad de ordenar el cierre temporal de vías, la demarcación de zonas, la colocación o retiro de señales, o impedir, limitar o restringir el tránsito o estacionamiento de vehículos por determinadas vías o espacios públicos" constituyéndose en "medidas de policía destinadas al control del tránsito cuyo ejercicio debe entenderse lógicamente supeditado a los principios rectores que el mismo Código establece [...] y a las sujeciones jerárquicas a las que las autoridades referidas se encuentren sometidas". Las medidas tendrán además que sujetarse al principio de legalidad administrativa, incluyendo no sólo las disposiciones de la Constitución y la Ley sino también de las decisiones de los Concejos Municipales en materia de uso del suelo y ordenamiento del territorio, pero aclarando que estos órganos de representación no desempeñan funciones de autoridad de tránsito<sup>8 9 10</sup>.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2002. *Sentencia C-265 de 2002 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 64, parcial, de la Ley 675 de 2001]*. Bogotá D. C.: CCC.

<sup>8</sup> CCC, op cit. 2003, *Sentencia C-568 de 2003*.

<sup>9</sup> En relación al principio de 'legalidad administrativa' su definición refiere a que el ejercicio del poder público así como las decisiones de las autoridades debe someterse a las disposiciones constitucionales y al imperio de la ley. Se refiere aquí específicamente al 'principio de legalidad administrativa', que exige a la administración pública, incluidas las autoridades ambientales, actuar legítimamente de acuerdo a los mandatos de la Constitución Política, las leyes y los decretos reglamentarios.

<sup>10</sup> García-Enterria, E. 2004. *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: S. L. Sobre el principio de 'legalidad administrativa', de acuerdo con el autor, se considera legítima la actuación de la administración pública, cuando la autonomía de su voluntad se adecúa a una previsión normativa actual.

Presentados todos estos argumentos, según lo establecido por el Manual de Criterios Socioeconómicos en su punto 3.8.1 referente al “Tránsito en vías de uso del proyecto”, está claro que la ANLA no tiene competencia para impedir, limitar o restringir el tránsito por las vías públicas pues ella no está definida como una autoridad de tránsito, lo cual corresponde exclusivamente a las señaladas en el artículo 3° modificado por el art. 2, Ley 1383 de 2010<sup>11</sup>. Según lo expresa textualmente de la siguiente forma:

*“En relación con el uso de las vías, es preciso aclarar que no es competencia de la ANLA establecer obligaciones orientadas a la restricción sobre el tránsito de vehículos ni el transporte de cualquier tipo de material o sustancia en las vías públicas de ninguna categoría, ni restringir o regular el tráfico de ningún tipo en las vías primarias, secundarias ni terciarias por cuenta de la operación (sobrecarga de la vía, deterioro de las condiciones físicas de las mismas, etc.), ya que el diseño, trazado y construcción de las mismas está sujeto a las especificaciones técnicas de las autoridades competentes en materia de capacidad de carga de las vías y operación de las mismas”<sup>12</sup>.*

Sin embargo, lo anterior no es óbice para que la ANLA así como las CAR y CDS, dentro de su competencia como autoridades ambientales en el plano nacional y regional, imponga las medidas de manejo y control que sean adecuadas y proporcionales para prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos generados por los proyectos de construcción de la infraestructura del transporte. Por tanto, en interpretación concordante con la jurisprudencia de la CCC, las autoridades de tránsito especialmente las departamentales y municipales, tendrán que tener en cuenta dentro de sus competencias, las medidas de manejo y control que establezca la ANLA, conforme al principio enunciado anteriormente de ‘legalidad administrativa’, como quiera que su competencia se desarrolla a partir de disposiciones constitucionales definidas en los artículos 7°, 8°, 58°, 63°, 79, 80 y 333, en las disposiciones legales contenidas en el artículo 5° numeral 15, en los artículos 49 a 52 de la Ley 99 de 1993 en el Decreto 2820 de 2010, y del Decreto 3573 de 2011 y, en materia de evaluación de impactos ambientales sobre bienes de uso público.

De manera concreta sobre las consideraciones hechas en el punto 3.8.1 del Manual de Criterios Socioeconómicos, se observa que estas no corresponden específicamente al análisis de las competencias de la ANLA sobre restricciones o prohibiciones al tránsito en vías de uso de los proyectos objeto de licencia ambiental, sino más bien, al análisis de los impactos ambientales que se encuentran asociados a la utilización de las vías, que por considerarlo un punto esencial tendrá que ser abordado en detalle en el acápite tercero.

<sup>11</sup> ANLA, op. cit. 2014

<sup>12</sup> ANLA, op. cit. 2014, p. 12

### **2.3 Competencia en materia de tasas, tarifas y peajes**

Ahora en cuanto a la regulación de los instrumentos de tasas y tarifas para el recaudo de recursos destinados a la construcción y conservación de la infraestructura de transporte, el artículo 21 de la Ley 105 de 1993 modificado parcialmente por el artículo 1° de la Ley 787 de 2002, indica que “para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el Presupuesto Nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo”, para lo cual “[...] la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte”. Esa fijación de tasas o tarifas estará sujeta a la aplicación de los principios establecidos en este mismo artículo 21 por parte de la autoridad competente, es decir, bajo los criterios de proporción a las distancias recorridas, características de los vehículos, costos de operación y equidad fiscal a fin de asegurar que dichos ingresos puedan garantizar el mantenimiento, operación y desarrollo mismo de dicha infraestructura.

Aunque debe aclararse que en todo caso, la competencia funcional sobre la materia reside en el Ministerio de Transporte según lo dispuesto en el Decreto 087 de 2011, en el artículo 1°, en el numeral 2.5 del artículo 2° y en el numeral 6.4 del artículo 6° conforme a lo cual corresponde a esta autoridad “formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte”. También en el artículo 6° ibidem numerales 6.14. y 6.15, en el cual se establece como competencia del Ministerio de Transporte y en particular al Despacho del Ministro “emitir, en su calidad de suprema autoridad del Sector Transporte y del Sistema Nacional de Transporte, concepto vinculante previo al establecimiento de los peajes que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación, los departamentos, distritos y municipios” así como “establecer los peajes, tarifas, tasas y derechos a cobrar por el uso de la infraestructura de los modos de transporte [...]”. En el mismo sentido se infieren las funciones de la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte la cual tendrá que “elaborar las propuestas para establecer fórmulas y criterios en materia tarifaria y de localización de las estaciones de peajes”.

Otras normas relevantes en materia de peajes, se relacionan con la función de Inviás para efectuar el recaudo de estos ingresos y de los demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial no concesionada, conforme a lo dispuesto por el numeral 2.6 del artículo 2° del Decreto 2056 de 2003; y de la ANI respecto a su función de “elaborar los estudios para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización y otras modalidades de retribución por el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura relacionada con los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo”, e igualmente de la presentación de la propuesta sobre las “las tarifas de peajes y tasas a cobrar por el uso

de las áreas e infraestructura de transporte” y de la solicitud de concepto vinculante para la instalación de casetas de peajes al Ministerio de Transporte, según lo determina el numeral 5 del artículo 4°, y los numerales 14 y 15 del artículo 11 del Decreto 4165 de 2011.

En el análisis concreto sobre los criterios establecidos en el Manual de Criterios Socioeconómicos dentro del ítem 3.9 “Cobro y localización de peajes (Vías de uso del proyecto)”, como se observó anteriormente, se reitera la conclusión respecto a la falta de competencia por parte de la ANLA para “imponer condiciones ni restricciones para la ubicación de casetas y pagos de peajes, ni tampoco sobre la destinación de los recursos recaudados”, por lo tanto “las entidades competentes se encargarán de que el usuario cumpla con los requerimientos establecidos” y en esta medida, “no debe generarse ninguna obligación al respecto”<sup>13</sup>.

Por otra parte se resalta el hecho de que estos instrumentos puedan ser utilizados en el futuro a través de una eventual reglamentación por parte del Gobierno en cabeza del Ministerio de Transporte, de manera similar a lo acontecido con el Decreto 2883 de 2013 que fijó “los criterios para la determinación de las áreas de alta congestión, de alta contaminación, o de infraestructura construida o mejorada para evitar congestión urbana”, aunque aclarando siempre que se trataría de una competencia exclusiva de las autoridades del Sector Transporte según normatividad precitada, y no de la ANLA.

### **3. Competencia de la ANLA frente a los impactos ambientales negativos ocasionados por la utilización de vías públicas y carreteras**

Diferentes estudios demuestran que la utilización de las vías por el transporte en carreteras vinculado a proyectos sujetos a instrumentos de manejo y control en distintos países, como la evaluación de impacto ambiental (*environmental impact assessment*) o la evaluación de impactos del tráfico y el transporte (*traffic and transport impact assessment*), tiene una gran repercusión en la generación de efectos sobre el ambiente, los cuales, ya no pueden ser apreciados de manera aislada y localizada, sino que deben ser vistos integralmente según el grado de incidencia en el ámbito social y ecológico, enfatizando siempre en las comunidades afectadas<sup>14 15</sup>.

<sup>13</sup> ANLA, op. cit. 2014, p. 13.

<sup>14</sup> Tsunokawa, K. y Hoban, C. 1997. *Roads and the environment, A handbook*. Washington D. C: Banco Mundial (BM). Este libro está enfocado a la planeación, construcción y rehabilitación de infraestructura de carreteras, aunque indicando en todo caso la incidencia que tiene la utilización de las mismas en relación con los impactos ambientales negativos que se producen. The State of Queensland (TSQ). 2006. *Guidelines for assessment of road impacts of development*. Brisbane: TSQ.

<sup>15</sup> Tomlinson, P.; Calderón E. J.; Nemaniute, J.; O'Mahony, T. 2006. Impact scoring and aggregation. En: *Integrated assessment of environmental impact of traffic and transport infrastructure*. Bruselas: Cost Office. La metodología de evaluación de impacto del tráfico y transporte (*traffic and transport impact assessment*) es un instrumento de planeación, seguimiento y control establecido por algunos países de la Unión Europea, en relación a los impactos ambientales que pueden ser generados por actividades de transporte e infraestructura del transporte que requieren de la aprobación del instrumento de manejo y control ambiental por sus efectos significativamente adversos, los cuales son conocidos por las autoridades ambientales y/o por las autoridades de tránsito con base en la aplicación de guías y directrices previamente establecidas.

Según la definición de impactos ambientales que ha sido desarrollada en las metodologías descritas, se trata de “cualquier alteración en el sistema ambiental físico, químico, biológico, cultural o socio-económico que puede ser atribuida” a las actividades del transporte sobre las cuales se presentan “alternativas en estudio para satisfacer las necesidades de un proyecto”<sup>16</sup>. Las conclusiones a las cuales se ha llegado en el desarrollo de estas metodologías, es que “todo proyecto de transporte tiene un impacto ambiental, el cual es provocado tanto por la infraestructura, que puede generar una segregación espacial, un impacto visual o modificar el uso del suelo, como por la operación, que provoca efectos sobre la calidad de vida de la población, a través de la generación de ruidos, vibraciones, accidentes y contaminación del aire y del agua”<sup>17</sup>.

Esto quiere decir, que dentro del tema objeto de consulta, el transporte de carga devendrá inevitablemente en la generación de impactos ambientales negativos y por lo tanto se advierte como necesaria la imposición o exigencia de medidas de manejo y control ambiental que estén encaminadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar dichos efectos. Según los estudios citados, la lista de impactos ambientales más comunes asociados a la utilización de las vías e infraestructura del transporte son: la contaminación atmosférica y acústica, la generación de residuos, la desestabilización del suelo, el vertimiento de aguas residuales, la afectación a ecosistemas en sus elementos de la flora y fauna, así como otra serie de impactos sociales que deben ser tenidos en cuenta respecto a la división de la comunidad, el incremento de riesgos, los efectos sobre la salud, la afectación al patrimonio cultural, las afectación a las actividades económicas tradicionales, etc.<sup>18</sup>

Por tanto, ante este escenario se observa la necesidad de adoptar acciones a través de los diferentes instrumentos manejo y control, con la posibilidad de incluir las metodologías de evaluación de impacto ambiental de los estudios internacionales sobre carreteras. Pero aclarando que dichos parámetros o lineamientos deben corresponder estrictamente con los desarrollos de la legislación en cada uno de los países. En esta misma lógica, se observa la aplicación de los instrumentos de manejo y control ambiental que han sido desarrollados en el ordenamiento jurídico interno de Colombia, que para el caso en concreto tendrían que remitirse a las autorizaciones de la licencia ambiental, según la definición establecida en los artículos 49, 50 y 51 de la Ley 99 de 1993, el Decreto 3573 de 2011 y el Decreto 2820 de 2010 en especial su artículo 3°, incluyendo como parte del alcance de dichas medidas a los aspectos que se encuentren relacionados a la aplicación del criterio de ‘unidad de proyecto’.

<sup>16</sup> Canter, L. 1997. Cumulative effects and other analytical challenges of NEPA. En: Clark, E. y Canter, L. (eds.) *Environmental policy and NEPA: Past, present, and future*. pp. 115–137. Delray Beach: St. Lucie Press.

<sup>17</sup> Echeverría, M. 2002. *Competencia y complementación de los modos carretero y ferroviario en el transporte de cargas: Síntesis de un seminario*. Santiago de Chile: Cepal.

<sup>18</sup> Tsunokawa y Hoban op. cit. 1997 y Tomlinson et al., op. cit. 2006, incluso puede analizarse la generación de otros impactos ambientales ocasionados como consecuencia del deterioro mismo de la infraestructura de carreteras.

Aquí es indispensable hacer precisión sobre los límites de la licencia ambiental en relación al manejo y control de los impactos ambientales dentro de la 'unidad de proyecto', esto es, a los impactos directos que son generados por la actividad, conforme la conceptualización establecida por el ordenamiento jurídico interno de actividades que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje (artículo 3° del Decreto 2820 de 2010). En otras palabras, el criterio de 'unidad de proyecto' remite a los límites de la licencia ambiental como instrumento de manejo y control exclusivo de los 'impactos directos' de un determinado proyecto, obra o actividad (según las exigencia del artículo 8° ibídem que requieren autorización por parte de la autoridad ambiental).

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante aclarar que las actividades del transporte, son unidades de proyecto diferentes que tienen instrumentos de manejo y control propios desarrollados de manera autónoma e independiente para las actividades de construcción y operación de carreteras. Aquí debe realizarse una diferenciación sobre los dos tipos de actividades a fin de establecer las competencias específicas por parte de las autoridades públicas. Sobre los impactos ambientales en la construcción de carreteras, estas se remiten a las competencias asumidas por las autoridades ambientales tanto la ANLA frente a las carreteras primarias, como las CAR y CDS frente a las carreteras secundarias y terciaras, ambas en relación las medidas de manejo y control encaminadas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos generados por el transporte de un proyecto objeto de licencia ambiental, según el numeral 8.1 del artículo 8° y el numeral 7 del artículo 9° del Decreto 2820 de 2010, cuyo titular del proyecto es el Departamento o el municipio.

Por otra parte, como se deduce de estas mismas disposiciones normativas, el "transporte" no es una actividad que requiera aprobación de licencia ambiental, y por lo tanto, debe remitirse a otros instrumentos de regulación sobre el uso de las vías públicas como los permisos por parte de las autoridades del Sector Administrativo del Transporte quienes tienen a su cargo la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades vinculadas así como la construcción y conservación de la infraestructura, específicamente el Ministerio de Transporte junto a los entes adscritos Inviás y ANI en relación a las carreteras primarias y de las entidades territoriales frente a las carreteras secundarias y terciarias.

De este modo, la licencia ambiental como instrumento de manejo y control se refiere únicamente a las actividades previas de construcción de carreteras incluyendo la infraestructura asociada a éstas como puentes, segundas calzadas y túneles con sus accesos, pero no como un instrumento de regulación sobre las actividades de utilización de infraestructura ya existente. Al respecto, existen otros instrumentos para hacer frente a los impactos ambientales y al deterioro de las vías ocasionado por las actividades del transporte. Así por ejemplo, las vías secundarias y terciaras que son aquellas en las cuales se presentan mayor grado de afectación, riesgo y deterioro por la utilización de

transporte de carga, que en comparación con las carreteras de primer orden a cargo del Ministerio de Transporte, de Inviás y la ANI, no cuentan con los mismos niveles de inversión del presupuesto e ingresos provenientes de instrumentos como el cobro de tarifas y peajes destinados a su rehabilitación, mantenimiento y mejoramiento. En este caso, los municipios y departamentos son las autoridades que deben generar las iniciativas de los proyectos para la construcción y conservación de la infraestructura del transporte en el ámbito de las carreteras terciarias y secundarias a través de actividades de construcción, mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento (cada una de estas actividades definidas en el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013).

Particularmente, sobre la construcción y mejoramiento de las vías secundarias y terciarias, la iniciativa surge a partir de la declaratoria de afectación de utilidad pública de los predios por parte de la autoridad competente, obligando a los propietarios a soportar las cargas en el proceso de gestión y adquisición predial señaladas en los artículos 19 y 20 de la Ley 1682 de 2013, en concordancia con los procedimientos establecidos “en las Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012”. Por tanto, la utilización de las vías en actividades de transporte relacionada con los proyectos que requieren de la aprobación de licencia ambiental por parte de la ANLA, no puede derivar en la imposición de medidas u obligaciones a los titulares de proyectos respecto al mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento o construcción de carreteras, pues existen unos procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para tales actividades en los cuales además se establece el requerimiento del instrumento de manejo y control ambiental por parte de las autoridades ambientales regionales CAR y CDS, mediante los cuales se impide que los responsables de los proyectos puedan construir y adaptar libremente a su criterio la vía pública. Para el caso específico de los proyectos de hidrocarburos, la identificación de impactos que se ocasionen por la utilización de vías internas, corresponderán a las medidas que han sido definidas legalmente en el artículo 9º del Código de Petróleos (Decreto-Ley 1056 de 1953) y en el procedimiento de la Ley 1274 de 2009 en cuanto a las servidumbres impuestas a los predios.

En consecuencia, las actividades que requieren de la aprobación de licencia ambiental por parte de la ANLA, se constituyen en unidades de proyecto diferentes a la construcción de carreteras o a las actividades relacionados con la utilización de la infraestructura del transporte, por lo tanto, debe concluirse que en cada una de ellas es necesaria una regulación autónoma a través de instrumentos de manejo y control ambiental propios o de permisos por parte de las autoridades del Sector Transporte, ya que según la legislación actual no se contempla la posibilidad de integración de diferentes instrumentos (así por ejemplo, el artículo 5º del Decreto 769 de 2014 establece la necesidad previa de obtener los permisos, concesiones o autorizaciones incluso en los casos de mejoramiento de la infraestructura el transporte que no requieren licencia ambiental).

Conforme a esto, frente al análisis efectuado, no es correcto afirmar que la ANLA deba efectuar la imposición de medidas de manejo y control ambiental respecto al uso del infraestructura del transporte específicamente carreteras terciarias por parte de los proyectos que requieren licencia ambiental, ya que se excederían la competencia funcional que es exclusiva de las Autoridades Ambientales Regionales, siendo éstos los únicos competentes para exigir las medidas de uso de la infraestructura encaminadas a asegurar las condiciones ambientales propicias por parte de las empresas. Por tanto, se advierte el desconocimiento de estos criterios por parte del Manual de Criterios Socioeconómicos al establecer medidas del uso de la infraestructura del transporte asumidas como competencia de la ANLA, relativas “*al ruido y contaminación del aire en vías terciarias, como efecto del uso de vías (por re-suspensión de material particulado, dispersión del material transportado, etc.)*” así como de medidas accesorias referidas a la velocidad de los automotores, las cantidades transportadas, la exigencia de cubierta con lonas a los materiales de carga (Resolución No. 541/94 citada)<sup>19</sup>, que no corresponden a sus funciones y que carecen de la trascendencia necesaria para contrarrestar el nivel o grado de magnitud de los impactos ambientales ocasionados por las actividades del transporte<sup>20 21</sup>.

#### 4. Conclusiones

Conforme al desarrollo de los argumentos presentados en materia de regulación de vías relacionadas con los proyectos, obras o actividades que requieren la aprobación de licencia ambiental, así como la solicitud de aclaración frente a proyectos, obras y actividades de competencia de la ANLA en materia de tránsito y señalización vial, conforme a los interrogantes expuestos se presentan las siguientes conclusiones:

- 1) Según la normatividad abordada sobre transporte, especialmente las Leyes 105 de 1993, 769 de 2002, 1228 de 2008, 1383 de 2010 y 1682 de 2013 así como los Decretos 2056 de 2003, 2976 de 2010, 087 de 2011 y 4165 de 2011, se establece la competencia de las autoridades del Sector Transporte y a las autoridades de tránsito en materia de planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades vinculadas; la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte; la construcción y

<sup>19</sup> ANLA, op. cit. 2014, p. 11

<sup>20</sup> Tsunokawa, K. y Hoban, C., op. cit. 1997. TQS, op. cit., 2006. En estas publicaciones pueden encontrarse las medidas de manejo ambiental frente al uso de carreteras.

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia. 1999. 2012. Sentencia C-035 de 1999 [Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 56 de la Ley 99 De 1993]. Bogotá D. C.: CCC. Sentencia C-746 de 2012 [Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC. Recordando según la jurisprudencia de la CCC, que la licencia ambiental está definida a la realización de un “*fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente*”, para lo cual será indispensable determinar el alcance diferenciado de “*cada proyecto, obra o actividad capaz de producir impacto en el ambiente [...] pues el efecto ambiental varía según su naturaleza y magnitud de la respectiva obra o actividad*”

conservación de la infraestructura relacionada con el transporte así como las limitaciones, restricciones o prohibiciones al uso de vías públicas.

- 2) Además de las normas contenidas en el CNTT y en el Decreto 087 de 2011, conforme a los lineamientos establecidos por el *"Manual de Señalización Vial - Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia"* adoptado y modificado mediante Resoluciones 1050 de 2004 y 1236 de 2013 del Ministerio de Transporte, se concluye que la ANLA no es competente para establecer medidas de señalización vial puesto que *"las señales de tránsito serán instaladas, únicamente, por las entidades oficiales responsables de la vía, por las autoridades que tengan delegada esta función o por quienes tengan una autorización legal previa para hacerlo"*. En suma, la ANLA tendrá que abstenerse de tomar esta serie de medidas encaminadas a controlar, *"autorizar, regular, y supervisar este tipo de actividades"* las cuales corresponden a las autoridades de tránsito, quienes además debe contemplar las medidas complementarias frente a intervenciones en la vía pública que no estén reglamentadas de manera taxativa en el reglamento.
- 3) Conforme a lo dispuesto en los artículos 3° y 119 del CNTT, respecto de la jurisdicción y facultades para la restricción del uso de vías *"sólo las autoridades de tránsito, dentro del territorio de su jurisdicción, podrán ordenar el cierre temporal de vías, la demarcación de zonas, la colocación o retiro de señales, o impedir, limitar o restringir el tránsito o estacionamiento de vehículos por determinadas vías o espacios públicos"*, criterio que ha sido reiterado en la Sentencia C-568 de 2003 de la CCC. Por lo tanto se concluye que la ANLA no tiene competencia para impedir, limitar o restringir el tránsito por las vías públicas de los proyectos que requieren aprobación de la licencia ambiental (en el entendido que mediante los conceptos 'impedir, limitar o restringir el tránsito' se refiere a la posibilidad de control de paso y circulación sobre una determinada vía, limitación de un lado de la calzada, y definición del tipo de vehículos así como de ciertos horarios determinados).
- 4) De acuerdo con lo establecido por el Decreto 087 de 2011, en el artículo 1°, en el numeral 2.5 del artículo 2° y en los numerales 6.4, 6.14. y 6.15 del artículo 6° corresponde al Ministerio de Transporte *"formular la regulación económica en materia de [...] infraestructura para todos los modos de transporte"*, emitiendo concepto previo vinculante para el establecimiento de los peajes que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación, los departamentos, distritos y municipios" así como *"establecer los peajes, tarifas, tasas y derechos a cobrar por el uso de la infraestructura de los modos de transporte incluyendo las propuestas en cuanto a fórmulas, criterios en materia tarifaria y de localización de las estaciones de peajes. Del mismo modo, los entes adscritos al Ministerio de Transporte como Invias, desarrollan funciones en materia de cobros de los*

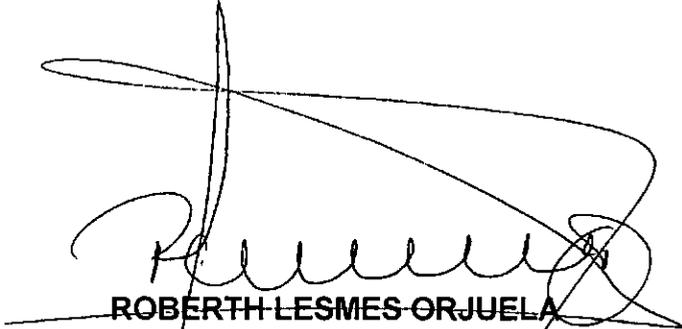
ingresos por el uso de la infraestructura vial no concesionada, conforme a lo dispuesto por el numeral 2.6 del artículo 2° del Decreto 2056 de 2003; y la ANI quien tiene a su cargo la competencia para “elaborar los estudios para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización y otras modalidades de retribución por el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura relacionada con los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo”, presentando la propuesta sobre las “las tarifas de peajes y tasas a cobrar por el uso de las áreas e infraestructura de transporte” según el Decreto 4165 de 2011. Por tanto, se deduce la falta de competencia de la ANLA para *“imponer condiciones ni restricciones para la ubicación de casetas y pagos de peajes, ni tampoco sobre la destinación de los recursos recaudados”*, por lo tanto *“las entidades competentes se encargarán de que el usuario cumpla con los requerimientos establecidos”* y en esta medida, *“no debe generarse ninguna obligación al respecto”*.

- 5) Si bien existen competencias exclusivas del Sector Administrativo del Transporte y de las autoridades de tránsito que fueron descritas anteriormente, la ANLA, las CAR y las CDS mantienen su competencia como autoridad ambiental, imponiendo las medidas de manejo y control que considere adecuadas y proporcionales para prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos generados sobre las actividades de construcción de carreteras a través de la licencia ambiental, según lo establecido en las disposiciones constitucionales de los artículos 7°, 8°, 58°, 63°, 79, 80 y 333, y en las disposiciones legales contenidas en el artículo 5° numeral 15, en los artículos 49 a 52 de la Ley 99 de 1993, en el Decreto 2820 de 2010 y en las funciones establecidas por el Decreto 3573 de 2011.
- 6) Finalmente, existen unos límites de la licencia ambiental en relación al manejo y control de los impactos ambientales dentro de la ‘unidad de proyecto’, esto es, a los impactos directos que son generados por cada una de las actividades, que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje (artículo 3°, 8° y 9° del Decreto 2820 de 2010). De esta forma, las actividades del transporte, son unidades de proyecto diferentes que tienen instrumentos de manejo y control propios desarrollados de manera autónoma e independiente para las actividades de construcción y operación de carreteras. Sobre los impactos ambientales en la construcción de carreteras, estas se remiten a las competencias asumidas por las autoridades ambientales tanto la ANLA frente a las carreteras primarias, como las CAR y CDS frente a las carreteras secundarias y terciarias, según el numeral 8.1 del artículo 8° y el numeral 7 del artículo 9° del Decreto 2820 de 2010. Y sobre la operación del transporte relacionada con la utilización de las vías, debe remitirse a otros instrumentos de regulación sobre el uso de las vías públicas como los permisos por parte de las autoridades del Sector Administrativo del Transporte quienes tienen a su cargo la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del

transporte y de las actividades vinculadas así como la construcción y conservación de la infraestructura, específicamente el Ministerio de Transporte junto a los entes adscritos Invias y ANI en relación a las carreteras primarias y a las entidades territoriales frente a las carreteras secundarias y terciarias.

- 7) Por lo tanto, se concluye a la luz de las disposiciones normativas del Decreto 2820 de 2010, que el "transporte" no es una actividad que requiera aprobación de licencia ambiental, y por lo tanto, la utilización de las vías en actividades de transporte relacionada con los proyectos que requieren de la aprobación de licencia ambiental por parte de la ANLA, en virtud del criterio de 'unidad de proyecto' no puede derivar en la imposición de medidas u obligaciones a los titulares de proyectos encaminadas a mitigar, corregir o compensar dichos impactos ambientales y mucho menos exigir el mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento o construcción de dichas carreteras, pues se trata de competencia exclusivas de otras autoridades públicas.

Cordialmente,



**ROBERTH LESMES ORJUELA**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA



Elaboró: Gustavo A. Ortega - Asesor OAJ - ANLA

29082

Bogotá, D. C.,

**10 9 OCT 2014**

**MEMORANDO**

**PARA: FERNANDO IREGUI MEJIA**  
Director General ANLA

**EDILBERTO PEÑARANDA CORREA**  
Asesor encargado de las funciones de Subdirector de Instrumentos,  
Permisos y Trámites Ambientales

**MARTHA ELENA CAMACHO**  
Asesora encargada de la Subdirección de Evaluación y Seguimiento

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

**Asunto: Solicitud de aclaración de criterios socioeconómicos en materia de  
consulta previa de acuerdo con el PCI**

En atención a la solicitud de aclaración sobre los apoyos jurídicos realizados por la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la ANLA, relacionados al Manual de Criterios Socioeconómicos, se contesta el segundo punto relativo la participación de la autoridad ambiental en el proceso de consulta previa de acuerdo con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional (PCI) establecido por el Decreto 2613 de 2013 y la Directiva Presidencial 10 de 2013, de la siguiente manera:

**1. Remisión al Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ**

De acuerdo con las preguntas planteadas en materia de participación de la ANLA en el proceso de consulta previa dentro del PCI, es necesario tener en cuenta los puntos específicos que fueron desarrollados por la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) dentro del Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014. Sin embargo, dado que en la solicitud de apoyo jurídico se mencionan diferentes puntos específicos con interrogantes extensos, se responderá a cada uno de ellos de manera particular a fin de esclarecer el alcance del Manual de Criterios Socioeconómicos.

## 2. Puntos específicos referidos al PCI de consulta previa

A continuación se abordarán cada uno de los puntos específicos referentes a la aclaración del Manual de Criterios Socioeconómicos expuestos en la solicitud de apoyo jurídico, teniendo en cuenta como se dijo antes, la remisión al Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014.

### **2.1 ¿Cuál es el alcance de la participación de la ANLA en el proceso de consulta y los talleres de impactos y medidas de manejo que se realizan en el proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que en esta etapa el Estudio de Impacto Ambiental está en proceso de elaboración, y por lo tanto no ha sido radicado ante esta Autoridad?**

El alcance de la participación de la ANLA en el proceso de consulta previa y en los talleres de impactos y medidas de manejo, será conforme a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2613 de 2013, es decir, únicamente frente a la identificación de impactos y medidas de manejo ambiental en proyectos en que se deba expedir la licencia ambiental. Según la Directiva Presidencial 10 de 2013, la identificación que se realiza en la fase 2 de la etapa 4 de consulta previa respecto al desarrollo de las reuniones para el análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, la cual estará dirigida y coordinada por la Dirección de Consulta Previa con participación de las 'comunidades étnicas', el 'ejecutor del proyecto', la 'Procuraduría General de la Nación' y la 'Defensoría del Pueblo'. Allí también tendrá que valorarse "plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de prevenir, mitigar, corregir, recuperar o compensar la afectación ambiental que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto" que, en todo caso, la protección ambiental por estar consagrada en normas de orden público cuyo contenido deóntico no podrá ser transado o renunciado en su aplicación por las autoridades, por los particulares o por las comunidades.

Los impactos ambientales identificados deberán ser incorporados en el estudio de impacto ambiental que el titular del proyecto deberá presentar a la Autoridad Ambiental para su correspondiente evaluación dentro del respectivo proceso administrativo de licenciamiento.

La consulta previa, como derecho fundamental procesal de carácter colectivo según lo ha dicho la Corte Constitucional Colombiana (CCC), frente a los impactos ambientales que ésta autoridad valora, son todos y únicamente aquellos que afecte a las comunidades étnicas en virtud del uso, goce y disposición que para ellos representa y proporciona los recursos naturales renovables. En la medida en que se restrinja el uso, goce o disposición de los recursos ambientales a favor de las comunidades étnicas, éstos impactos deben ser mitigados, prevenidos, recuperados o compensados, no desde el

punto de vista económico como valor comercial porque el ambiente es incuantificable, sino del cómo se previene, mitiga, recupera o compensa esa afectación ambiental por otra de la misma naturaleza para garantizar a las comunidades la sostenibilidad económica, cultural, social o ambiental que por la ejecución del proyecto se afecta.

En la medida que una comunidad étnica dentro del proceso de consulta previa demuestre la afectación a estos principales valores de protección, especialmente en lo ambiental, la consulta se desarrolla a cargo de la entidad encargada de dirigirla entre la comunidad y el titular del proyecto, obra o actividad; y de no ser posible ésta, deberá analizarse y ponderarse por las entidades los principios y valores en conflicto.

Esta 'valoración' se realizará a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad o razonabilidad según los criterios de interpretación que han sido implementados por la Corte Constitucional de Colombia (CCC), tanto en la Sentencia T-269 de 2002 (caso Santos vs Inpec), referida a la acción constitucional de derechos fundamentales que pueden quedar restringidos por "el ejercicio de otros derechos fundamentales o la garantía de otros fines constitucionales", y también del denominado 'test integrado de proporcionalidad' de las Sentencias C-372, C-543 y 598 de 2011 relativas al análisis, para determinar si la medida normativa corresponde al ámbito de la libre configuración del legislador, o si de manera contraria, "desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad que impliquen un sacrificio injustificado" de otros derechos<sup>1</sup>.

De acuerdo con la dogmática jurídica, el juicio de proporcionalidad es una técnica de interpretación jurídica frente a dilemas o problemas jurídicos en los cuales existe colisión entre posiciones, ante lo cual se requiere efectuar una relación entre los medios y los fines perseguidos por el Estado, como razón suficiente de la decisión por la cual se da mayor importancia a la aplicación de uno o más principios constitucionales<sup>2</sup>. Aquí es preciso señalar que el grado de cumplimiento de los principios es dependiente de dos tipos de condicionantes: 1) las posibilidades jurídicas, remitidas al análisis de ponderación *stricto sensu* de 'optimización relativa' mediante la argumentación de la 'ley de la ponderación', según la cual "*cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*"; y 2) las posibilidades fácticas, referidas al análisis de idoneidad y necesidad de una medida pensando en los costos para otros principios o derechos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2002. 2011. *Sentencia T-269 de 2002 [Caso acción de tutela Santos vs Inpec. Sentencia C-372 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]. Sentencia C-543 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 (parcial) de la ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]. Sentencia C-598 de 2011 [Demanda de inconstitucionalidad contra los parágrafos 2 y 3 del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 sobre medidas de descongestión judicial]*. Bogotá D.C.: CCC.

<sup>2</sup> Perelman, C. y Obrechts-Tyteca, L. 1958. *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique* [versión español (1988), *Tratado de argumentación*]. Madrid: Civitas.

<sup>3</sup> Alexy, R. 1986. *Theorie der grundrechte [versión español (1993) Teoría de los derechos fundamentales]*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 161. En cuanto a las posibilidades jurídicas de ponderación, en cuanto "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual" (p. 395). Alexy, R. 2008. *La fórmula del peso*. En: Carbonell, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en las sentencias anteriormente citadas las posibilidades de valoración se refieren a cuatro aspectos esenciales que deben ser abordados dentro del respectivo análisis: i) si la medida es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido; ii) si la medida corresponde a una finalidad constitucional legítima y relevante, iii) si existe necesidad de la medida, en el sentido de establecer si se puede acudir a otras medidas que afecten en menor grado los derechos que serán sacrificados o restringidos para conseguir el mismo fin; y iv) si hay una proporcionalidad en estricto sentido respecto a los costos asumidos en relación "al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales"<sup>4</sup>.

Ahora, es necesario recordar que el juicio de proporcionalidad o razonabilidad debe estar articulado a la finalidad misma de la 'consulta previa', esto es, como instancia procesal y no sustancial,<sup>5</sup> encaminada a asegurar la protección de los valores, principios, derechos e intereses de las comunidades étnicas. Por tanto, ante la falta de un acuerdo en la consulta previa con la comunidad y retomando lo establecido en el paso 3 de la etapa 4 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, en el sentido de si no es necesaria "la obtención del consentimiento previo, libre e informado" (el cual debe ser argumentado y sustentado debidamente por las comunidades étnicas de acuerdo al grado de afectación y subsistencia colectiva) conforme a lo "dispuesto por la jurisprudencia constitucional [...] las entidades competentes deberán valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto", que además como ya lo ha sostenido la CCC en la Sentencia SU-039 de 1997 (Caso U'wa vs Ministerio de Ambiente y Oxy). Cuando no pueda llegarse a acuerdo o concertación, la autoridad tendrá que decidir sin arbitrariedad ni autoritarismo; de manera 'objetiva, razonable y proporcionada' a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad étnica; y en todo caso, establecer los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros<sup>6</sup>.

Conforme a lo anterior, tendrá que advertirse un orden de análisis para establecer esta proporcionalidad teniendo en cuenta: 1) la identificación de los valores, principios, derechos e intereses *legítimos* de las comunidades que son objeto de protección jurídica y que puedan verse involucrados en la decisión (p. ej., la identificación de lugares de pagamento o sitios sargados, cosmogonía, etc.); 2) la determinación sobre el grado de *importancia* de estos bienes jurídicos (p. ej., unos sitios sagrados que son más importantes que otros o dependiendo del grado de afectación o situación actual de dichos

<sup>4</sup> CCC, 2002, 2011 op. cit. *Sentencias T-269 de 2002, C-372, C-543 y 598 de 2011.*

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que las diferencias sustanciales, al grado de afectación y responsabilidad el medio procesal adecuado es las respectivas acciones de control de legalidad de las actuaciones de la Administración. Art. 137, 138 y 140 del CPACA

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1997. *Sentencia SU-039 de 1997 [Caso U'wa vs Ministerio de Ambiente y Oxy]*. Bogotá D. C.: CCC.

territorios según su afectación por otro tipo de actividades de producción o extracción, etc.); 3) la necesidad, relevancia e *imperiosidad* para adoptar la decisión que pueda afectarlos (p. ej., en muchos casos se recurre a las disposiciones constitucionales referidas al desarrollo económico, la libertad de empresa e iniciativa privada o la necesidad de desarrollar infraestructura por primacía del interés general sobre el particular, etc.); y 4) la definición de los procedimientos y mecanismos de protección encaminados al control y manejo de dicha afectación (evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar) (p. ej., medidas en las que se prefiera un trazado frente a otro el cual va a prevenir afectaciones a sitios sagrados, entre otros).

Ahora bien, desarrollando el juicio de proporcionalidad o razonabilidad en virtud de la interpretación de la jurisprudencia de la CCC, se propone la realización de un ejercicio a fin de clarificarse dicho aspecto en materia de consulta previa. En este caso tomaremos como ejemplo un proyecto de infraestructura que pueda afectar sitios sagrados dentro de un determinado territorio étnico. De acuerdo con los requisitos exigidos jurisprudencialmente en el juicio de proporcionalidad o razonabilidad: en cuanto a 1) las posibilidades jurídicas deben analizarse los requisitos enunciados anteriormente:

- i) Que la medida es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido, lo cual se responde afirmativamente al encontrar disposiciones constitucionales que establecen principios y mandatos superiores como el desarrollo económico (artículos 189 numeral 12, 200, 298, 300, 305, 306, 313, 318, 339 a 344), la primacía del interés general sobre el particular (artículo 1°), la construcción de obras públicas, de infraestructura física y transporte relacionadas con distintas políticas económicas y sociales (artículo 65, 318), la actividad económica, la iniciativa privada, la libertad de empresa (artículo 333), y por otra parte, principios y disposiciones constitucionales reconocidos en materia de derechos de los grupos étnicos conforme a las obligaciones a por parte del Estado para reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7°), “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (artículo 8), el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos frente a sus territorios en los cuales se incluye la participación efectiva que deben tener las comunidades étnicas cuando se trate de la explotación de sus recursos naturales (artículos 286, 329 y 330), y finalmente el derecho de consulta previa reconocido jurisprudencialmente como fundamental a partir del parágrafo del artículo 330 junto a la integración mediante bloque de constitucionalidad del Convenio 169 de 1989 de la OIT (Sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, T-382 de 2006, C-175 de 2009 y T-129 de 2011 de la CCC)<sup>7</sup>;

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1997. 2003. 2005. 2006. 2009. 2001. Op. cit *Sentencia SU-039 de 1997. Sentencia SU-383 de 2003 [caso OPIAC vs Presidencia de la República et al.]. Sentencia C-401 de 2005 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo]. Sentencia T-382 de 2006 [caso CRIMA vs Congreso de la República et al.]. C-175 de 2009 [Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural] y T-129 de 2011 [caso Embera-Katio vs Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente et. al]. Bogotá D. C.: CCC.*

- ii) Que la medida corresponde a una finalidad constitucional *legítima* y relevante, como se observó en las disposiciones constitucionales, se trata de una medida necesaria para el desarrollo económico y social del país por lo que se considera relevante tratándose aún más del tema de vías de carácter nacional o del primer orden, por tanto es legítima a la luz de la Carta Política; y
- iii) Que existe necesidad de la medida, en el sentido de establecer si se puede acudir a otras medidas que afecten en menor grado los derechos que serán sacrificados o restringidos para conseguir el mismo fin, para lo cual se puede observar en el caso concreto, que se han tomado medidas y se ha optado por un determinado trazado para afectar en la menor medida las áreas de sitios sagrados, por lo cual, no es posible acudir a otro mecanismo mediante el cual se afecten todavía menos los valores, principios, derechos e intereses de las comunidades étnicas especialmente bajo las condiciones de falta de acuerdos en la fase de consulta previa, que obliga a la autoridad competente a tomar una decisión<sup>9</sup>.

Respecto a 2) las posibilidades fácticas que deben ser tenidas en cuenta para la decisión de la autoridad, se refiere al requisito:

- iv) De si hay una proporcionalidad en estricto sentido respecto a los costos asumidos en relación "al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales", lo cual implica realizar el ejercicio de ponderación bajo las dos posiciones jurídicas que se contraponen:

Posición referida al primer conjunto de principios (P <sub>1</sub> )	Posición referida al segundo conjunto de principios (P <sub>2</sub> )
<p>Desarrollo del proyecto de infraestructura conforme a los valores, principios y disposiciones constitucionales relacionados con el 'desarrollo económico y social', la necesidad en la construcción de obras públicas, de infraestructura física del transporte, la primacía del interés general sobre el particular</p>	<p>La defensa estricta de los valores y principios constitucionales relativas a las obligaciones del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, derechos de los grupos étnicos, proteger las riquezas culturales y naturales, de los derechos de los grupos étnicos especialmente los relacionados con sus territorios así como las garantías de participación cuando se trate de la explotación de sus recursos naturales incluyendo la aplicación de la consulta previa</p>

<sup>9</sup> Alexy, R. 1986, op. cit. Uprimny, R. 1998. La uni-di-versalidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento Jurídico*. 9. Bogotá: Universidad Nacional. Prieto-Sachis, L. 2008. El juicio de ponderación constitucional. En: Carbonell, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 85-123. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Teoría jurídica referente por medio de la cual se explica la 'preferencia condicionada' *prima facie* sobre los principios en los casos específicos.

Pero tomando la decisión que en estricta ponderación debe estar regida por un grado de precedencia (P) respondiendo a una finalidad dentro de una condición (C) sobre la necesidad del proyecto para asegurar el 'desarrollo económico y social', máxime cuando se trata de sitios sagrados que no son tan importantes en relación con otros de mayor importancias dentro de la perspectiva cultural y la cosmogonía de las comunidades, pero adicionalmente, porque las áreas han sido afectadas por otro tipo de actividades productivas o extractivas de población no indígena o étnica, y que por lo tanto, refieren a un grado de afectación comparativamente menor.

Por consiguiente se establecerá una 'preferencia condicionada' *prima facie* de precedencia (P) de la posición P<sub>1</sub> sobre la posición P<sub>2</sub>:

(1) (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C

Esto con la intención de garantizar una finalidad que responde con unos intereses de carácter general mediante el desarrollo del proyecto de infraestructura, para lo cual debe seguirse la regla de consecuencia jurídica (R):

(2) C → R

En ese caso, bajo la condición enunciada de la finalidad constitucionalmente válida, legítima y relevante:

(3) P<sub>1</sub> (R)<sup>9</sup>

Ahora, frente al punto de la pregunta referido a la necesidad de una identificación de impactos ambientales y formulación de medidas de manejo, como se aclarará más adelante, corresponderá a un ejercicio de carácter general y complementario por parte de la autoridad ambiental, que en todo caso responde a la participación de los diferentes actores mencionados bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y que como se verá en el siguiente punto, se realizará sin perjuicio de que se avance simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental. Por tanto, no podrá condicionarse dicha actuación de la ANLA a la presentación del estudio de impacto ambiental, pues la activación del PCI responde precisamente al desarrollo de diferentes principios que han sido incorporados para ejercer la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, que en el caso en concreto se remite a la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, especialmente los de 'eficacia', 'economía' y 'celeridad'.

<sup>9</sup> Ibidem Alexy, R. 1986, op. cit.

**2.2 ¿La ANLA debe participar en la etapa de protocolización de acuerdos de consulta previa? En caso positivo, ¿cuál sería el alcance de los pronunciamientos de la ANLA (como sugerencias y aclaraciones, o como la posición de la ANLA respecto a los impactos y medidas de manejo)? Esto, considerando que aún no se está en la etapa de evaluación del proyecto**

En el Decreto 2613 de 2013 se menciona únicamente la 'protocolización' respecto a la verificación por parte del comité de seguimiento de los acuerdos de la consulta previa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, para lo cual deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica. A su vez, en la Directiva Presidencial 10 de 2013 se remite a la 'protocolización' como el último paso dentro de la etapa 4 de consulta previa. Según lo establecido para el PCI y como se mencionó en el Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ, en todo el procedimiento incluyendo la 'protocolización', estará direccionado y coordinado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y a la ANLA corresponderá una función exclusiva de acompañamiento.

Ahora bien, en esta Directiva Presidencial 10 de 2013 se afirma que "la DCP es la responsable de protocolizar los acuerdos", pero además es ella misma quien "convocará a las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para protocolizar los acuerdos, según los plazos y fechas acordados en la etapa de preconsulta al construir la ruta metodológica de la consulta previa". Nótese que en la disposición citada se exige a la Dirección de Consulta Previa (DCP) del Ministerio del Interior convocar a 'las entidades públicas' de manera general, teniendo en cuenta que si fuera el caso de requerir 'licencia ambiental' tendrá que convocar a la ANLA como autoridad ambiental dentro del conjunto de entidades públicas que deben concurrir a este llamado. Es decir, que en este caso se entiende que la autoridad ambiental debe participar dentro de la 'protocolización' cuando sea convocada por la Dirección de Consulta Previa entendiendo que es imprescindible su participación cuando se trata de un proyecto, obra o actividad que requiera licencia ambiental, pero teniendo presente que se tratará de un acompañamiento.

Ahora bien, la participación de la ANLA en la etapa de 'consulta', se realizará conforme a lo dispuesto en artículo 11 del Decreto 2613 de 2013 "la autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental". Aquí es claro debe responderse de manera directa y contundente que la autoridad ambiental debe dar curso a lo dispuesto por la normatividad del PCI, pues se concede la competencia a considerar que es la autoridad quien puede identificar técnicamente los impactos ambientales. De acuerdo con lo analizado en el Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 de la OAJ, al

hablarse *in genere* el tipo de impactos y medidas de manejo, se entenderá que la ANLA actuará conforme a su competencia general, es decir, en el ámbito exclusivo de los impactos ambientales. Esta identificación se realiza en la fase 2 de la etapa 4 de consulta previa respecto al desarrollo de las reuniones para el análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, que será igualmente dirigida y coordinada por la Dirección de Consulta Previa con participación de las 'comunidades étnicas', el 'ejecutor del proyecto', la 'Procuraduría General de la Nación' y la 'Defensoría del Pueblo' siendo una competencia de carácter general y complementario para los impactos ambientales que se hayan tenido en cuenta o que no han sido identificados.

Posteriormente se desarrollarán las reuniones para la formulación de acuerdos de acuerdo con las pautas de la Directiva Presidencial 10 de 2013, buscando un acuerdo o si no es posible, las entidades competentes tendrán que "valorar plenamente las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas con el fin de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del proyecto". En este sentido, el alcance de los pronunciamientos de la ANLA en la etapa de protocolización estará definida por los acuerdos efectuados o por la 'valoración en conjunto' por parte de las entidades competentes, pero siempre bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior dentro del marco de la consulta previa. Es por esta razón que en la Directiva Presidencial 10 de 2013 se establece que "en caso que el proyecto requiera licencia ambiental, una vez se protocolicen los acuerdos la DCP informará a la autoridad ambiental competente. Esto debe realizarse, sin perjuicio de que se haya avanzado simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental y la consulta a las comunidades, en la medida de lo posible".

***2.3 En el acto administrativo que otorga la licencia ambiental, ¿cómo deben, quedar consignados los acuerdos establecidos en el acta de protocolización? bajo el entendido de que no para todos los casos, estos acuerdos son de carácter ambiental, y en esa medida, ¿cuál es el procedimiento a seguir por parte de la ANLA para efectuar el seguimiento a dichos acuerdos? ¿La ANLA ha contemplado espacios de coordinación interinstitucional para definir estos aspectos?***

Claramente como se ha reiterado en más de una ocasión, lo que concierne a la ANLA dentro de su ámbito de competencia para otorgar o negar la licencia ambiental, está referida a los impactos y medidas de manejo de carácter ambiental, y es sobre estos que debe remitirse el acto administrativo. Respecto al seguimiento, claramente está referido en el artículo 12 del Decreto 2613 de 2013, a través del comité de seguimiento a los acuerdos que han sido protocolizados, y que como allí se refiere, estará integrado entre otros, por la Dirección de Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de

control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades, e inclusive, el Decreto 2893 de 2011 en el artículo 16 se establece la obligación de seguimiento a cargo de la Dirección de Consulta Previa. Allí mismo se establece que para lograr este propósito "el comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta" para lo cual "deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada". Es decir, que la respuesta es afirmativa, en el sentido de ser indispensable una coordinación interinstitucional, aunque claramente no debe ser contemplada por la ANLA, sino a través de la Dirección y coordinación que ejerce la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, pues según la Directiva Presidencial 10 de 2013, "la DCP liderará la conformación del Comité de Seguimiento y definirá sus miembros", convocando a las partes a las reuniones de seguimiento, entre ellas, las autoridades ambientales, conforme a lo pactado en la consulta previa.

Lo anterior está también definido por la competencia asignada a la DCP del Ministerio del Interior dentro del numeral 8° del artículo 16 del Decreto 2893 de 2011, en la cual se confiere la facultad de "hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa, coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas". Ahora, este comité no está contemplado para cada uno de los proyectos, sino que se hace de manera general para la totalidad de los mismos y que por tanto contempla dentro de su composición la dirección de la autoridad ambiental o el delegado que se asigne. En consecuencia, será obligación de cada ejecutor del POA remitir la información al comité en la que se demuestre el respectivo cumplimiento, y la DCP del Ministerio del Interior, como lo establece la Directiva Presidencial 10 de 2013, deberá comunicarse periódicamente con las comunidades para verificar el cumplimiento.

***2.4 Respecto a los proyectos de transmisión de energía, ¿es la UPME la que solicitará la certificación ante el Ministerio del Interior una vez se adopten mediante Resolución del Ministerio de Minas y Energía las obras; definidas en el Plan de Expansión de la UPME? Al momento de presentar el EIA, ¿el solicitante de la licencia ambiental deberá hacer una Consulta Previa, teniendo en cuenta que las áreas a certificar pueden variar?***

Para responder la primera parte de la pregunta, es necesario revisar los artículos 4 y 5 del Decreto 2613 de 2013, así como el Paso 1 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, allí se reitera que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es quien "ejercerá competencia de manera exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas", pero de acuerdo con el procedimiento en donde se establece la oportunidad para solicitar el certificado de presencia de comunidades étnicas, es decir que "las entidades públicas o ejecutores de los POA" son quienes deben elevar dicha solicitud a la Dirección de Consulta Previa de acuerdo con el momento establecido, que para el caso de 'transmisión de energía'

corresponde al instante cuando se adopte "mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME". Por otra parte cuando se afirma en el artículo 5 del Decreto 2613 de 2013 y en el Paso 1 de la Directiva Presidencial 10 de 2013, que la UPME 'solicitará' la certificación de presencia de comunidades étnicas, se refiere a la respectiva entidad pública o ejecutor del POA como aviso del procedimiento que debe adelantar, pero no que sea la UPME quien deba hacer la solicitud a la Dirección de Consulta Previa.

Y sobre la segunda parte de la pregunta, como se abordará más adelante, corresponde al responsables del POA determinar el área de influencia del proyecto, por lo tanto, es quien determinará el alcance mismo frente a la necesidad de realizar el proceso de consulta previa, entendiendo que en todo caso, corresponde a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, dirigir y coordinar en el procedimiento del PCI establecido por el Decreto 2613 de 2013. Adicionalmente en la Directiva Presidencial 10 de 2013 "la DCP debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas" y tendrá que elaborar "un documento de análisis adecuadamente sustentado, que exponga los motivos que justifican la decisión final" en el cual se incluyan: i) las áreas de desarrollo e incidencia del proyecto, ii) la verificación en casos de visita respecto a la incidencia del proyecto en cada una de las áreas identificadas; y iii) la conclusión acerca de si las comunidades étnicas identificadas serán afectadas directamente por el proyecto o no y en qué forma, resaltando los valores y principios legítimos de aquéllas que deben ser objeto de control.

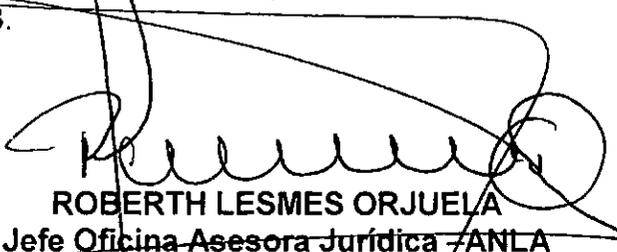
***2.5 ¿Se han contemplado espacios de coordinación interinstitucional para definir los momentos de participación de la autoridad ambiental en la identificación del área de influencia de los proyectos, obras y actividades de competencia de la ANLA, teniendo en cuenta que la certificación que emite el Ministerio del Interior respecto a la presencia o no de comunidades étnicas es previa al proceso de licenciamiento ambiental, y está en función del área de influencia y ésta se determina a partir de los impactos ambientales? ¿Qué posición debe asumirse por parte de la ANLA frente a este aspecto?***

De acuerdo con las conclusiones del Memorando 4120-2-5358 del 12 de mayo de 2014 citado previamente, en relación a la determinación del área de influencia del proyecto, obra o actividad (POA), claramente se concluyó que la Directiva Presidencial 10 de 2013 no está claramente reglamentada sobre este punto, pues a pesar de establecer que "el área de influencia de un proyecto será establecido por la ANLA", sólo remite su aclaración a un pie de página– y en este caso no es dado que la autoridad ambiental pueda hacer una interpretación extensiva de un procedimiento que es exclusivo del Decreto reglamentario. Es decir, que la Directiva Presidencial 10 de 2013 no puede exceder y cambiar su regulación de lo que ya fue establecido en el artículo 6° del Decreto

2613 de 2013 respecto al requisito para la expedición de certificación de presencia de comunidades étnicas, en el cual se sostiene que la Dirección de Consulta Previa "requerirá de la entidad responsable del POA o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia".

En consecuencia, ya ha sido definida la posición que debe asumir la ANLA de abstenerse de definir el área de influencia si no cuenta con el EIA, pues éste último es el instrumento adecuado para identificar los impactos ambientales generados por el proyecto. Si se desconoce esta posición, se generaría una eventual responsabilidad jurídica y patrimonial de la autoridad ambiental por la determinación del área de influencia, que no puede ser determinada exclusivamente a partir de las coordenadas del área del proyecto o de una descripción general del mismo. Por tanto no se puede dar aplicación a lo descrito en la Directiva Presidencial 10 de 2013 en lo relacionado con la determinación del área de influencia, y por lo tanto, corresponderá a lo establecido en el artículo 6° del el Decreto 2613 de 2013.

Cordialmente,

  
**ROBERTH LESMES ORJUELA**  
**Jefe Oficina Asesora Jurídica - ANLA**

Elaboró:  Gustavo A. Ortega - Asesor OAJ - ANLA