



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

MEMORANDO

1.2.

Bogotá, D.C., 07 de octubre de 2016

PARA: SERGIO ALBERTO CRUZ FIERRO
SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Memorando Interno No. 2016064811-3-000 del 07 de octubre de 2016. Solicitud Concepto Jurídico sobre “Propuesta de usos alternativos en el embalse Topocoro”.

Cordial saludo,

Respetada doctora Claudia Victoria:

Por medio de la presente le informo que se llevó a cabo el estudio jurídico sobre el Plan de Ordenamiento del Embalse Topocoro documento presentado por la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-, basándose en la normatividad ambiental vigente y en los conceptos jurídicos emitidos por los asesores de la Entidad, de la siguiente manera:

I. EL ÁMBITO DE REGULACIÓN DE LOS EMBALSES DESDE EL PUNTO DE VISTA AMBIENTAL

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, un **embalse** es un “*Gran depósito que se forma artificialmente, por lo común cerrando la boca de un valle mediante un dique o presa, y en el que se almacenan las aguas de un río o arroyo, a fin de utilizarlas en el riego de terrenos, en el abastecimiento de poblaciones, en la producción de energía eléctrica, etc.” (Subrayado fuera de texto).*

En tratándose de normatividad ambiental, debemos comenzar señalando que el Decreto Ley 2811 de 1974, Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

el Ambiente, regula en su Parte III del Libro 2º lo relacionado con las aguas no marítimas, estableciendo en su artículo 77 lo siguiente:

“Artículo 77º.- Las disposiciones de esta parte regulan el aprovechamiento de las aguas no marítimas en todos sus estados y formas, como:

(...)

- Las de los lagos, ciénagas, lagunas y embalses de formación natural o artificial; (...) (Subrayado fuera de texto).

Es claro que de acuerdo con la norma matriz sobre el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en Colombia, el aprovechamiento de las aguas no marítimas depositadas en embalses de formación artificial, es objeto de regulación por la legislación ambiental, sin embargo, es necesario anotar que la regulación de los embalses como depósitos artificiales de agua se limita, como lo establece el artículo en mención, a lo relativo al aprovechamiento de las aguas que en ellos se contienen.

En este mismo sentido, el Código se avoca a determinar el carácter de superficiales que tienen las aguas depositadas entre otros, en los embalses, y la posibilidad de contenerlas, al señalar en su artículo 78 que *“Con excepción de las meteóricas y de las subterráneas, las demás se consideran aguas superficiales y pueden ser detenidas, cuando están acumuladas e inmóviles en depósitos naturales o artificiales, tales como las edáficas, las de lagos, lagunas, pantanos, charcas, ciénagas, estanques o embalses; y corrientes, cuando escurren por cauces naturales o artificiales”* (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, el mismo Código atribuye a las aguas no marítimas el carácter de dominio público, de lo que se deriva por demás desde el punto legislativo su inalienabilidad e imprescriptibilidad, como lo establece el artículo 80 al señalar que *“Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles”*.

Luego de estos dos pilares normativos, el Decreto Ley 2811 de 1974, precisa los modos de adquirir el derecho a usar las aguas (Libro II Parte III Título II), básicamente a través de la regulación de la concesión de aguas.

El título V de la misma Parte III, regula las obras hidráulicas, normativa cuyo objeto es según el artículo 119 del Código, *“(...) promover, fomentar, encauzar y hacer obligatorio el estudio, construcción y funcionamiento de obras hidráulicas para cualquiera de los usos de los recursos hídricos y para su defensa y conservación”; dentro de estas reglas, se destacan las siguientes:*



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

“Artículo 120º.- El usuario a quien se haya otorgado una concesión de aguas y el dueño de aguas privadas estarán obligados a presentar, para su estudio y aprobación, los planos de las obras necesarias para captar, controlar, conducir, almacenar, o distribuir el caudal. Las obras no podrán ser utilizadas mientras su uso no se hubiere autorizado.

Se establecerán las excepciones a lo dispuesto en este artículo según el tipo y la naturaleza de las obras.

(...)

Artículo 130º.- Cuando sea necesario construir diques o presas para la captación de aguas de propiedad privada o pública, se acondicionarán con los sistemas necesarios para permitir el paso de los peces”.

Es evidente que, de acuerdo al Código, la intervención de la autoridad ambiental en el caso de obras hidráulicas para embalsar aguas que discurren por cauces naturales, está referida a la autorización para el desarrollo de las mismas, y la potestad del titular de estos proyectos, es la de ejecutarlas cuando ellas hayan sido autorizadas y dar cumplimiento a los lineamientos que la autoridad le haya impuesto en el acto administrativo mediante el cual le conceda la autorización correspondiente para su desarrollo.

En efecto, el artículo 155 del Código determina las atribuciones de las autoridades ambientales de la siguiente manera:

“Artículo 155º.- Corresponde al Gobierno:

- a) Autorizar y controlar el aprovechamiento de aguas y la ocupación y explotación de los cauces;*
- b) Coordinar la acción de los organismos oficiales y de las asociaciones de usuarios, en lo relativo al manejo de las aguas;*
- c) Reservar las aguas de una o varias corrientes, o parte de dichas aguas;*
- d) Ejercer control sobre uso de aguas privadas, cuando sea necesario para evitar el deterioro ambiental o por razones de utilidad pública e interés social; y*
- e) Las demás que contemplen las disposiciones legales”.*

La Parte V de este mismo Libro, precisa la regulación de los recursos energéticos primarios, desde la perspectiva de la normatividad ambiental, así, establece en el artículo 168 que *“Sin perjuicio de derechos adquiridos, la Nación se reserva el dominio y el uso de la energía hidráulica que pueda ser desarrollada por la combinación de aguas y pendientes, aunque aquellas estén concedidas o se hallen afectadas a otros usos”*; al efecto, agrega el artículo 170 que *“Las personas naturales o jurídicas,*



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

públicas o privadas, que deseen generar energía hidráulica, cinética o eléctrica, deberán solicitar concesión o proponer asociación. Para la concesión o la asociación se deberán tener en cuenta los indispensables factores de índole ecológica, económica y social” concluyendo en el artículo 171 que “Las normas sobre concesiones de aguas serán aplicables a las de uso de aguas y pendientes para generar energía hidráulica”.

Por su parte, el Decreto 1541 de 1978, compilado en el Decreto 1076 de 2015, reglamenta justamente la Parte III del Libro II del Decreto - Ley 2811 de 1974 sobre las aguas no marítimas, reiterando algunas disposiciones relacionadas con el dominio de las aguas, cauces y riberas los modos de adquirir el derecho al uso de las aguas.

Sobre este particular, una regla concreta y clara es el artículo 44 del Decreto 1541 de 1978, compilado en el artículo 2.2.3.2.8.1 del Decreto 1076 de 2015: *“El Derecho de aprovechamiento de las aguas de uso público no confiere a su titular sino la facultad de usarlas, de conformidad con el Decreto - Ley 2811 de 1974, el presente reglamento y las condiciones que otorguen la concesión”.*

Esta disposición consagra un principio fundamental a propósito del alcance de lo autorizado en una concesión de aguas, incluyendo aquellas incorporadas en una licencia ambiental: el derecho al aprovechamiento del recurso hídrico confiere al titular de la concesión el derecho a usar el agua solamente para los usos permitidos en la concesión respectiva, y en los términos previstos en ella.

II.LA LICENCIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN Y CONTROL AMBIENTAL DE PROYECTOS, OBRAS O ACTIVIDADES QUE COMPORTEN LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE EMBALSES.

El Título VIII de la Ley 99 de 1993, introdujo la licencia ambiental como instrumento de evaluación y control ambiental para proyectos, obras o actividades susceptibles de producir impacto significativos al ambiente, en este contexto, el artículo 51 de dicha Ley facultó entonces al Ministerio de Medio Ambiente, a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible y a algunos distritos y municipios, para otorgar dichas licencias ambientales cuando de acuerdo con la misma ley y los reglamentos ciertos proyectos, obras o actividades lo requirieran.

Según el artículo 50 de la Ley 99 de 1993, la licencia ambiental es *“la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.*



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

Por su parte, el artículo 52 de la misma Ley 99 de 1993 precisó lo siguiente, en relación con la facultad del entonces Ministerio del Medio Ambiente para otorgar licencias ambientales:

“Artículo 52º.- Competencia del Ministerio del Medio Ambiente. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental, en los siguientes casos:

(...)

3. Construcción de presas, represas, o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada, así como el tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica y proyectos de exploración y uso de fuentes de energía virtualmente contaminantes” (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 8º del Decreto 2041 de 2014, hoy compilado en el artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, precisa los proyectos, obras y actividades que requieren licencia ambiental otorgada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, dentro de los cuales se encuentra *“3. La construcción de presas, represas o embalses, cualquiera sea su destinación con capacidad mayor de doscientos millones (200.000.000) de metros cúbicos de agua”*, en tanto el artículo 9º del mismo Decreto, hoy compilado en el artículo 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015, precisa que compete a las Corporaciones Autónomas Regionales, el otorgamiento de licencias ambientales para, entre otros proyectos, *“3. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad igual o inferior a doscientos millones (200.000.000) de metros cúbicos de agua”*.

Es importante destacar que, independientemente del uso para el que se construyan, el desarrollo de presas, represas o embalses requiere de la obtención de licencia ambiental, y que a partir de la expedición del Decreto Ley 2150 de 1995, todas las licencias ambientales incorporan todos los permisos, concesiones y autorizaciones ambientales requeridos para el desarrollo del proyecto, incluso las concesiones de aguas para el uso del recurso hídrico.

En este mismo sentido, el artículo 3º del Decreto 2041 de 2014, compilado por el Decreto 1076 de 2015, precisa en su artículo 3º, hoy artículo 2.2.2.3.1.3 que *“La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales*



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

renovables que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad” y agrega que “El uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables deberán ser claramente identificados en el respectivo estudio de impacto ambiental” (Subrayado fuera de texto).

III.LA IMPERTINENCIA DEL PLAN DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE UN EMBALSE COMO INSTRUMENTO PARA AUTORIZAR Y REGULAR EL APROVECHAMIENTO DEL RECURSO HÍDRICO EN EMBALSES EN USOS DISTINTOS AL INICIALMENTE CONCEDIDO.

Uno de los puntos fundamentales a dilucidar es si la formulación de un Plan de Ordenación y Manejo de un embalse puede someterse a consideración de la autoridad ambiental como instrumento para autorizar y regular el uso y aprovechamiento del recurso hídrico en un embalse, si un particular puede formularlo y si la autoridad ambiental tiene competencia para aprobarlo.

En primer lugar, debemos señalar que el ámbito de regulación de los Planes de Ordenamiento y Manejo de Cuencas Hidrográficas no tiene como unidad de planificación y de gestión un embalse, lo cual se infiere del contenido de la regulación pertinente contenida en el Decreto Ley 2811 de 1974 y en el Decreto 1640 de 2012 que los regula.

De acuerdo con el Decreto ley 2811 de 1974, las cuencas hidrográficas se definen como *un “área de aguas superficiales o subterráneas, que vierten a una red hidrográfica natural con uno o varios cauces naturales, de caudal continuo o intermitente, que confluyen en un curso mayor que, a su vez, puede desembocar en un río principal, en un depósito natural de aguas, en un pantano o directamente al mar”*¹, y su límite está determinado por la línea de divorcio de las aguas de una cuenca con otra², concepto que no coincide con el de un embalse.

El mismo Código, en su artículo 314, se encargó de definir las funciones de las autoridades ambientales en relación con las cuencas hidrográficas de las cuales se resaltan:

“d. Coordinar y promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de la cuenca en ordenación para beneficio de la comunidad;

(...)

¹ D.L. 2811/74. Art. 312.

² Según el D. 1729/02, la línea de divorcio de las aguas es la cota o altura máxima que divide dos cuencas contiguas.





Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

h. Señalar prioridades para el establecimiento de proyectos, y para utilización de las aguas y realización de planes de ordenación y manejo de las cuencas, de acuerdo con factores ambientales y socioeconómicos;

(...)"

Es claro que para el Código, las cuencas hidrográficas se convirtieron en unidades territoriales de planificación y gestión de los recursos naturales renovables y el ambiente, de forma tal que a través de su ordenación, como función pública a cargo del Estado, se busca la realización de los objetivos de la política pública ambiental.

Ahora bien, las disposiciones contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables en relación con las cuencas hidrográficas como unidades de gestión del ambiente y los recursos naturales renovables, así como sobre su ordenación (a las que nos referiremos en el punto siguiente), fueron objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2857 de 1981, *"Por el cual se reglamenta la Parte XIII, Título 2, Capítulo III del Decreto-Ley 2811 de 1974 sobre cuencas hidrográficas y se dictan otras disposiciones"*, siendo esta la primera norma reglamentaria que se ocupó de la regulación de la ordenación de las cuencas hidrográficas y en particular, de las normas para la adopción de los Planes de Ordenación de las Cuencas Hidrográficas.

Luego de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 99 de 1993, que previó ajustes significativos en cuanto a las competencias relacionadas con el ordenamiento y manejo de las cuencas se refiere, que condicionaron los posteriores desarrollos reglamentarios.

En efecto, según el numeral 12 del artículo 5º de la Ley 99 de 1993, corresponde al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible *"(...) fijar las pautas generales para el ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas y demás áreas de manejo especial"*, lo que supone que es el Ministerio de Ambiente, como ente rector del Sistema Nacional Ambiental, encargado de la formulación de la política y regulación en materia ambiental, establecer las pautas para el ordenamiento y manejo de las cuencas hidrográficas, entendidas de todos modos, en los términos previstos en el Decreto Ley 2811 de 1974, como áreas de manejo especial.

De igual forma, de acuerdo al numeral 18 del artículo 31 de la misma Ley 99 de 1993, corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales *"Ordenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas"*



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

nacionales” (Subrayado y negrilla fuera de texto); lo cual supone que son las Corporaciones Autónomas Regionales, como autoridades ambientales regionales, las responsables de la ejecución de las pautas generales para el ordenamiento y manejo de las cuencas hidrográficas fijadas por el Ministerio de Ambiente, a través de ordenación de las cuencas, como de la fijación de normas y directrices especiales para su manejo, las cuales, se recogen mediante los Planes de Ordenación y Manejo de las Cuencas Hidrográficas (POMCA's).

Posteriormente, se expidió el Decreto 1729 de 2002, que sustituyó al Decreto 2857 de 1981, reglamentando la Parte XIII, Título 2, Capítulo III del Decreto-ley 2811 de 1974 sobre cuencas hidrográficas, y parcialmente el numeral 12 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993, que como enunciamos anteriormente, atribuye al Ministerio de Ambiente la facultad de fijar las pautas generales para el ordenamiento de las cuencas hidrográficas.

El Decreto 1729 de 2002 fue sustituido por el Gobierno Nacional por el Decreto 1640 de 2012, al igual que el Decreto 1604 de 2002 que reglamentaba la conformación de las comisiones conjuntas en tratándose de cuencas compartidas entre dos o más Corporaciones Autónomas Regionales.

El Decreto 1640 de 2012, plantea en su artículo 4° una estructura para la planificación, ordenación y manejo de cuencas hidrográficas y acuíferos, soportada en cuatro niveles de planificación, a los cuales, corresponde un instrumento de planificación y ordenamiento, a saber:

Tabla 1. Niveles e instrumentos de planificación y ordenación de cuencas hidrográficas

NIVEL HIDROGRAFICA	ESTRUCTURA	INSTRUMENTO DE PLANIFICACION
Áreas Hidrográficas o Macrocuencas		Planes Estratégicos
Zonas Hidrográficas		Programa Nacional de Monitoreo del Recurso Hídrico
Subzonas Hidrográficas o su nivel subsiguiente		Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas
Cuencas de nivel inferior al del nivel subsiguiente de la Subzona Hidrográfica.		Planes de Manejo Ambiental de Microcuencas
Acuíferos		Planes de Manejo Ambiental de Acuíferos

Es evidente que el ejercicio de formulación y ejecución de cualquiera de los instrumentos de planificación de los distintos niveles de la estructura hidrográfica



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

comporta una expresión de la facultad Estatal de ordenar ambientalmente el territorio, pero esencialmente de planificar el manejo de las cuencas como unidades territoriales de gestión del recurso hídrico, además, resulta claro que ninguno de estos niveles coincide con un embalse como concepto o unidad de gestión.

Un elemento fundamental de la regulación de la ordenación de las cuencas hidrográficas, es el contenido en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, “*Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*”, el cual precisa lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. DETERMINANTES DE LOS PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. *En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes:*

1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así:

(...)

*b) Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; **las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción;** y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica;*

(...)

3. El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia.

(...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

Es claro entonces que, el ámbito material de los POMCA's no corresponde a los embalses como unidades de gestión y planificación, los cuales, como infraestructura que forma parte de los sistemas de abastecimiento de aguas o suministro de energía, cuentan con sus propias directrices de ordenamiento para sus áreas de influencia, cuya regulación no se encuentra contenida en las disposiciones referidas al Plan de Ordenamiento y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, ni corresponde en cuanto a su aprobación a la autoridad ambiental, en tanto responde directamente a las regulaciones sectoriales pertinentes sobre el ordenamiento de las áreas de influencia de este tipo de infraestructuras.

De igual forma, resulta claro que no es atribución de los particulares la formulación de POMCA's, toda vez que se trata de una facultad reservada a las autoridades ambientales regionales, pero igualmente es evidente que no corresponde a autoridad ambiental alguna, la aprobación de instrumento sin regulación alguna desde la normatividad ambiental, como lo es un Plan de Ordenación de un embalse, y por ende, su impertinencia como instrumento de evaluación, seguimiento y control ambiental, o bien como instrumento de ordenamiento ambiental del territorio.

IV. LA REGLAMENTACIÓN DE CORRIENTES COMO ALTERNATIVA PARA LA REGULACIÓN DE USOS DEL RECURSO HÍDRICO DIFERENTES AL QUE MOTIVÓ SU ALMACENAMIENTO EN UN EMBALSE.

El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811/74) estableció en su artículo 93 lo siguiente:

“Artículo 93: Las concesiones otorgadas no serán obstáculo para que con posterioridad a ellas, se reglamente la distribución de las aguas de manera general para una misma corriente o derivación”. (Subrayado fuera de texto).

Resulta importante la mención que hace el Código sobre la potestad de la administración, de reglamentar una corriente de agua o derivación de manera general, aún cuando ya se hubiesen otorgado sobre la misma concesión para su uso, esto es, con posterioridad al otorgamiento de la concesión respectiva. Por su parte, el artículo 156 del mismo Código establece:

“Artículo 156: Para el aprovechamiento de las aguas se estudiará en conjunto su mejor distribución en cada corriente o derivación, teniendo en cuenta el reparto actual y las necesidades de los predios. Las personas que puedan resultar afectadas con la reglamentación tienen el derecho de conocer los estudios y de participar en la práctica de las diligencias correspondientes.”



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFCINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

De esta manera, el Código reconoce la potestad de la administración de reglamentar las corrientes de aguas, e incluye dicha potestad dentro del título relativo a la administración de las aguas y cauces, lo que denota claramente que la facultad de reglamentación de corrientes, se encuentra inmersa dentro de la función de administración del recurso hídrico, como bien de uso público de la Nación. Por su parte, el artículo 157 del mismo Código contempla la posibilidad de modificar o revisar una reglamentación de corrientes ya expedida, cuando las condiciones o circunstancias que dieron lugar a la reglamentación varíen, escuchando en todo caso a quienes puedan verse afectados por dicha modificación.

Por su parte, el Decreto 1541 de 1978, en cuanto a la finalidad de la reglamentación de las corrientes de agua y la determinación de la necesidad de reglamentar dichas corrientes, se pronuncia el artículo 107 del Decreto de la siguiente manera:

“Artículo 107: El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, con el fin de obtener una mejor distribución de las aguas de cada corriente o derivación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 156 y 157 del Decreto - Ley 2811 de 1974, reglamentará cuando lo estime conveniente, de oficio o a petición de parte, el aprovechamiento de cualquier corriente o depósito de aguas públicas, así como las derivaciones que beneficien varios predios. Para ello se adelantará un estudio preliminar con el fin de determinar la conveniencia de la reglamentación, teniendo en cuenta el reparto actual, las necesidades de los predios que las utilizan y las de aquellos que puedan aprovecharlas.” (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior se colige que la reglamentación de corrientes, no resulta ser obligatoria, sino que compete a la autoridad ambiental la determinación de su conveniencia, con base en el estudio del reparto actual de las aguas, las necesidades de los predios que las utilizan y las de aquellos que puedan aprovecharlas, lo que en la práctica significa que sólo respecto de aquellas corrientes con pluralidad de usuarios y cuyo aprovechamiento se podría optimizar mediante una mejor distribución, procede la reglamentación de las corrientes de agua.

Del artículo 107 al 113 del Decreto 1541 de 1978, se describe el procedimiento de reglamentación de una corriente, que en términos generales, incluye las siguientes etapas:

1. Estudio de la conveniencia de la reglamentación. (Art. 107)
2. Acto motivado que ordena la reglamentación. (Art. 108)



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

3. Publicación con anticipación a la visita ocular del acto que ordena la reglamentación, así como publicación de un aviso en un diario de amplia circulación. (Art. 109)
4. Visita ocular y estudios de reglamentación, que contengan la información del artículo 110 del Decreto.
5. Elaboración del proyecto de distribución de aguas que se publica en aviso en un diario. (Art. 111)
6. Presentación de objeciones por parte de los interesados. (Art. 111)
7. Decisión de las objeciones por parte de la autoridad ambiental. (Art. 113)
8. Expedición de la Resolución de reglamentación de corrientes. (Art. 113).

Del mismo modo, esta norma determina que los aprovechamientos anteriores a la expedición de la respectiva reglamentación, deben sujetarse a la misma, y que la reglamentación comporta concesiones para los beneficiarios:

“Artículo 114: Toda reglamentación de aguas afecta los aprovechamientos existentes, es de aplicación inmediata e implica concesiones para los beneficiarios, quienes quedan obligados a cumplir las condiciones impuestas en ellas y sujetos a las causales de caducidad de que trata el Decreto - Ley 2811 de 1974 y el presente Decreto”.

De lo anterior se infiere que con la expedición de la reglamentación de corrientes respectiva, se ha de entender modificada cualquier concesión de aguas otorgada con anterioridad a la expedición del acto de reglamentación, y que por ende, la reglamentación debe contener una distribución de caudales entre los usuarios de la corriente, que puede ser diferente a las que se les hayan reconocido mediante concesiones anteriores. Por último, los artículos 116 y 117 facultan a la administración para modificar las reglamentaciones de corrientes que expidan, de acuerdo con el procedimiento allí contemplado.

Por su parte, el artículo 284 del Decreto Ley 2811 de 1974 establece, en tratándose de las funciones del entonces Inderena respecto de la administración del recurso hídrico, lo siguiente:

“Artículo 284: Para la administración, conservación y manejo del recurso hídrico, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente - INDERENA-, en conformidad con los artículos 37 y 38 del Decreto - Ley 133 de 1976, tendrá a su cargo:

(...)



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

2. Reglamentar el aprovechamiento de las aguas de uso público, superficiales y subterráneas, distribuyendo los caudales para los usos contemplados en el artículo 36 de este Decreto.

(...)"

No queda duda entonces, acerca de la competencia que tienen las autoridades ambientales para la reglamentación de corrientes, y la vocación de este instrumento, en los supuestos antes establecidos, como mecanismo para regular los usos y aprovechamientos diversos que pretendan darse al recurso hídrico en tratándose de aguas que han sido concedidas para un uso puntual, como lo puede ser la generación de energía hidroeléctrica, teniendo en cuenta que el hecho de que el recurso hídrico hubiese sido concedido mediante licencia ambiental al titular de un proyecto de generación de energía, no supone que el agua deje de ser de **dominio público**, y que por ende, el Estado pierda su capacidad para conceder o no su aprovechamiento para otros usos distintos al inicialmente otorgado.

V. DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LA EMPRESA ISAGEN S.A. E.S.P. EN EL MARCO DE LA LICENCIA AMBIENTAL OTORGADA MEDIANTE RESOLUCIÓN 0476 DE 17 DE MAYO DE 2000.

Del examen de la Licencia Ambiental otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente, el 17 de mayo de 2000, mediante Resolución 0476, para el Proyecto Hidroeléctrico Sogamoso, encontramos que entre las obligaciones impuestas a su titular fue la de construir una Ficha en el Plan de Manejo Ambiental, correspondiente al *Fortalecimiento Institucional*, con el objetivo claro de que la armonización y coherencia que la Constitución y la Ley, exige de la actividad estatal, fuera apoyada en el territorio en que se levantaría la obra de infraestructura energética que fue autorizada ambientalmente.

Sólo hasta el 2008 cuando se dispuso el inicio efectivo de las actividades constructivas, la autoridad ambiental competente requiere al titular de la Licencia con el fin de que actualice el Estudio de Impacto Ambiental, con el propósito de modificar la licencia ambiental original. Y entre los temas a considerar en la actualización solicitada, se ocupa de la Ficha de Fortalecimiento Institucional, que hace parte del Plan de Manejo Ambiental, y la cual tiene como objetivo el que se:

“(...) propicie la construcción de visiones de desarrollo conjuntas, la dotación y reorganización de las redes de servicios y de comunicación y transporte, teniendo en cuenta las dinámicas impuestas por el proyecto hidroeléctrico. Este Plan servirá de marco para el ajuste de los planes de ordenamiento y desarrollo



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

a nivel municipal. En el análisis que se realice para formular el Plan de Ordenamiento Ambiental y Territorial regional, deberán tenerse en cuenta los pequeños centros nucleados que quedan en el AID del proyecto, sus roles y la forma como deberán articularse al nuevo ordenamiento territorial de los municipios. Este ejercicio debe adelantarse de manera conjunta con la CDMB y la CAS para que se articule la modificación y ajuste del PGAR, y con la Gobernación para el ajuste del Plan de Desarrollo y de Ordenamiento Departamental.”

No se trata, como ya se ha indicado, de un plan que ordene el embalse, sino que es la autoridad ambiental competente, la que requiere que la sociedad titular del proyecto, construya también como resultado de las dinámicas impuestas por el mismo proyecto hidroeléctrico, y a partir de la gestión de fortalecimiento institucional, con una visión integral, ecosistémica y por ende diferente, respecto del entorno ambiental, de forma participativa y colectiva, con efectos directos en la comunidad humana y su territorio, también la actualización de los instrumentos de ordenación respecto de los cuales se mantiene la competencia de las autoridades responsables de acuerdo con la Ley y cada reglamento.

La modificación de la Licencia Ambiental contenida en la Resolución 1497 del 31 de julio de 2009, a partir de la actualización del Estudio de Impacto Ambiental, requerido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para el Proyecto Hidroeléctrico Sogamoso, se refiere en particular al artículo quinto de la Resolución 0476 de 2000, ya modificado por la Resolución 898 de 26 de septiembre de 2002, para ajustarlo con la realidad del proyecto.

Se trata de que la gestión de control y seguimiento señalada a cargo de la autoridad competente que es la misma que otorga una licencia ambiental, según lo establecido en el artículo 51 de la Ley 99 de 1993, esté dirigida a verificar la aplicación y desarrollo del Plan de Manejo Ambiental, con las actividades de seguimiento y monitoreo, así como las de contingencia, con el objetivo de que se logre establecer en eficacia y calidad las medidas de manejo aplicadas. Por lo anterior, en cumplimiento de la gestión respectiva, se lleva a cabo la modificación a la licencia ambiental del proyecto con la actualización del Estudio de Impacto Ambiental mediante Resolución 1497 del 31 de julio de 2009, del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en donde se establecieron las siguientes obligaciones a la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., según la competencia de cada autoridad:

“(..)



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

ARTÍCULO CUARTO. - Modificar el Artículo Quinto de la Resolución 476 de 17 de mayo de 2000, modificado por el Artículo Primero de la Resolución 898 de 26 de septiembre de 2002, el cual quedará así:

“ARTÍCULO QUINTO. - La Licencia Ambiental sujeta al beneficiario de la misma al cumplimiento del contenido de la actualización del Estudio de Impacto Ambiental, a la normatividad ambiental y a las siguientes obligaciones:

(...)

3.9 Programa de fortalecimiento institucional

3.9.1 Adelantar las gestiones necesarias con la Gobernación de Santander y con las dos Corporaciones (CAS y CMBD) de un Plan de Ordenamiento Territorial y Ambiental de carácter regional que propicie la construcción de visiones de desarrollo conjuntas, la dotación y reorganización de las redes de servicios y de comunicación y transporte, teniendo en cuenta las dinámicas impuestas por el proyecto hidroeléctrico. Este Plan servirá de marco para el ajuste de los planes de ordenamiento y desarrollo a nivel municipal. En el análisis que se realice para formular el Plan de Ordenamiento Ambiental y Territorial regional, deberán tenerse en cuenta los pequeños centros nucleados que quedan en el AID del proyecto, sus roles y la forma como deberán articularse al nuevo ordenamiento territorial de los municipios. Este ejercicio debe adelantarse de manera conjunta con la CDMB y la CAS para que se articule la modificación y ajuste del PGAR, y con la Gobernación para el ajuste del Plan de Desarrollo y de Ordenamiento Departamental.

(...)”

Se pone en evidencia, conforme con el conjunto de requerimientos hechos por la Autoridad Ambiental a la sociedad ISAGEN, que la gestión de fortalecimiento institucional que significa que de acuerdo con la competencia de cada autoridad administrativa según la órbita de su competencia, se concerte su gestión de forma conjunta, participativa y armónica, considerando los efectos del Proyecto Hidroeléctrico Sogamoso del que hace parte el embalse Topocoro, con el objetivo de que las gestiones en busca de resultados de beneficio común se propongan y obtengan de forma eficiente, oportuna y eficaz como respuesta a las acciones de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto autorizado, de conformidad con el artículo 50 y ss., de la Ley 99 de 1993; al igual que la planeación y ordenación del territorio, con la intervención de las autoridades político administrativas, que regula la Ley 388 de 1997, y sus



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

reglamentarios, sin perder de vista la importancia en la gestión en la región que cumplen las Corporaciones Autónomas Regionales respeto a la administración de los recursos naturales renovables.

VI. CONCLUSIONES.

1. Las aguas contenidas en un embalse mantienen su condición de aguas de **dominio público**, pese a que su uso y aprovechamiento haya sido autorizado por la autoridad ambiental mediante la respectiva licencia ambiental.
2. No le es dado a los particulares suplir a los municipios en el ejercicio de sus facultades de ordenamiento del territorio, ni a las autoridades ambientales en la formulación de determinantes ambientales de los Planes de Ordenamiento Territorial, a través de la formulación de un instrumento innominado y sin regulación de planificación como lo puede ser un Plan de Ordenamiento de un Embalse, por ende, el uso del suelo y desarrollo de actividades en el área del embalse, **deberá sujetarse a las condiciones previstas en la respectiva licencia ambiental**, en las normas de superior jerarquía que tengan la condición de determinantes de los Planes de Ordenamiento Territorial formuladas por la autoridad ambiental competente, y en los Planes de Ordenamiento Territorial adoptados por los municipios.
3. Según la gestión adelantada por la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. en cuanto a estructurar un plan que recoja el diagnóstico, análisis, y propuesta de acción para sustentar y justificar actividades multipropósito adicionales a la generación de energía del embalse Topocoro, del Proyecto Hidroeléctrico Sogamoso, e incluya otras conforme con las necesidades e intereses de la comunidad del área de influencia del proyecto, la presentación que se puede consultar vía internet, corresponde a: Formulación del plan de Ordenamiento del embalse Topocoro Central Hidroeléctrica Sogamoso - RESULTADOS FINALES Contrato 41/356 ISAGEN- Fundación Humedales. Del 17 de septiembre de 2015. **De ahí que el nombre del documento genera el equívoco sobre el alcance como instrumento de ordenación cuando se trata es de armonización y fortalecimiento de la gestión pública sin que cada una de las autoridades pierda su competencia y el control y seguimiento que en cada caso le asignó la ley y el reglamento respectivo.**
4. Se resalta que efectivamente se identifican para cada una de las actividades de intervención, regulación y control la autoridad competente, y el alcance normativo que sustenta la acción concreta de la especialidad respectiva, sin que igualmente se hubiera identificado legal o reglamentariamente que la



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:

Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

competencia de forma general pueda ser asumida de forma privativa o excluyente por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, **lo cual difiere sustancialmente de que la misma Autoridad se deba pronunciar sobre el resultado del requerimiento efectuado**, y se adelante el seguimiento ambiental al desarrollo del proyecto licenciado conforme con los pronunciamientos de cada autoridad.

5. Finalmente, es preciso resaltar que el ejercicio de la competencia no reside en sólo autorizar, permitir otorgar o conocer, sino en controlar, verificar, efectuar control y seguimiento de las acciones, resultados y gestiones, en el cumplimiento material y concreto a los principios y reglas consagrados en la Constitución Política, en particular considerando en la gestión, lo previsto en el artículo 209 de la misma:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (El subrayado está fuera del texto).

VII. RECOMENDACIÓN

Por lo anterior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en ejercicio de la función de seguimiento deberá pronunciarse sobre las obligaciones establecidas mediante la Resolución 1497 del 31 de julio de 2009, en desarrollo de la Licencia Ambiental vigente para el Proyecto Hidroeléctrico Sogamoso y la propuesta construida por ISAGEN S.A. E.S.P., sin que sea considerado como PLAN DE ORDENACIÓN DEL EMBALSE, pues los requerimientos apuntan a que sea un documento en el que se verifique la participación comunitaria, información y socialización, incluyendo los que en el documento denomina “aliados”, y de los pronunciamientos de las autoridades responsables en cada tema, gestión que se solicitó se apoyara su armonización y eficaz direccionamiento de esfuerzos.

Es así como de conformidad con lo aquí expuesto, y lo establecido en las normas transcritas, con el mayor respeto, sugiere se tomen las medidas que se consideren pertinentes, con el objeto de dar respuesta oficial a la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. frente al radicado No. 2016000250-1-000 del 5 de enero de 2016, que contiene el



Radicación: 2016064811-3-001

Fecha: 2016-10-07 15:46 Proceso: 2016064811 Anexos:
Trámite: 25-INT. Licencia Ambiental
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

documento denominado Plan de Ordenamiento del Embalse Topocoro del expediente LAM0237.

Quedamos con el mayor gusto atentos a los comentarios, observaciones y/o solicitudes que se generen al respecto.

Cordialmente,

CLAUDIA LORENA LÓPEZ SALAZAR
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: --MARIA ALEJANDRA QUINTERO POVEDA
Proyectó: DIANA LLANOS DIAZ

Archívese en: Indique aquí el número o nombre del expediente

Nota: Este es un documento electrónico generado desde los Sistemas de Información de la ANLA. El original reposa en los archivos digitales de la Entidad.