

MEMORANDO

1.2 26 OCT 2015

Bogotá, D.C.,

PARA: GLORIA ELVIRA ORTIZ CAICEDO
Subdirectora Administrativa y Financiera

DE: CLAUDIA LORENA LÓPEZ SALAZAR
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Reserva sobre los Conceptos Técnicos
Memorando 2015041138-3 de 04-08-2015

Respetada doctora Gloria Elvira:

En relación con la consulta formulada acerca de si "¿Los conceptos técnicos tienen cláusula de reserva o de excepción al principio de publicidad de (sic) documento público?", y revisada la pregunta sobre "¿Cuándo o en qué momento se deben incorporar al expediente los conceptos técnicos, para que puedan ser de público conocimiento de la ciudadanía?" y las que le siguen:

- 1- ¿En el momento de su emisión y firma?
- 2- ¿En el momento que se emite el acto administrativo que lo acoge o no lo acoge?
- 3- ¿En el momento en que se notifica el acto administrativo a la empresa?
- 4- ¿En el momento en que se notifica el acto administrativo a los demás intervinientes?
- 5- ¿En el momento en que se surte la ejecutoria del acto administrativo?
- 6- ¿En el momento en que se agota el proceso de publicidad del acto administrativo? (notificación, comunicación y publicación en la página Web de la Entidad).
- 7- ¿En otro momento distinto? En dicho caso, indicar cuál?"

Se procede a efectuar el siguiente análisis para emitir una respuesta, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Sea lo primero manifestar que tal como se menciona en su comunicación, la regla general sobre acceso a la información pública se encuentra contenida en el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia, que establece que "Todas las personas tienen derecho acceder a los documentos públicos salvo los casos previstos en la ley".

En este sentido, de conformidad con la Ley 1755 de 2015, en virtud de la cual se sustituyó el Título II, Derecho de Petición, capítulo 1, Derecho de petición ante las autoridades-Reglas Generales, capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas especiales y capítulo III Derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, de la Parte Primera de la

Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el artículo 24 reitera que "Soló tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley (...)", en el que se enumeran cinco (5) casos, entre los que no hay ninguno que haga referencia a la emisión de conceptos técnicos emitidos como parte del ejercicio de seguimiento de las autoridades.

El Código General del Proceso determina en su artículo 243 que "(...) Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. (...)", lo cual nos lleva a señalar que sólo nos encontramos frente a un documento cuando el ejercicio de una función pública conlleva a su expedición.

Ahora bien, en cuanto a las facultades de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, los numerales 1 y 2 del artículo 3 del Decreto 3573 de 2011, incluyen la de "Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos" y la de "Realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales."

El numeral 2 de los artículos 13 y 14, manifiesta que corresponde a las Subdirecciones de Evaluación y Seguimiento, y de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales, emitir conceptos técnicos que soporten los actos administrativos para el otorgamiento de permisos y trámites ambientales y los que sustenten los actos administrativos en la etapa de seguimiento ambiental.

También corresponde a las Subdirecciones mencionadas emitir conceptos técnicos para apoyar la defensa en los procesos judiciales en los que sea parte, tal como lo disponen los numerales 7 y 6 de los artículos 13 y 14, respectivamente.

De lo anterior se puede establecer que el ejercicio de seguimiento a las actividades y proyectos ambientales o el que se desarrolla como apoyo a la defensa de los intereses de la Entidad, se hace constar por medio de conceptos técnicos, en relación con los cuales el Decreto con fuerza de Ley 3573 de 2011, omitió imponer sobre ellos reserva una vez ellos existan.

En este sentido, se considera pertinente aclarar que la existencia del concepto técnico depende de la notificación del acto administrativo que lo acoja, puesto que mientras que este hecho no se concrete a través de un acto de autoridad, carece de efecto vinculante respecto de las personas, proyectos o actividades a que pueda referirse.

A su vez, observando que otra de las facultades de la Autoridad es la de "Adelantar y culminar el procedimiento de investigación, preventivo y sancionatorio en materia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009 o la norma que la modifique o sustituya.", de conformidad con el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 3573 de 2011, se acude a la Ley 1333 de 2009, que relaciona la existencia de conceptos técnicos como requisito para decidir la prórroga del período probatorio, el decomiso y aprehensión preventivos, y la disposición final de fauna silvestre.

A pesar de lo manifestado, al tenor de la Ley 1333 de 2009 no se encuentran referencias relativas a la reserva de cualquiera de los anteriores conceptos.

Ahora bien, mediante Circular con radicado 4120-3-56404 del 20 de noviembre de 2012, expedida por la Dirección General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, se establece un procedimiento interno en virtud del cual se determina el momento a partir del que los particulares pueden conocer los conceptos técnicos acogidos mediante acto administrativo.

Por consiguiente, se observa que los conceptos técnicos emitidos por las Subdirecciones de la Autoridad no son reservados, a pesar de no ser publicables antes de ser acogidos por acto administrativo, teniendo en cuenta que carecen de las características jurídicas que implicarían que aquellos fueran objeto de publicidad con fines de oponibilidad.

En otras palabras, cuando la Autoridad, a través de las personas facultadas para ello expresamente o por delegación, se pronuncia mediante actos administrativos con fundamento en conceptos técnicos, facilita el ejercicio al derecho de contradicción y al debido proceso, atendiendo las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalando en cada caso los recursos y los términos que proceden.

Si se llegase a considerar que los conceptos técnicos tienen el carácter de públicos, los particulares a su vez tendrían el derecho a hacer oposición a estos, y en consecuencia se crearía una doble instancia no prevista en la ley ni en los reglamentos, en tal sentido.

II. CONSIDERACIONES

Bien es sabido que los procedimientos administrativos que tienen una base técnica, pueden ser recogidos mediante conceptos de carácter técnico cuyo contenido y valoraciones sólo pueden resultar vinculantes cuando sean revestidos de la presunción de legalidad, como ocurre cuando son acogidos mediante actos administrativos.

Es posible que por lo anterior el Decreto 3573 de 2011 haya asignado a las Subdirecciones de Evaluación y Seguimiento, y de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales, la emisión de los conceptos técnicos que soporten los actos administrativos para el otorgamiento de permisos y trámites ambientales y los que sustenten los actos administrativos en la etapa de seguimiento ambiental, así como los necesarios para apoyar la defensa en los procesos judiciales en los que la Entidad sea parte.

A pesar de lo señalado, también resulta cierto en el marco establecido por la Corte Constitucional en la acción de tutela T-473 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón que "(...) El concepto de documento público se desarrolla, pues, alrededor, ya no de la persona que lo produce (funcionario público) sino de la dependencia que lo posee, produce o controla. (...) En el marco del derecho administrativo, lo que cuenta no es tanto definir el concepto de documento público, sino regular el acceso de los ciudadanos a él, para garantizar su efectividad. (...)".

Por lo anterior, se aclara que los conceptos técnicos no pueden ser interpretados como documentos públicos, mientras que los actos administrativos que los acogen sí, además de

determinar los casos en los que del ejercicio de autoridad pública ambiental, procede la interposición de recursos y el tiempo para que ello sucede como es mandatorio por parte del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, la práctica derivada del contenido de la Circular 4120-3-56404 del 20 de noviembre de 2012, responde a mandatos legales superiores que no buscan restringir el acceso a los conceptos técnicos; por el contrario, cuando los mismos han sido acogidos mediante acto administrativo, no como medio de prueba, sino como elemento técnico de soporte, se consigue en realidad un acto administrativo debidamente motivado.

En consecuencia, se procede a resolver las inquietudes planteadas de la siguiente manera:

¿Los conceptos técnicos tienen cláusula de reserva o de excepción al principio de publicidad de los documentos públicos?

Después de una revisión juiciosa sobre las normas que se relacionan con el caso, no es posible establecer que sobre los conceptos técnicos recaiga una reserva de carácter legal.

¿Cuándo o en qué momento se deben incorporar al expediente los conceptos técnicos, para que puedan ser de público conocimiento de la ciudadanía?

Esta oficina no puede determinar el momento en el que debe ocurrir una actividad que no es derivada de una actuación administrativa. A pesar de ello, se considera que la incorporación de un concepto a un expediente debe ocurrir luego de que este haya sido suscrito por las personas que participaron en su elaboración y revisión, y en el momento en que se encuentre acogido mediante acto administrativo, hechos de los que sería favorable que se predicara que son consecutivos con inmediatez.

Adicionalmente, la primera o única notificación del acto implicará que el concepto técnico tiene efecto vinculante respecto de las personas, proyectos o actividades a que pueda referirse.

Respecto de la notificación y/o comunicación de los actos administrativos que acogen los conceptos técnicos, ya que tales actividades se encuentran reguladas al tenor de lo dispuesto en el CPACA, debe indicarse que no nos enfrentamos a un ejercicio probatorio sino a una decisión de carácter administrativo contra la que puede o no proceder recurso dentro de la vía gubernativa, dependiendo del acto mismo.

A pesar de lo anterior, la incorporación de un documento a un expediente es un ejercicio de carácter documental que debe atender las normas de archivo.

Sobre este aspecto, la Ley 594 del 2000, reglamentada en lo relacionado con la gestión documental mediante Decreto 2609 de 2012, refieren la existencia de ciertas etapas de la gestión documental, así:

"Artículo 7°. Etapas de la gestión de los documentos. Para asegurar una adecuada gestión documental en las entidades del Estado, se deben tener en cuenta las siguientes etapas.

- a) Creación. Los documentos se deben crear mediante procedimientos planificados y documentados en los cuales se determine su identificación, formato y características.
- b) Mantenimiento. Se refiere al establecimiento de los requisitos que permitan mantener la integridad técnica, estructural y relacional de los documentos en el sistema de gestión documental así como sus metadatos.
- c) Difusión. Abarca el establecimiento de los requisitos para el acceso, consulta, recuperación, clasificación de acceso y visualización de los documentos.
- d) Administración. Hace referencia a los procedimientos que permitan administrar todas las operaciones relativas a los documentos, tanto funcionalmente como dentro del sistema de gestión documental, o cualquier sistema de información."

En consecuencia, tanto los procedimientos incorporados al Sistema de Gestión de Calidad, como las Tablas de Retención Documental, y las actuaciones derivadas de ello deben atender el respeto por el derecho al acceso a la información de parte de los ciudadanos, cuando ella exista.

III. CONCLUSIONES

Después de una revisión juiciosa sobre las normas que relacionan el acceso a los conceptos técnicos por parte de los usuarios, no es posible establecer que sobre los mismos recaiga una reserva de carácter legal.

A su vez, la incorporación de un concepto técnico a un expediente supone haber sido creado en los términos de las normas en materia de archivo, lo que supone que éste haya sido suscrito por las personas que participaron en su elaboración y revisión, numerado de acuerdo a los procedimientos de la Entidad y acogido por medio de acto administrativo, para que exista desde el punto de vista jurídico, y notificado, para que las decisiones que contenga sean vinculantes.

Sobre la primera o única notificación del acto administrativo que acoge el concepto técnico, implicará que el concepto tiene efecto vinculante respecto de las personas, proyectos o actividades a que pueda referirse.

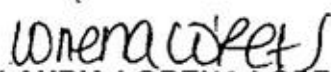
Respecto de la notificación y/o comunicación de los actos administrativos que acogen los conceptos técnicos, y teniendo en cuenta que tales actividades se encuentran reguladas al tenor de lo dispuesto en el CPACA, debe indicarse que no nos enfrentamos a un ejercicio probatorio sino a decisiones de carácter administrativo contra la que puede o no proceder recurso dentro de la vía gubernativa, dependiendo del acto mismo.

En consecuencia, tanto los procedimientos incorporados al Sistema de Gestión de Calidad, como las Tablas de Retención Documental, y las actuaciones derivadas de ello deben atender

el respeto por el derecho al acceso a la información de parte de los ciudadanos y demás normas relacionadas.

Finalmente, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, es oportuno advertir que salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



CLAUDIA LORENA LOPEZ SALAZAR
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Lady Arbeláez Ariza
Fecha: 23/10/2015

¹ Cfr. Art. 1. Ley 1755 de 2015. "Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición, capítulo I, Derecho de petición ante las autoridades-Reglas Generales, capítulo II Derecho de petición ante autoridades-Reglas especiales y capítulo III Derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011".