

Algunas consecuencias del régimen de transición contemplado en el derogado artículo 40 del Decreto 1220 de 2005*

Some consequences of transition regime considered in the repealed article 40 of Decree 1220 dated 2005

Andrés Gómez Rey**

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Colombia

Resumen

El presente artículo de reflexión desea exponer cómo los regímenes de transición del licenciamiento ambiental colombiano han traído como consecuencia dificultades sobre la evaluación, el seguimiento y el control de las actividades que impactan los recursos naturales y por ende sobre el ejercicio de derechos colectivos. Para mostrarlo se utilizará el contenido del artículo 40 del derogado Decreto 1220 de 2005 para así ver: a) cómo algunas acciones adoptadas en pro y defensa del ambiente, por las entidades que componen el Sistema Nacional Ambiental, posiblemente comprendan conflictos de competencia, que al ser resueltos hagan nugatorias las decisiones de al menos una de las enfrentadas, y b) la utilización de las competencias diferenciadas (sin conflicto), las cuales tendrán como consecuencia la nugación del derecho real de uso precario (Devis, 1944) que sobre los recursos naturales se otorga a los particulares a través de las diversas autorizaciones administrativas ambientales.

Palabras clave: Licencias ambientales, Régimen de transición, Conflictos administrativos de competencia, Nugación de derechos.

Abstract

To show how transition regimes of Colombian environmental licensing carry difficulties out on assessment, following and activities control and their impact on natural resources over exercise of these collective rights are addressed in this reflection paper. The content of repealed Article 40, Decree No. 1220 dated 2005 is used to show a) the actions taken within Environmental National System defending and caring of environment, making possible to figure out conflict of competences and once resolved, renders nugatory the decisions by at least one of the parties involved and b) different competences use, which will have as a consequence the ineffectiveness real use of natural resources right (Devis, 1944), throughout different environmental administrative authorizations granted to individuals.

Key words: Environmental licensing, Transition system, Administrative conflict of competences, Rights ineffectiveness.

Cómo referenciar este artículo: Gómez, A. (2015). Algunas consecuencias del régimen de transición contemplado en el derogado artículo 40 del Decreto 1220 de 2005. *Pensamiento Americano*, 8(14), 50-64.

Recibido: Noviembre 11 de 2014 • Aceptado: Febrero 28 de 2015

- * Vinculado al proyecto de investigación titulado “La Participación Administrativa Ambiental en los Procedimientos para el Otorgamiento de Licencias Ambientales”, de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario.
- ** Abogado de la Universidad de la Sabana, especialista en Derecho Ambiental y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de cátedra de pregrado y postgrado de diversas instituciones, entre ellas la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ha sido asesor de entidades públicas y privadas. Actualmente es contratista del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Cuenta con diversas publicaciones sobre derecho ambiental y servicios públicos domiciliarios. agomezrey@icloud.com

Intróito

Los proyectos, obras o actividades que obtuvieron los permisos, concesiones o autorizaciones administrativas de carácter ambiental requeridos para su ejecución antes de la vigencia del Decreto 1753 de 1994, de conformidad con su artículo 38* y siguientes pudieron continuar con sus actividades sin la necesidad de tramitar y obtener licencia ambiental; sin embargo, las autoridades ambientales en aquel entonces obtuvieron la facultad de exigir la presentación de planes de manejo, restauración o recuperación ambiental.

Teniendo como consecuencia que, en vigencia de la citada norma, los permisos ambientales tales como concesiones de agua, aprovechamientos forestales, emisiones atmosféricas

y otros, fuesen suficientes para cubrir jurídicamente los requisitos para adelantar proyectos, obras o actividades de gran envergadura.

Esta situación continuó en el tiempo, ya que el artículo 40 del Decreto 1220 de 2005**, modificado por el Decreto 500 de 2006***, contempló

* Artículo 38°. Régimen de Transición. Los proyectos, obras o actividades, que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente Decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambientales que se requerían, podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.

Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de este Decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener los permisos, licencias, concesiones y autorizaciones de carácter ambiental exigidos por las leyes en ese momento vigentes, continuarán su trámite de acuerdo con las mismas y en caso de obtenerlos podrán adelantar el proyecto, obra o actividad, pero la autoridad ambiental podrá exigirles, mediante providencia motivada la presentación planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.

Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requerirán Licencia Ambiental. Tampoco requerirán Licencia Ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente Decreto. Lo anterior no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental.

Parágrafo. Para la transitoriedad de la competencia para el otorgamiento de licencias ambientales, se estará a lo dispuesto en el Decreto 632 de 1994.

** Artículo 40°. Régimen de transición. Los proyectos a los que se refieren los artículos 8° y 9° del presente decreto, que hayan iniciado actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 y no cuenten con autorización ambiental para su operación podrán continuar, para lo cual deberán presentar ante la autoridad ambiental competente un Plan de Manejo Ambiental. De igual forma, aquellos que se encuentren inactivos y pretendan reanudar actividades, deberán presentar un Plan de Manejo Ambiental para su evaluación y establecimiento. Los interesados deberán presentar el Plan de Manejo Ambiental a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación del presente decreto.

Parágrafo 1°. El Plan de Manejo Ambiental a que se refiere el presente artículo, es el instrumento de manejo y control ambiental para el desarrollo de los proyectos, obras y actividades cobijadas por el régimen de transición.

Parágrafo 2°. Para efectos de la presentación del Plan de Manejo Ambiental, el interesado deberá solicitar a la autoridad ambiental competente los términos de referencia correspondientes, los cuales se acogerán a lo establecido en el artículo 13 del presente decreto y serán expedidos dentro del mes siguiente a la radicación de la solicitud.

Parágrafo 3°. En los casos a que haya lugar, se deberán tramitar y obtener ante las respectivas autoridades ambientales, los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se requieran para tal efecto. Para el establecimiento del Plan de Manejo ambiental, se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 23 y 25 del presente decreto.

*** Artículo 40°. Régimen de transición. El régimen de transición se aplicará a los proyectos, obras o actividades de que tratan los artículos 8° y 9° del presente decreto, y que se encuentren en los siguientes casos:

1. Los proyectos, obras o actividades, que de acuerdo con las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, continuarán sus actividades sujetos a los términos, condiciones y obligaciones señalados en los actos administrativos así expedidos.

2. Los proyectos, obras o actividades, que con anterioridad a la expedición del presente decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener la correspondiente Licencia Ambiental o el establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, exigido por la normatividad en ese momento vigente, continuarán su trámite de acuerdo con la misma y en caso de obtenerlos podrán adelantar y/o continuar el proyecto, obra o actividad.

3. Los proyectos, obras o actividades que hayan iniciado su operación antes de la expedición de la Ley 99 de 1993, y que a la entrada en vigencia del presente decreto, pretendan reanudar actividades, deberán presentar ante la autoridad ambiental competente un Plan de Manejo Ambiental para su respectiva evaluación y establecimiento.

4. Los proyectos, obras y actividades que se encuentren

que los proyectos que hubieran iniciado sus actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 y no contaran con licencia ambiental podrían continuar con sus actividades siempre y cuando presentasen para aprobación a la autoridad ambiental un plan de manejo ambiental (en adelante PMA).

La aprobación de dichos PMA, no implica en todos los casos que con ellos se entreguen los demás permisos, concesiones o autorizaciones necesarias para la utilización de los recursos naturales. Es decir, algunos (no todos) los planes de manejo ambiental que por obligación debieron presentar quienes adelantaran megaproyectos, obras o actividades, no com-

prendieron u otorgaron los permisos ambientales para el desarrollo de los mismos, viéndose entonces en la obligación de obtenerlos.

De la reflexión propuesta, aun con la entrada en vigencia del Decreto 2041 de 2014 que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 2015, que de manera definitiva consolidó la licencia global (por contener en su interior todos y cada uno de los permisos requeridos); encontramos megaproyectos, obras o actividades que no cuentan con licencia ambiental para el desarrollo de sus actividades, sino que por el contrario están amparados tanto en los planes de manejo ambiental objeto de transición, como en los permisos ambientales que tuvieron que obtener con el fin de usar los recursos naturales renovables.

Ahora bien, en esta última norma citada, actualmente vigente, en la cual se encuentran relacionados de manera taxativa los proyectos, obras y actividades que para su ejecución deben obtener de manera previa una licencia ambiental (salvo el citado régimen de transición), también se establecieron las competencias para otorgar dichos mecanismos de gestión y control ambiental al interior de las entidades que componen el Sistema Nacional Ambiental* (en adelante SINA).

operando a la entrada en vigencia del presente decreto y no cuenten con la Licencia Ambiental respectiva, deberán presentar un Plan de Manejo Ambiental ante la autoridad ambiental competente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, para su respectiva evaluación y establecimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la imposición de las medidas preventivas y sancionatorias a que haya lugar.

Parágrafo 1°. En los casos antes citados, las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias, de conformidad con el artículo 33 del presente decreto.

Parágrafo 2°. Los proyectos, obras o actividades que en virtud de lo dispuesto en el presente decreto no sean de competencia de las autoridades que actualmente conocen de su evaluación o seguimiento, deberán ser remitidos a la autoridad ambiental competente para los efectos a que haya lugar.

Parágrafo 3°. Las autoridades ambientales deberán fijar los términos de referencia dentro del mes siguiente a la solicitud del Plan de Manejo Ambiental, para los casos de que tratan los numerales 3 y 4 del presente artículo.

Parágrafo 4°. En el evento de establecerse el Plan de Manejo Ambiental de que trata el presente artículo, se deberán tramitar y obtener ante las respectivas autoridades ambientales, los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se requieran para el efecto.

Parágrafo 5°. Para los casos a que se refiere los numerales 3 y 4 del presente artículo, se aplicará el procedimiento señalado en los artículos 23° y 24° numerales 1 y 2 del presente decreto. Allegada la información adicional de que trata el último numeral, la autoridad ambiental competente dispondrá de quince (15) días para el respectivo pronunciamiento.

*. Debemos indicar que aunque no se sabe a ciencia cierta quienes integran el SINA ya que, el estar relacionado con el ambiente puede incluir diversas autoridades tales como: Contraloría, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Instituto Colombiano Agustín Codazzi, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Interior, los entes territoriales y otros; si existen unas que

poseen la acción ambiental como competencia funcional primaria tales como:

a) El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, antes Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, fue creado con la Ley 99 de 1993 como rector y encargado de formular la política ambiental colombiana. Se constituye como la cabeza visible del organigrama estatal.

Como nota, el ministerio no es superior jerárquico de otras entidades y en consecuencia no revisa las actuaciones de las demás instituciones en sede de vía gubernativa, lo cual para nosotros es importante ya que los permisos ambientales emitidos por la CAR no poseen recurso de apelación ante el ministerio. En el caso que un particular esté en contra del contenido del acto administrativo –en adelante AA–, estará llamado a demandarlo ante la jurisdicción administrativa.

b) la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, que fue creada por el Decreto-Ley 3572 de 2011 como una Unidad Administrativa Especial, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos a licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País.

La cual cuenta entre sus funciones las consagradas en el numeral 1º, 2º, 7º del artículo 3º del citado Decreto-Ley:

1. 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...

2. Realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales...

7. Adelantar y culminar el procedimiento de investigación, preventivo y sancionatorio en materia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009, sobre aquellas actividades que por competencia haya otorgado licencia, permiso o trámite ambiental, o impuesto Planes de Manejo Ambiental...

c) Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible, quienes son autoridad ambiental de carácter regional, llamadas a la protección y vigilancia de los recursos naturales renovables. Veremos en la exposición de la CAR, su naturaleza y otros ingredientes importantes.

d) Los grandes centros urbanos que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 66 de la Ley 99 de 1993 poseen las mismas funciones de las CAR, en el área urbana de los municipios con una población mayor o igual a un millón de habitantes; entre ellas encontramos: Secretaría Distrital de Ambiente en el Distrito Capital de Bogotá, Departamento Administrativo para la Gestión del Medioambiente en Cali, Unidad Ambiental del Valle de Aburrá en Medellín, el Departamento Técnico Administrativo Distrital del Medioambiente en Barranquilla, Departamento Administrativo del Medioambiente en Santa Marta y el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena.

e) Los institutos de investigación y el subsistema de investigación ambiental, llamados a generar tendencias técnicas sobre la materia. Sobre estos hay que indicar que aunque poseen funciones similares a las CAR, no se conoce permiso ambiental por ellos otorgados. Entre ellos encontramos los Institutos de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt”, Instituto Amazónico de Investigaciones “SINCHI” y el Instituto de Investigaciones

En dicha repartición funcional, se cuenta actualmente que existe: una Autoridad Nacional de Licencias Ambientales relacionada únicamente con licenciamiento ambiental y su correspondiente régimen de transición, las corporaciones autónomas regionales, otras de desarrollo sostenible y los grandes centros urbanos, que poseen como competencia funcional expedir licencias ambientales y su régimen de transición, y otorgar todos y cada uno de los permisos ambientales que comprende el ordenamiento jurídico.

Nos encontramos entonces ante un caso particular pero bastante común al interior del SINA, en el cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales es competente para realizar el seguimiento, vigilancia y control de aquellos planes de manejo ambiental presentados en virtud del régimen de transición contenido en el artículo 40 del Decreto 1220 de 2005; pero, por cuanto el mismo no comprende los permisos ambientales que sobre los recursos naturales se requieran, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible o los grandes centros urbanos, también tendrán

Ambientales del Pacífico “John von Neumann”, entre otros.

f) Las cinco unidades ambientales urbanas y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales encargada de “[...] del manejo y administración [...]” de los parques. La anterior enunciación es netamente práctica ya que como se indicó “[...] Hay indefinición en los integrantes del sistema, ya que las entidades estatales responsables de la política y la acción ambiental pueden ser muchas o pocas, según las interpretaciones del caso [...]”. No obstante aquellas instituciones que pueden ser consideradas autoridad ambiental por su designación legal funcional y práctica comportamental son el Ministerio, las CAR y los grandes centros urbanos.

competencias sobre esta actividad, únicamente relacionada con las autorizaciones en cita.

Dicha situación ha venido presentando un control concurrente por parte de las diversas autoridades que componen el SINA, generando además en muchas ocasiones conflictos (positivos o negativos) de competencias, contemplados en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2001; lo cual identificamos como nuestro problema jurídico: ¿Qué efectos jurídicos conlleva que exista la vigilancia y el control de dos autoridades ambientales sobre un mismo proyecto, así sean diferenciables sus competencias? Más aun, ¿qué consecuencias existen cuando estos controles concurrentes se expresan en facultades sancionatorias? (o *ius puniendi* del Estado).

Para lograr visualizar *a posteriori* si estas minucias legales poseen efectos negativos en la protección de derechos colectivos, en especial sobre el ambiente, el escrito pretende mostrar tecnicismos normativos que presuntamente amenazan derechos colectivos, como pueden ser los regímenes de transición que contemplan las normas relacionadas al licenciamiento ambiental, que han traído como consecuencia que el control concurrente antes citado pueda generar una serie de efectos nugatorios sobre los derechos otorgados a un particular sobre los recursos naturales, en especial aquellos sancionatorios que contemplan las entidades que componen el Sistema Nacional Ambiental (en adelante SINA).

Para lograr su completo estudio, el texto ha sido dividido en tres partes. La primera de ellas hace una breve referencia sobre los derechos colectivos, como marco descriptivo a tener en cuenta, ya que lo que se pretenderá en los subsiguientes acápite será demostrar inconvenientes normativos que los puedan afectar. La segunda aborda de manera general la descripción, origen y conceptos del problema planteado (el control concurrente y las competencias diferenciables, pero interdependientes); y la tercera analiza las consecuencias que la práctica jurídica contempla alrededor del problema planteado (conflictos administrativos de competencia positivos, efectos nugatorios de los derechos de los particulares y algunas reflexiones sobre la facultad a prevención de las autoridades ambientales); para culminar con la recopilación de lo observado en unas conclusiones, buscando establecer si efectivamente estas complicaciones técnico-jurídicas están llamadas a desproteger los derechos colectivos.

El método utilizado para el presente escrito parte de la recopilación y análisis de bibliografía especializada relacionada, en la búsqueda de dogmática jurídica para la descripción, conocimiento y mejoramiento del entorno jurídico.

De los derechos colectivos

Han sido entendidos como difusos*, supra-individuales** o transpersonales, teniendo en

* Pertenecen a comunidades relacionadas por cuestiones de hecho, más no por vínculos jurídicos.

** Más allá de un solo individuo.

cuenta que la posición jurídica del sujeto propietario del derecho son grupos de personas* como una sola individualidad; los cuales generan tanto límites al actuar del Estado, como obligaciones con los particulares.

Pero más que derechos, han sido tratados de manera restringida como *intereses*. En palabras de Arango (2005, p. 81), un derecho colectivo existe cuando:

- Se encuentra un aspecto de interés de los seres humanos que justifica tener a personas sujetas a un deber.
- Estos intereses responden a aquellos que poseen los individuos miembros de una comunidad llamados al beneficio público.
- Ningún interés individualmente considerado es suficiente para justificar tener a otra persona sujeta a un deber.

Entonces, ese interés se ha diferenciado de dos maneras: En uno básico que comprende la satisfacción de necesidades y uno jurídico que corresponde a aquel definido en la norma *ius fundamental* o en la ley como tal, para que sean protegidos por los diferentes operadores jurídicos (administrativos o judiciales) (Martínez, 2007, pp. 44-47). De aquí la existencia de intereses legítimos, más no jurídicos y otros jurídicos identificados con derechos; en especial los llamados colectivos.

Si bien es posible encontrar visiones (Mesa, 2010) que no identifican los derechos colectivos con el ambiente, sino que por el contrario promueven la existencia de derechos ambientales no difusos, como los colectivos, trataremos los mismos de forma unificada.

El ambiente como derecho colectivo en Colombia es reconocido a partir de la Constitución de 1991, en Capítulo III del Título II llamado *De los derechos, las garantías y los deberes*, donde podemos encontrar: El derecho al ambiente sano (Art. 79); al desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución de los recursos naturales (Art. 80); a la seguridad contra armas químicas, biológicas y nucleares, y residuos nucleares y desechos tóxicos (Art. 81); a los recursos genéticos (Art. 81); y al espacio público (Art. 82); finalizando con el mandato del artículo 88 en donde se ordena la generación de un cuerpo normativo que comprenda las acciones constitucionales para su protección, así:

Las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (Art. 88).

Sin olvidar lógicamente que:

* *Per se*, su violación puede lesionar los derechos individuales de cada persona.

Aunque la acción de tutela, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional, no es el mecanismo idóneo para lograr la garantía de los derechos colectivos, cuando el desconocimiento de un derecho de esta categoría, viola o amenaza un derecho fundamental, esta se convierte en procedente... (Corte Constitucional Sentencia T-187 de 2014).

Sin embargo, el tamaño o dispersión de las normas relacionadas con el ambiente en el país es tan amplio que su estudio, análisis y casuística son insuperables. Por tal razón, ha venido presentándose un fenómeno de desprotección de los derechos colectivos, en especial del derecho a gozar de un ambiente sano, por el simple hecho de vacíos, contradicciones, múltiples remplazos normativos, derogaciones, interpretaciones judiciales, transiciones, entre otros.

Con el fin de mostrar que esta falta de coherencia, unidad, elementos teóricos del actual derecho ambiental, ha traído como consecuencia la desprotección de derechos colectivos y del ambiente, afectando así la calidad de vida de los colombianos y logrando que el fin de esta reglamentación se esté desconociendo, exponemos una de las tantas posibilidades de esta joven rama del derecho.

Descripción, origen y conceptos del problema

Tómese la siguiente descripción como el punto de referencia que da lugar a la siguiente tesis: La indeterminación conceptual, disper-

sión normativa y ausencia de contenido cierto y dogmático del derecho ambiental lo hace especial y diferente a sus congéneres, por tal razón los fines que persigue, no se ven efectivamente conquistados con la aplicación de sus entidades semánticas.

En la actualidad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2820 de 2010 y su modificación (Decreto 2041 de 2014 que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 2015), requieren licencia* como instrumento de manejo, seguimiento y control ambiental, los proyectos, tales como:

- En el sector de hidrocarburos: Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular y las actividades de exploración sísmica en las áreas marinas del territorio nacional; los proyectos de perforación exploratoria por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes; la explotación de hidrocarburos que incluye, la perforación de los pozos de cualquier tipo, la construcción de instalaciones propias de la actividad, las obras complementarias incluidas el transporte interno de fluidos del campo

* Entendida como “la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medioambiente o introducir modificaciones considerables o notorios al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada” de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 2820 de 2010.

- por ductos, el almacenamiento interno, vías internas y demás infraestructuras asociadas y conexas; el transporte y conducción de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se desarrollen por fuera de los campos de explotación que impliquen la construcción y montaje de infraestructura de líneas de conducción... incluyendo estaciones de bombeo y/o reducción de presión y la correspondiente infraestructura de almacenamiento y control de flujo; los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos líquidos, entendidos como la infraestructura de almacenamiento asociada al transporte de este compuesto orgánico y sus productos y derivados por ductos; la construcción y operación de refinerías y los desarrollos petroquímicos que formen parte de un complejo de refinación; y otros.
- En el sector minero: La explotación de carbón, materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos, minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas y otros minerales y materiales.
 - Siderúrgicas, cementeras y plantas concretas fijas.
 - La construcción de presas, represas o embalses, cualquiera sea su destinación con capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua.
 - En el sector eléctrico: La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica; los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes; el tendido de las líneas de transmisión del Sistema Nacional de Interconexión Eléctrica, compuesto por el conjunto de líneas con sus correspondientes módulos de conexión (subestaciones) y los proyectos para la generación de energía nuclear.
 - En el sector marítimo y portuario: La construcción o ampliación y operación de puertos marítimos y los dragados de profundización de los canales de acceso a puertos marítimos y los de mantenimiento.
 - La construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas pistas en los mismos.
 - En la ejecución de obras públicas:
 - a) Proyectos de la red vial referidos a: La construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructuras asociadas a la misma; la construcción de segundas calzadas; y la construcción de túneles con sus accesos.
 - b) Ejecución de proyectos en la red fluvial nacional referidos a: La construcción y operación de puertos públicos; rectificación de cauces, cierre de brazos, meandros y madrevejas; la construcción de espolones; desviación de cauces en la red fluvial y los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas.
 - c) La construcción de vías férreas y/o variantes de la red férrea tanto pública como privada.
 - d) La construcción de obras marítimas duras (rompeolas, espolones, construcción

- de diques) y de regeneración de dunas y playas.
- La construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje.
 - La producción de pesticidas y la importación de los mismos en los siguientes casos:
 - a) Pesticidas o plaguicidas para uso agrícola, con excepción de los plaguicidas de origen biológico elaborados con base en extractos naturales. La importación de plaguicidas químicos de uso agrícola se ajustará al procedimiento establecido en la Decisión Andina 436 de 1998, o la norma que la modifique o sustituya;
 - b) Pesticidas o plaguicidas veterinarios, con excepción de aquellos de uso tópico para mascotas y los accesorios de uso externo tales como orejeras, collares, narigueras, etc.
 - c) Pesticidas o plaguicidas para uso en salud pública.
 - d) Pesticidas o plaguicidas para uso industrial.
 - e) Pesticidas o plaguicidas de uso doméstico, con excepción de aquellos plaguicidas para uso doméstico en presentación o empaque individual.
 - La importación y/o producción de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales de carácter ambiental, salvo en aquellos casos en que dichas normas indiquen una autorización especial para el efecto. Tratándose de Organismos Vivos Modificados –OVM–, para lo cual se aplicará en su evaluación y pronunciamiento únicamente el procedimiento establecido en la Ley 740 de 2002, y en sus decretos reglamentarios o las normas que lo modifiquen sustituyan o deroguen.
 - Los proyectos que afecten las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales:
 - a) Los proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales por realizarse al interior de estas, en el marco de las actividades allí permitidas.
 - b) Los proyectos, obras o actividades señalados en los artículos 8° y 9° del presente decreto, localizados en las zonas amortiguadoras del Sistema de Parques Nacionales Naturales previamente determinadas, siempre y cuando sean compatibles con el Plan de Manejo Ambiental de dichas zonas.
 - Los proyectos, obras o actividades a realizarse al interior de las áreas protegidas públicas.
 - Los proyectos que requieran trasvase de una cuenca a otra con corrientes de agua.
 - La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas, híbridos o variedades foráneas con fines de cultivo, levante, control biológico, reproducción y/o comercialización, para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre, entre otros.
- Entregando a la ANLA la vigilancia y el

control de aquellos proyectos obras y actividades que poseen mayores cantidades, dimensiones y en general elementos cuantitativos y cualitativos a las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible y a los grandes centros urbanos las demás.

Como se dijo en el introito, las actividades que en el anterior listado se encuentren en cabeza de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y hubiesen comenzado su ejecución antes de la vigencia de la Ley 99 de 1993, tendrán como instrumento de manejo y control un plan de manejo ambiental, más no la licencia ambiental.

Pero, cuando este PMA no contemple en su interior los permisos, autorizaciones, concesiones y asociaciones necesarias para la utilización de los recursos naturales renovables, deberán obtenerse en sede de las autoridades ambientales regionales.

El control concurrente. Encontramos con lo dicho anteriormente que existen dos competencias separadas y diferenciables que se constituyen en la función administrativa ambiental, la cual sin embargo posee una delgada línea, que permite confusiones alrededor de las acciones de vigilancia, seguimiento y control que ejerzan.

Sobre el caso en particular antes expuesto, bajo el cual trabajaremos (es decir en el cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

es competente para realizar el seguimiento, vigilancia y control de aquellos planes de manejo ambiental presentados en virtud del régimen de transición contenido en el artículo 40 del Decreto 1220 de 2005; pero, por cuanto el mismo no comprende los permisos ambientales que sobre los recursos naturales se requieren, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible o los grandes centros urbanos, también tendrán competencias sobre esta actividad, únicamente relacionada con las autorizaciones en cita), encontramos dos competencias separadas, diferenciables pero al mismo tiempo confusas.

Por un lado ANLA posee la función de aprobar, vigilar y controlar lo relacionado con los planes de manejo ambiental descritos (según sus competencias); por lo cual toda actividad que esté directamente relacionada con los proyectos del Decreto 2041 de 2014, deberá ser por ella conocida.

De otra parte están también las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible y los grandes centros urbanos, que cuentan con las funciones establecidas en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, a través de las cuales son la máxima autoridad en su jurisdicción, en especial sobre el otorgamiento, seguimiento, vigilancia y control de autorizaciones, concesiones, asociaciones, permisos y licencias ambientales; que comprenden los megaproyectos que vigila la ANLA.

En estricto sentido, esto no debe presentar ninguna complicación ya que:

...si cada una de dichas autoridades ejerce una función pública distinta, mal podría hablarse de un conflicto de competencias, aunque la actuación se origine en los mismos hechos, recaiga sobre las mismas personas e incluso se rija por el mismo procedimiento y tenga efectos similares... (Rodríguez, 2001, p. 245).

Sin embargo, en el ejercicio práctico del derecho ambiental, no es tan claro el actuar de cada una, generando así, ciertas tensiones entre las entidades citadas.

Competencias diferenciables, pero interdependientes. Se debe advertir que, aunque las competencias antes descritas son plenamente diferenciables, no implica esto que sean totalmente independientes. Piénsese como, las

decisiones que se tomen sobre los recursos naturales renovables (a través de autorizaciones, concesiones y permisos ambientales) van a impactar directamente en el desarrollo del megaproyecto objeto de PMA y, al contrario, las decisiones que se adopten sobre el megaproyecto en temas ambientales tendrán relación directa con los recursos naturales objeto de permiso.

Así pues, encontramos una particular situación (jurídicamente avalada), en donde una sola función administrativa (la ambiental) es ejercida por dos autoridades del mismo ramo, las cuales seguramente en algún momento se enfrentarán. De lo dicho hasta el momento:

De las consecuencias que la práctica jurídica contempla en el problema

Con el fin de llamar la atención sobre los efectos negativos de la transición en comento, se expondrán dos casos en particular. El primero a través de simples conflictos positivos

Autoridad ambiental competente	
Autoridad Nacional de Licencias Ambientales	Corporaciones autónomas regionales, de desarrollo sostenible o grandes centros urbanos
Objeto sobre el cual recae la competencia de cada autoridad	
Megaproyecto <i>in genere</i>	Uso de los recursos naturales renovables como el agua, el aire, la flora, la fauna, entre otros
Instrumento de manejo, gestión y control ambiental	
Plan de manejo ambiental	Permisos, concesiones, autorizaciones, asociaciones y/o autorizaciones administrativas
Norma que permite que una entidad vigile ambientalmente el proyecto de manera general y otra los recursos naturales relacionados con el mismo	
el derogado artículo 40 del Decreto 1220 de 2005	

Fuente: Elaboración propia.

de competencias y el segundo a través de los efectos nugatorios de las competencias sancionatorias de cada entidad.

Conflictos administrativos y positivos de competencias. Aunque algo simple, desde el punto de vista práctico supongamos que:

- I) La autoridad ambiental que vigila el macro proyecto conceptúa que determinada actividad deberá realizarse de la forma “Y”, sin embargo la autoridad que concedió el permiso estableció que la forma correcta es “X”; situación que ocasiona un conflicto de competencia.
- II) Producto de la ejecución del megaproyecto, se realizó la afectación de un recurso natural en el cual existe plena y exclusiva competencia de la autoridad regional, más sin embargo la entidad que vigila el proyecto toma determinaciones al respecto, generando igualmente conflictos de competencia.

Teniendo en cuenta que la competencia es diferenciada se deberá establecer qué entidad es la competente para decidir el asunto. Es decir, solo podrá haber un sujeto activo en la relación jurídico-estatal. Recordemos que:

...el sujeto activo es, por regla general, el depositario de la competencia necesaria para crear el acto administrativo. Esto es, el órgano del Estado... revestido de funciones administrativas para adoptar decisiones de manera unilateral tendientes a crear, modificar o extinguir en el mundo jurídico... (Santofimio, 1998, p. 140).

Dicho sujeto será quien, bajo las reglas de la teoría de los actos administrativos unilaterales contemple la competencia para actuar; entendiéndose además como competencia:

...la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden público, es decir que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad (Rodríguez, 2001, p. 247).

Pero no es una tarea fácil. Para ello, Rodríguez, plantea que la competencia posee tres elementos –la *ratione materiae*, que hace referencia a la materia específica o diferenciadora de la competencia, la *ratione loci*, que trata el aspecto territorial, o el espacio físico en el cual se puede ejercer la competencia y por último la *ratione temporis*, que muestra el lapso de tiempo durante el cual la autoridad ambiental puede ejercer legalmente su funciones– bajo los cuales es posible comprender quién es el llamado a conocer la cuestión. Esta labor de resolver los presuntos conflictos de competencia es del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Pero para entender bien qué es un conflicto, veamos algunas generalidades.

Existen dos tipos de conflicto*: Uno posi-

* Siguiendo al Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de julio de 2009. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Rad: 11001-03-06-000-2009-00037-00(C).

tivo que se presenta cuando las entidades administrativas se consideran competentes para conocer un asunto en concreto, y otro negativo cuando las dos autoridades rehúyen la competencia para asumir. Para conocer si efectivamente existen estas clases de controversias, un tercero* deberá decidirlo teniendo en cuenta que:

- Deben existir al menos dos entidades que manifiesten su voluntad de reclamar o negar la competencia sobre un asunto determinado.
- La tensión debe tener exclusiva naturaleza administrativa y no judicial** o legislativo***.
- La competencia reclamada debe recaer sobre un asunto específico o en concreto****.
- La definición de competencias es anterior a la conclusión de la actuación administrativa, lo que quiere decir que se produce durante el trámite, puesto que una vez expedido el acto administrativo definitivo, lo procedente es acusar su ilegalidad, pues como se observó anteriormente, la falta de competencia es una de las causales de nulidad del acto administrativo***** (Álvarez, 2012).

* Que en el caso del Sistema Nacional Ambiental será el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. "Si se trata de dos organismos o entidades que integran el mismo sector administrativo, resolverá el ministro o director de departamento administrativo correspondiente", cuenta Álvarez (2012).

** Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006. C.P.: Gustavo Aponte Santos. Rad: 11001-03-06-000-2006-00102-00(C).

*** Ver, entre otros, Auto del 23 de febrero 2006. Radicación No. 110010315000200100755 00. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Auto del 28 de junio de 2006. Radicación No. 11001-03-06-000-2006-00065-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

**** Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006. C.P.: Gustavo Aponte Santos. Rad: 11001-03-06-000-2006-00102-00(C).

***** Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2008-00072.

Sentido en el cual, en el momento en el que el Ministerio decida el conflicto, dejará sin competencia para conocer la cuestión a alguna de las entidades enfrentadas; haciendo pues nugatorias sus facultades legales diferenciables al menos para esa precisa situación.

Es decir, suponiendo que las medidas de protección ambiental con mayores efectos y garantías de conservación sobre los recursos naturales fueron implementadas por la ANLA y ella misma sale vencida en el conflicto de competencias, sus actuaciones quedarán sin piso jurídico y no necesariamente serán continuadas por la autoridad ambiental regional; o al contrario.

Para estudiar un caso en concreto véase la Resolución MADS No. 390 del 12 de marzo de 2014, en la cual se plantea un conflicto de competencias por las causas acá expuestas.

Efectos nugatorios de los derechos de los particulares por el ejercicio de las competencias concurrentes. Expondremos a continuación, un caso en el cual las decisiones de las autoridades objeto de control concurrente (sin que choquen) tienen como consecuencia la anulación de los derechos que los particulares posean. Supongamos que:

La autoridad que aprueba el PMA, para nuestro caso la ANLA, mediante acto administrativo motivado impusiese medida preventiva consistente en la suspensión de actividades al

megaproyecto*, esto tendría un efecto sobre los permisos ambientales otorgados por otra autoridad ambiental, ya que haría imposible el uso de los recursos naturales renovables en dicha actividad.

De otra parte, si la autoridad que otorga los permisos, mediante acto administrativo motivado impusiese medida preventiva de suspensión de actividades sobre el uso de los recursos naturales renovables inmersos en un megaproyecto, esto tendría efectos directos sobre el mismo impidiendo su ejecución. De cualquier manera corresponde a la autoridad ambiental que imponga la medida analizar su efectividad y pertinencia.

Situación que impedirá a los particulares ejercer sus derechos de uso sobre los recursos naturales, bien sea en ejecución de un megaproyecto o mediante permiso, concesión o asociación.

Conclusión

Los derechos colectivos relacionados con el ambiente están actualmente en crisis por los defectos de las normas elaboradas presuntamente para su protección. A manera de ejemplo, vimos como el derogado artículo 40 del Decreto 1220 de 2005, contempla un régimen de transición que trae como consecuencia jurídica tanto conflictos de competencia administrativa de tipo positivo como la nulación del

derecho real de uso precario que poseen los particulares sobre los recursos naturales; generando así complicaciones innecesarias al interior del Sistema Nacional Ambiental.

Sentido en el cual unificar los mecanismos de gestión, evaluación y control ambiental y ordenar la transformación de los planes de manejo ambiental en cabeza de los proyectos que comenzaron con sus actividades antes de la vigencia de la Ley 99 de 1993, hacia el licenciamiento ambiental global, es necesario con el fin de evitar lo antes citado.

Por tal razón, se desea simplemente hacer un llamado de atención al Estado colombiano para que de manera coherente genere entidades semánticas que efectivamente logren proteger los derechos colectivos relacionados con el ambiente.

Referencias

- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Álvarez, L. (Diciembre de 2012). Conflictos de Competencias Administrativas en Colombia. En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*.
- Consejo de Estado Colombiano. Auto del 23 de febrero 2006. Radicación No. 110010315000200100755 00. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Auto del 28 de junio de 2006. Radicación No. 11001-03-06-000-2006-00065-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

* En pro de lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009.

- Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006. C.P. Gustavo Aponte Santos. Rad: 11001-03-06-000-2006-00102-00(C).
- Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión 2008-00072.
- Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de julio de 2009. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad: 11001-03-06-000-2009-00037-00(C).
- Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006. C.P. Gustavo Aponte Santos. Rad: 11001-03-06-000-2006-00102-00(C).
- Devis, H. (1944). *El Régimen de las Aguas en Derecho Colombiano*. Bogotá: Antena S.A.
- Martínez, M. (2007). *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mesa, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "estado ambiental de derecho"* (2 ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo, general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Santofimio, J. (1998). *Tratado Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.