



Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:
Trámite: 17-Correspondencia
Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA
Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

MEMORANDO

1.2

Bogotá, D.C., 26 de octubre de 2016

PARA: LAURA EDITH SANTOYO NARANJO
SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Pronunciamiento respecto a la viabilidad jurídica de suspender temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental

Reciba un cordial saludo;

Teniendo en cuenta la solicitud recibida en esta Oficina Asesora Jurídica por medio de correo electrónico del 17 de agosto de 2016, a través de la cual su Despacho requiere apoyo y lineamiento, en cuanto a la comunicación remitida por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, mediante radicado número 2016035732-1-000 del 5 de julio de 2016, en donde solicita pronunciamiento a esta Entidad respecto a la viabilidad jurídica de suspender las obligaciones de las licencias ambientales que se han cedido a la ANI, por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión, las cuales se restablecerían tan pronto como se ceda la Licencia a un nuevo Concesionario 4G, al respecto la Oficina Asesora Jurídica procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

La coordinación del Grupo de Infraestructura de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, a través de radicado numero 2016056233-2-000 del 7 de septiembre de 2016, informa al peticionario que solicitó concepto jurídico a la Oficina Asesora Jurídica de esta Autoridad, con la finalidad que se emita un lineamiento general que manifieste la postura de esta Entidad frente al tema de la suspensión temporal de obligaciones ambientales.

2. PROBLEMA JURÍDICO



Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

Establecer la procedencia de suspender temporalmente las obligaciones de las licencias ambientales que se han cedido a la ANI, por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión, las cuales se restablecerían tan pronto como se ceda la Licencia a un nuevo Concesionario 4G.

3. DESARROLLO CONCEPTUAL DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con el fin de realizar el análisis requerido, respecto a la procedencia de lo expuesto por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, tenemos que dentro de las actividades desarrolladas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (En adelante ANLA), se encuentran las de realizar seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales, adelantar y culminar el procedimiento de investigación preventivo y sancionatorio en materia ambiental, de conformidad con lo previsto en el artículo primero del Decreto-Ley 3573 de 2011, por el cual se crea la ANLA y se dictan otras disposiciones.

Una vez analizada la situación al interior de los diferentes sectores y dependencias de esta Entidad, la Oficina Asesora Jurídica observa que, dentro de los grupos misionales de la misma, se ha evidenciado una inquietud generalizada respecto del marco jurídico que podría justificar la suspensión de un instrumento de control y manejo ambiental, por causas ajenas a lo previsto en el ordenamiento ambiental vigente.

Desde antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 (ley general de contratación), se implementaron los contratos de concesión, en donde se garantizaba la intervención del sector privado en los grandes proyectos de infraestructura; dicho contrato de concesión, ha evolucionado debido a las diferentes problemáticas que surgieron, y que ocasionaron la creación de diversas Generaciones de contratación vial existentes en el país. En la primera generación, el Estado asumió riesgos y sobrecostos en las obras, afectando de manera importante la capacidad de inversión, y haciendo más onerosa la actividad, al momento de efectuar la contratación. La Segunda Generación en principio generó buenos resultados, disminuyendo los aportes de la Nación mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión. En la Tercera Generación se continúa distribuyendo mejor los riesgos, se efectúan cambios relacionados con trámites de licencias ambientales y adquisición de predios, y la Cuarta Generación, nace con el compromiso de establecer un nuevo esquema contractual que modifique los inconvenientes presentados en las concesiones que actualmente existen, ajustándose a lo señalado en la Ley 1508 de 2012, que de manera general regula los aspectos relacionados con las asociaciones público privadas.





Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

Durante la evolución de los proyectos de infraestructura, igualmente la legislación ambiental a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, ha sufrido una transición normativa, en cuanto a la construcción de los proyectos viales que requieren licencia ambiental, y que han sido contemplados en los Decreto reglamentarios sobre licencia ambiental¹, donde podemos observar la competencia asignada al Ministerio de Ambiente, para construcción de obras públicas de la red vial, construcción de carreteras, construcción de túneles con sus accesos y construcción de segundas calzadas.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo señalado en el Decreto 1076 de 2015, el cual expresa que la licencia ambiental se otorga por la vida útil del proyecto, obra o actividad y cobijará las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o terminación². La Ley exige este instrumento con el fin de ejecutar las diferentes etapas del proyecto, tal y como ocurre en los contratos de concesión objeto de estudio.

Aunado a lo anterior, el Decreto 1076 de 2015, en el artículo 2.2.2.3.2.2., establece la competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, para proyectos de la red vial nacional así:

Artículo 2.2.2.3.2.2. *Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: (...)*

8. Ejecución de obras públicas:

8.1. Proyectos de la red vial nacional referidos a:

a) La construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura asociada a la misma;

b) La construcción de segundas calzadas; salvo lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 769 de 2014;

c) La construcción de túneles con sus accesos (...)

Ahora bien, respecto a la normatividad contractual que regula las disposiciones especiales en materia de contratación de infraestructura de transporte, adicional a la Ley 80 de 1993, y demás normas que la modifican y la adicionan, la Ley 1682 de 2013, señala en su artículo 7º lo siguiente:

Artículo 7º. *Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, los siguientes aspectos, entre otros: (...)*

¹ Decreto 1753 de 1994; Decreto 1728 de 2002; Decreto 1180 de 2003; Decreto 1220 de 2005; Decreto 2820 de 2010

² Artículo 2.2.2.3.1.6., Decreto 1076 de 2015.





Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas; (Subrayado fuera de texto) (...)

En igual sentido debemos analizar lo consagrado en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007³, la cual expresa en cuanto a la distribución de riesgos en los contratos estatales que “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”. En los mismos términos el artículo 15° del Decreto 1510 de 2013⁴, se refiere al análisis previo que deben realizar las Autoridades señalando que la “Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso”. (Subrayado fuera de texto). Así las cosas, y teniendo en cuenta lo expuesto se pone de presente que en especial la Entidad previo a la adjudicación, debe surtir una labor de planeación para estudiar e identificar los factores de riesgo, o contingencias previsibles, con el fin de sortear contratiempos normativos durante el inicio, ejecución y terminación del contrato.

Resulta oportuno mencionar que los riesgos, a los que se ha hecho referencia en las diferentes disposiciones normativas, deben ser asumidos por la Entidad responsable del análisis y planeación del contrato y/o proyecto. Para ello, basta con citar el contenido del artículo 17° del Decreto 1510 de 2013⁵, en cuanto a la evaluación del riesgo de la siguiente manera:

Artículo 17. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

Como se puede evidenciar, estas situaciones deben ser observadas previamente y con objetividad, para que una vez identificadas, existan alternativas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones, conforme a lo dispuesto en la ley. Por su parte, los riesgos aleatorios que puedan presentarse en determinado momento y que corresponden a decisiones netamente contractuales, en donde se involucran aspectos normativos de orden ambiental, no pueden ser observados sin el lleno de los requisitos legales existentes para los instrumentos de control y manejo ambiental. Así lo

³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁴ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

⁵ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública





Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

determina el principio de Sostenibilidad Ambiental contenido en el artículo 8° de la Ley 1682 de 2013 en los siguientes términos:

Sostenibilidad ambiental. Los proyectos de infraestructura deberán cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la legislación ambiental y contar con la licencia ambiental expedida por la Anla (Sic) o la autoridad competente. (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, es importante tener en cuenta que la suspensión de los efectos u obligaciones de un acto administrativo en general, obedece a causales taxativamente señaladas en la ley, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que contempla la figura de la suspensión provisional del acto administrativo, como una medida cautelar dentro del proceso de medio de control de nulidad y/o nulidad y establecimiento del derecho.

En vista de lo anterior, la solicitud y justificación expuesta por el peticionario, no puede ser considerada por la ANLA, como motivación suficiente para “suspender” los efectos de la Licencia Ambiental, pues esta busca garantizar en todo momento, desde su expedición, el cumplimiento de medidas ambientales, y obligaciones que buscan, en primera instancia, la prevención de la ocurrencia de impactos o afectaciones a los recursos naturales, responsabilidades que deben ser asumidas por el titular y que en ningún momento podrán estar desamparadas o suspendidas, exceptuando los casos legitimados mediante orden judicial. Así mismo, los objetivos establecidos en normas de orden público no pueden ser objeto de transacción o renuncia en su aplicación por las autoridades o por los particulares en los términos del Artículo 107 de la Ley 99 de 1993.

Aunado a lo anterior es importante resaltar que las Entidades y Funcionarios, se encuentran sometidos al cumplimiento de las normas en cuanto a sus obligaciones y competencias, sin que ello permita exceder los límites señalados por la Ley, o extralimitarse en los mismos. Así lo expresa el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. (subrayado fuera de texto).

De la premisa expuesta, se tiene que los servidores públicos solo pueden hacer aquello que se encuentra establecido en la Ley o en la Constitución, razonamiento que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y de la cual resaltamos la siguiente:

“3.1. La estructura de la administración comprende dos aspectos: la parte estática y la parte dinámica. La primera integrada por todos los organismos encargados de cumplir con la función administrativa. La otra, constituida por los organismos que tienen como misión principal administrar, es decir entes en movimiento generadores de actos administrativos, y personas que de una u otra forma se encuentran vinculadas a la administración.





Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirmó que la función pública “supone el ceñimiento de quienes a ella se vinculan a las reglas señaladas en el orden jurídico y que exijan determinadas condiciones y requisitos de aptitud, capacidad e idoneidad para desempeñarla a cabalidad, siempre y cuando esas regulaciones normativas se deriven de un mandato constitucional, hayan sido proferidos por el organismo o funcionario competente para expedirlas y no atenten contra alguno de los derechos o libertades reconocidos por la Carta” (CSJ, Sentencia No. 61 de agosto 12 de 1982; M.P. Manuel Gaona Cruz).

3.2. A partir de la Constitución de 1991, la función pública constituye uno de los problemas más complejos de la administración, ya que se ocupa no sólo de la clasificación de las distintas categorías de las personas que sirven a la administración, sino de su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, deberes, prerrogativas, incompatibilidades, y prohibiciones (artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 de la Constitución).

*3.3. Así las cosas, **los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables.** A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados.⁶” (Negrilla fuera de texto).*

La Licencia Ambiental al tener una ejecución inmediata y continua, no permite la suspensión de sus efectos, o la interrupción de la misma; pues la exigibilidad de las obligaciones derivadas de dicha autorización ambiental, está dada por el cumplimiento de los requisitos necesarios para su expedición y no por factores externos que puedan afectar su existencia y continuidad. Sobre el concepto y función de la licencia ambiental la Corte se ha pronunciado mediante Sentencia C-746/12 en los siguientes términos:

“Al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que el legislador no puede desconocer aún en épocas de excepción. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. De esa forma, solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.

Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de prevenir y controlar el deterioro ambiental (CP. art. 80), es el establecimiento de estudios ambientales previos que permitan a la autoridad a (sic) conceder o no la correspondiente licencia y sólo así, la administración estará en capacidad de evaluar si la persona o entidad, pública o privada, ha tenido en cuenta todas las consecuencias de la intervención en el ambiente y ha elaborado los planes adecuados, necesarios y suficientes para controlar sus resultados”. (...)

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 893 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.





Radicación: 2016070480-3-000

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

Además de lo anterior, es pertinente tener en cuenta que la ley, en este caso la ley ambiental, no contempla situaciones específicas sobre las cuales proceda la suspensión de los trámites, o instrumentos ambientales, que se encuentran en curso sobre este tipo de actividades, y mucho menos considerando que se trata de actuaciones administrativas que buscan proteger bienes jurídicos individuales y colectivos traducidos en la preservación, cuidado y manejo sostenible de los recursos naturales y el ambiente en general.

4. CONCLUSIONES

Una vez analizada la solicitud objeto de estudio, la Oficina Asesora Jurídica considera que la Ley 1682 de 2013, así como las normas que regulan contractualmente a los proyectos de la red vial nacional; no contemplan tácitamente las causales para suspender las obligaciones y/o trámite de las licencias e instrumentos de control y manejo ambiental en las actividades desarrolladas por concesiones viales, sucediendo igualmente con el Decreto 1076 de 2015, y demás normas ambientales vigentes, salvo los casos legitimados mediante orden judicial, y en los cuales, por razones ajenas a la voluntad del titular (fuerza mayor y caso fortuito), en donde sea evidente la imposibilidad de efectuar una actividad necesaria para el otorgamiento o modificación de un instrumento de control y manejo ambiental.

La presente consulta se atiende en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y/o de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual 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.

Esta Entidad por intermedio de esta Oficina Asesora Jurídica, queda atenta a prestar cualquier apoyo que considere necesario ante la petición formulada, presto a cualquier observación e inquietud que tenga sobre el particular.

Cordialmente,



FABIOLA RIVERA ROJAS (OAJ)

Subdirectora Administrativa y Financiera encargada de las funciones de Jefe Oficina
Asesora Jurídica



**Radicación: 2016070480-3-000**

Fecha: 2016-10-26 17:06 Proceso: 2016070480 Anexos:

Trámite: 17-Correspondencia

Remitente: 1.2-OFICINA ASESORA JURÍDICA

Destinatario: 2.-SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN Y
SEGUIMIENTO

Revisó: --MARIA ALEJANDRA QUINTERO POVEDA
Proyectó: JORGE ANDRES GARZON PEDROZA

Archívese en: Carpeta de conceptos, Oficina Asesora Jurídica

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.