1.2.

Bogotá, D.C., 2017-02-27 16:08

Señor
Juan David Lopez Castro
juandavidlopezcastro@gmail.com
Calle 12 # 10 - 48 oficina 302 edificio continental plaza
Sogamoso, Boyacá

Asunto: Respuesta Radicado No. 2017008590-1-000 del 07 de febrero de 2017. 15DPE0220-00-2017 sobre aplicación de la sentencia C-273 de 2016 que declaró inexequible el artículo 37 de la Ley 685 de 2001.

Respetado señor López:

En atención al derecho de petición radicado con el número del asunto y en aras de dar respuesta a la solicitud planteada, para establecer el tratamiento que se debe dar a las solicitudes de licencias ambientales que fueron solicitadas con anterioridad a la Sentencia C-273 de 2016 que declaró inexequible el artículo 37 de la Ley 685 de 2001; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA, de conformidad con el numeral 6 del artículo 12 del Decreto 3573 de 2011[1], procede a absolver su consulta de la siguiente manera:

I. Antecedentes

El artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) previó frente a las zonas excluidas de la minería, lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 37. PROHIBICIÓN LEGAL**. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo."*

La norma transcrita fue analizada y su constitucionalidad declarada a través de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional[2].

Ahora bien, en relación con la Sentencia C-273 de 2016, que es objeto de consulta, la misma tuvo en cuenta los pronunciamientos sobre la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685

[1] Decreto 3573 de 2011, *"Artículo 12. Funciones oficina asesora jurídica. Las funciones de la Oficina Asesora Jurídica son las siguientes: (...) 6. Atender las solicitudes que en virtud del ejercicio del Derecho de Petición se presenten ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–. (...)"*

[2] Frente al artículo enunciado, la Corte Constitucional se ha pronunciado en las sentencias que se enuncian a continuación: Sentencia C-891 de 2002, C-395 de 2012, C-123 de 2014. Todos los fallos citados previeron la exequibilidad del artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-273 de 2016.

de 2001, y se manifestó en relación con la cosa juzgada constitucional, principio que dispone que no se puede analizar constitucionalmente lo que ya haya sido objeto de análisis, lo siguiente:

> *"3. Para la Corte tal evento no se presenta en esta ocasión dado que, a pesar de que en tres sentencias previas la Corte se ha ocupado de juzgar la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, los cuestionamientos allí analizados difieren de los propuestos en la demanda sometida ahora a consideración de este Tribunal. En efecto, al paso que en esta ocasión el demandante indica que la referida disposición violó los artículos 151 y 288 de la Constitución debido a la infracción de la reserva de ley orgánica en materia de ordenamiento territorial, las sentencias C-891 de 2002, C-395 de 2012 y C-123 de 2014 examinaron acusaciones diferentes,"* (Subrayas fuera del texto original)

A pesar de lo anterior, resulta pertinente señalar en relación con la sentencia C-273 de 2016, que la Corte Constitucional efectuó un análisis conceptual distinto de los que ya había realizado, para llegar a una conclusión diferente, es decir, la referida a la inconstitucionalidad del artículo 37, ya citado.

Sobre este aspecto, se resalta la posición asumida por la Corte Constitucional, que puede resumirse de la siguiente forma:

> "(…) *33. En esa medida es necesario concluir que el ejercicio de la competencia que le corresponde al legislador ordinario para regular determinadas actividades económicas, como en este caso lo es la explotación de recursos naturales del subsuelo, confluye con otras competencias asignadas a las entidades territoriales de diverso orden, como la de definir los usos del suelo. En tales casos, están de por medio, por un lado, la autonomía de las entidades territoriales para desempeñar sus funciones de planeación y ordenamiento territorial, competencias que constituyen elementos fundamentales de su autonomía, y por el otro, la necesidad de garantizar que la explotación de los recursos del subsuelo beneficie a todas las entidades territoriales, incluyendo aquellas que no poseen dichos recursos. (Subrayas por fuera del texto)*
>
> *34. Para garantizar que cuando confluyan el ejercicio de competencias de entidades de diverso orden* ***el resultado*** *de la voluntad legislativa corresponda a una decisión ponderada entre los diversos bienes jurídicos que están en tensión, el constituyente dispuso una serie de* ***principios de carácter sustantivo****. Es así como las leyes que toquen temas atinentes a las competencias de las entidades territoriales deben respetar los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.*
>
> *En tal sentido se pronunció la Corte en la* ***Sentencia C-123 de 2014*** *(M.P. Alberto Rojas Ríos) previamente mencionada, en la cual condicionó la constitucionalidad del mismo artículo 37 que hoy se estudia, a que: "en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y*

explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, ***mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad*** *previstos en el artículo 288 de la Constitución Política." Para sustentar dicha decisión, la Corte sostuvo:*

'Esto constituye lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado garantía institucional, en tanto es un elemento axial a la identidad del régimen municipal que es reconocido y delineado por normas de naturaleza y, por consiguiente, rango constitucional.

"A partir del contenido normativo derivado del principio de autonomía territorial, ***el legislador en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad –artículo 288 de la Constitución- deberá determinar el método en que serán ejercidas las competencias que se deba y o que se decida atribuir a las entidades territoriales****. En otras palabras, partiendo de que la ley no puede omitir el reconocimiento o la atribución de ciertas competencias a las autoridades municipales, la regulación de su titularidad y ejercicio deberá realizarse en el marco de los principios constitucionales que permiten armonizar los distintos niveles competenciales, como son los consagrados en el artículo 288 de la Constitución." (resaltado fuera de texto original)*

Como se observa entonces, la Constitución dispone de una serie de garantías institucionales de carácter sustantivo, como lo son los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, que permiten armonizar el principio del Estado unitario con el de autonomía de las entidades territoriales.

35. Sin embargo, como lo estableció la Corte en los fundamentos jurídicos 10 a 14 de esta Sentencia, el constituyente no sólo estableció una serie de garantías institucionales de orden sustancial para garantizar la ponderación entre autonomía y el carácter unitario del Estado. Para efectos del análisis del presente caso, resulta aún más importante que el constituyente creó, además, una serie de ***garantías atinentes al procedimiento de toma de decisiones*** *al interior del Congreso en estas materias. (…)"* (Negrillas pertenecen al texto original)

Tal y como lo manifiesta la Corte, los pronunciamientos anteriores obedecieron a la interpretación del marco conceptual y sustantivo de acuerdo a lo previsto por el artículo *sub-examine,* mientras que, el último pronunciamiento de la Corte obedece al respeto por las "garantías atinentes al procedimiento de toma de decisiones".

Hecha esta anotación, la cual resulta necesaria previo a cualquier pronunciamiento, se procederá a dar respuesta a sus inquietudes de manera numerada, teniendo en cuenta la forma como está planteada su petición.

II. Materia objeto de consulta

Se precisa establecer *"(…) el tratamiento que se le debe dar a las solicitudes de licencias ambientales que fueron solicitadas con anterioridad a el pronunciamiento de la corte constitucional de la sentencia C-273 de 2016 que declaró inexequible el artículo 37 de la ley 685 de 2001, el cual establecía la prohibición legal de que los municipios realizaran ordenamiento minero (…)",* de acuerdo a la solicitud del señor Juan David López Castro, relacionada con la declaratoria de inexequibilidad efectuada por la Corte Constitucional.

III. Respuesta a la Petición Efectuada

Se procede a enumerar las preguntas relacionadas en la petición, a las que se da respuesta en términos generales y abstractos:

1. **¿las solicitudes de licencias ambientales radicadas en legal y debida forma con anterioridad a la sentencia C-273 de 2016 y que no fueron resueltas con anterioridad a la expedición de la precitada sentencia pueden ser objeto de licenciamiento en zonas donde el uso del suelo prohíbe la actividad minera?**

Frente a la presente inquietud se debe tener en cuenta si durante la vigencia de la norma, se iniciaron procedimientos administrativos en materia ambiental que tuvieron en cuenta el marco legal vigente, así como la jurisprudencia frente a la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001.

Bajo ese entendido, el tratamiento de cada caso dependerá de la etapa del procedimiento, sin desconocer que el mandato constitucional que ejercen las entidades territoriales se desarrolla con sujeción a las normas vigentes que enmarcan las funciones de las entidades públicas, en este caso, la entidad nacional de licenciamiento ambiental.

Así las cosas, se concluye que cada caso es objeto de valoración particular y en ese entendido el resultado del análisis dependerá de cada situación concreta.

2. El parágrafo del artículo 16 del Decreto 1469 de 2010 compilado en el Decreto 1077 de 2015 contempla que, en términos de licencias urbanísticas, se resolverá con base en las disposiciones vigentes al momento de la solicitud, **¿Es posible una aplicación analógica al ámbito de licenciamiento minero de lo contemplado en el decreto 1469 de 2010, como quiera que ambas son licencias, entendidas como autorizaciones del estado para realizar determinada actividad?**

Frente a su anterior inquietud, vale la pena señalar la definición que sobre el término analogía, expone la Corte Constitucional mediante sentencia C-083 de 1995:

> *"La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. (…) La analogía no constituye una fuente*

> *autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.***"** (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la definición que expone la Corte Constitucional respecto del término analogía, se debe tener en cuenta que hace referencia a una situación en la cual no existe marco legal alguno, respecto del cual otro tiene las mismas características, pero su solución se encuentra contemplada en la ley. De acuerdo a ello, en el marco de este tipo de circunstancias opera el principio de igualdad, tomando como punto de partida, el espíritu de la norma, su objeto y la finalidad para la que fue expedida.

Frente a la inquietud por usted manifestada, esta Entidad considera que no es posible la aplicación analógica del mencionado concepto, teniendo en cuenta que la razón de ser de la licencia ambiental, obedece a situaciones fácticas diferentes que jurídicamente no permiten asimilar la naturaleza de la licencia urbana con la licencia ambiental.

De conformidad con la norma por usted citada, en el licenciamiento urbanístico, al momento de hacer una solicitud para el otorgamiento o modificación de la misma, las condiciones de modo, tiempo y lugar, no varían a pesar de la expedición de nuevas normas que modifiquen el procedimiento a través del cual se llevó a cabo la solicitud. Esto significa que en efecto se respetan los derechos adquiridos por quien realiza la solicitud de licencia urbanística, situación que se traduce en la obligación que tiene la autoridad respectiva en pronunciarse con base en la norma vigente al momento de la solicitud.

En materia ambiental, por su parte, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que no existen derechos adquiridos y que las licencias, permisos y concesiones tienen un trato diferente en la medida que, gozar de un ambiente sano es un derecho colectivo.

Aunado a lo anterior y en relación con la protección de los derechos adquiridos, aclara la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 293 de 2002, que la protección no es absoluta cuando de materia ambiental se trata, de la siguiente manera:

> *"… Tampoco se violan los derechos adquiridos, en razón de que* ***cuando un derecho adquirido se encuentra enfrentado a un derecho ambiental de naturaleza colectiva, si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, siempre la autoridad deberá proteger éste último.*** *Dice el señor Procurador que "lo mismo ocurre, con el test de ponderación que habrá de realizar la autoridad cuando ha de tomar una medida preventiva que ordene la suspensión de una obra o de una actividad, en la medida en que ella siempre va a afectar el derecho al trabajo de quienes laboran en ella, pero ello no puede ser una excusa suficiente y razonable para que la autoridad ambiental no privilegie el derecho ambiental de naturaleza colectiva, cuando la motivación de la medida preventiva sea la de garantizar la sostenibilidad del mismo y evitar los*

daños irremediables a que puede someter esa actividad al ecosistema y con ello la vida."[3] (Negrilla fuera del texto original).

En la misma providencia, la Corte hace énfasis sobre la situación especial que se presenta en materia ambiental frente a la propiedad privada y los derechos adquiridos, pues establece que, al efectuar una ponderación entre los derechos individuales y el derecho colectivo al ambiente, por virtud del principio de solidaridad, debe ceder el primero. Así se pronunció el Alto Tribunal:

"…4.3 ... Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º. Al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que "es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica" (art. 58, inciso 2). Además, señala la Constitución, que el Estado debe "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados." (art.80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de "proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano" (art. 95, ordinal 8)"[4].

De lo anterior se colige que, la licencia ambiental, tiene como objeto fundamental servir como autorización de proyectos, obras o actividades en cumplimiento de las normas sobre medio ambiente, con la finalidad de garantizar y proteger el derecho colectivo a gozar de un medio ambiente sano, por parte de los ciudadanos. El hecho de que se busque salvaguardar el ambiente, requiere una intervención especial del Estado y en ese sentido se procura garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular, lo que tiene como consecuencia una excepción a la regla general sobre los derechos adquiridos.

Así las cosas, se concluye que el deber de protección a los recursos naturales con fundamento en las normas ambientales, tiene naturaleza diferente de la normatividad urbanística, lo que impide la aplicación de la analogía solicitada en materia de derechos adquiridos.

3. De otro lado, varios municipios en sus planes de ordenamiento territorial atendiendo precisamente a la prohibición legal del articulo 37 no determinaron zonas del territorio prohibidas o autorizadas para la minería, es mas no hicieron referencia alguna sobre el particular, esta situación da paso para la siguiente consulta: **¿Pueden solicitarse licencias ambientales para el desarrollo de la actividad minera en zonas donde el uso del suelo no señala prohibiciones, pero donde tampoco se autoriza la actividad minera?**

De conformidad con el Decreto 1076 de 2015 frente al trámite de licenciamiento ambiental la norma es clara en manifestar que cualquier persona interesada en obtener una licencia ambiental debe cumplir los requisitos que se establecen en el Libro 2, Parte 2, Titulo 2, Capitulo 3, Sección 6, sin que exista excepción alguna respecto a la solicitud del trámite enunciado.

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra
[4] Ibídem

Al respecto el artículo 2.2.2.3.6.2. del Decreto 1076 de 2015, establece:

> *"De la solicitud de licencia ambiental y sus requisitos. En los casos en que no se requiera pronunciamiento sobre la exigibilidad del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) o una vez surtido dicho procedimiento,* ***el interesado en obtener licencia ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el estudio de impacto ambiental de que trata el artículo 21 del presente decreto y anexar la siguiente documentación****: (…)*
>
> *Parágrafo 1º. Los interesados en ejecución de proyectos mineros* ***deberán allegar copia del título minero y/o el contrato de concesión minera*** *debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Así mismo los interesados en la ejecución de proyectos de hidrocarburos deberán allegar copia del contrato respectivo. (…)*
>
> *Parágrafo 3º. Las solicitudes de licencia ambiental para* ***proyectos de explotación minera de carbón, deberán incluir los estudios sobre las condiciones del modo de transporte desde el sitio de explotación de carbón hasta el puerto de embarque del mismo,*** *de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3083 de 2007 o la norma que lo modifique o sustituya. (…)"* (Negrilla fuera del texto original)

Sumado a lo anterior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, efectúa la evaluación de los documentos adjuntos a la solicitud, para determinar si es procedente o no el otorgamiento de la licencia ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.3.6.3. del Decreto 1076 de 2015.

Valga la pena mencionar que, esta Autoridad es competente para el otorgamiento de licencias ambientales, en los proyectos, obras o actividades a lo que hace referencia la norma, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 3573 de 2011[5], lo cual obedece a unas condiciones particulares de tiempo, modo y lugar que determinarán el resultado de la evaluación y consecuentemente influirán sobre el otorgamiento o no del instrumento de manejo y control ambiental.

A pesar de lo anterior, no sobra advertir que, en aspectos relacionados con la reglamentación y el uso del suelo, las autoridades competentes deben tener en cuenta los aspectos de orden ambiental dentro del ordenamiento territorial, tal y como lo prevé el numeral primero del artículo 10 de la Ley 388 de 1997. Prevé el mencionado artículo:

> ***"Artículo 10º. 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*

[5] Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA.

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 la prevención de amenazas y riesgos naturales, así:

a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas de estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales;
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;
c) Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales:
d) Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales".

De lo anterior se colige que, en la expedición de las normas de ordenamiento territorial, se debe tener en cuenta el componente ambiental, previsto en la normatividad vigente y en las decisiones adoptadas por las autoridades ambientales regionales o urbanas, quienes a su vez participan en la planificación de los componentes de ordenamiento territorial ambiental en el área de su jurisdicción, de conformidad con lo previsto en el numeral quinto del artículo 31 de la Ley 99 de 1993[6]

Ahora bien, cabe señalar que el ámbito de competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, está circunscrito a la evaluación de las solicitudes de licenciamiento ambiental y por tanto a las funciones señaladas en el Decreto 3573 de 2011, y que, la gestión institucional

[6] Sobre las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, dispone el mencionado numeral:
"Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten;"

de la Autoridad no contempla realizar actividades relacionadas con los planes de ordenamiento territorial, así como tampoco valorar las dificultades que puedan advertirse al respecto.

A pesar de lo anterior, se enfatiza que cada proceso de licenciamiento ambiental es autónomo y se rige por las normas vigentes al momento de su presentación, lo cual no obsta para que la Autoridad Ambiental, haciendo uso de las herramientas tecnológicas correspondientes valore los elementos de ordenamiento territorial que le correspondan a cada caso particular, por lo cual una generalización en este caso tampoco es posible.

Finalmente, se recuerda de conformidad con lo estipulado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual reza: *"Alcance de los conceptos. 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"*, de acuerdo a lo anterior, el presente concepto no es vinculante.

No siendo otro el motivo de la presente, esperamos haber dado respuesta satisfactoria a sus inquietudes y quedamos atentos para resolver cualquier duda que tenga en relación con las mismas.

Cordialmente,

AMPARO RAMOS MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Copia para: Edna Margarita Ángel Palomino, Unidad Coordinadora Para el Gobierno Abierto del Sector Ambiental (UCGA) del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, radicado de salida 1-E2-2017-002069, traslado derecho de petición No. E1-2017-002287 02 de febrero de 2017.

Medio de Envió: Físico

Ejecutores
JORGE ANDRES GARZON PEDROZA
Abogado/Contratista

DIANA LLANOS DIAZ
Profesional Especializado

Revisores
LADY ARBELAEZ ARIZA
Abogado/Contratista

Aprobadores

Aprobadores
AMPARO RAMOS MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Fecha: 22/02/2017

Archívese en: 15DPE0220-00-2017

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.