

JAVIER ALFREDO MOLINA ROA

*Los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas
Hidrográficas –POMCA– como determinantes de licencias,
permisos y autorizaciones ambientales. El conflicto
entre el desarrollo económico y el ordenamiento
ambiental del territorio*

SUMARIO

Introducción. I. La Construcción de una Autonomía para la Ordenación Ambiental del Territorio. II. Los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas, un nuevo elemento de poder para las autoridades ambientales. III. La primera reglamentación sobre ordenación y manejo de cuencas. El Decreto 2857 de 1981. IV. El refuerzo de la jerarquía normativa de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas. El Decreto 1729 de 2002. V. Un nuevo aire para la ordenación y manejo de cuencas. El Decreto 1640 de 2012. VI. Los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas, como determinantes de permisos, concesiones y autorizaciones ambientales. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

En el presente documento se hace un recuento de los orígenes del ordenamiento del territorio en Colombia y su proceso paralelo de planificación y ordenamiento ambiental territorial. Igualmente se analizan las diferentes reglamentaciones sobre ordenación y manejo de cuencas que se originan en los principios del Decreto Ley 2811 de 1974, destacando sus principales cambios y avances. Con fundamento en los postulados normativos vigentes sobre los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas –POMCA– y los pronunciamientos jurídicos de las autoridades ambientales, se examina la jerarquía normativa de los Decretos 2857 de 1981, 1729 de 2002 y 1640 de 2012 y sus implicaciones en relación con las licencias ambientales y los permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, así como el alcance de las facultades otorgadas a las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR– con el objeto de proponer algunos lineamientos de interpretación y aplicación de la legislación sobre ordenación y manejo de cuencas hidrográficas dentro de un enfoque abierto, integrador y participativo.

PALABRAS CLAVE

Cuenca, ambiental, ordenación, licencias, planificación.

ABSTRACT

This paper examines the origins of land use planning in Colombia and its parallel process of environmental and territorial planning. The different regulations about management of watersheds based in the principles of Decree 2811 of 1974 are also analyzed, highlighting their main changes and forward, based on the current normative postulates on POMCA and the legal pronouncements of the environmental authorities. The document carry out the analysis of hierarchy of Decrees 2857 de 1981, 1729 de 2002 and 1640 de 2012 and their implications in relation to environmental licenses and permits, and authorizations for the use of renewable natural resources, as well as and the scope of the faculties granted to the Regional Autonomous Corporations for the watersheds planning and regulation, with the purpose of proposing some lines of interpretation and application of the legislation on the management of watersheds under an open, integral and participatory approach.

KEY WORDS

Watersheds, environmental, management, licenses, planning.

INTRODUCCIÓN

El desencuentro entre los instrumentos de planificación y ordenación ambiental del territorio y el desarrollo económico ha venido adquiriendo gran relevancia en los últimos años en Colombia. Los procesos de construcción e implementación de los Planes y Esquemas de Ordenamiento Territorial por los municipios así como la formulación y aprobación de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas –POMCA–, plantean un nuevo modelo de organización y gestión del territorio, que otorga gran relevancia a los aspectos ambientales, económicos y sociales, tanto locales como regionales, si bien sus manifestaciones normativas chocan en muchas ocasiones con las propuestas de desarrollo económico y productivo proyectadas sobre el mismo territorio que se pretende administrar.

Lo que se viene evidenciando a lo largo del país son las importantes diferencias entre la visión desarrollista de los agentes públicos o privados que impulsan proyectos productivos, de infraestructura o de tipo extractivo, y una

percepción del territorio más centrada en demandas de orden político y de búsqueda de identidad regional, enmarcada en algunos casos en un enfoque ambiental restrictivo y conservador en materia de intervención, explotación y uso de los recursos naturales renovables y no renovables, sostenido principalmente por entidades del orden público como las autoridades ambientales y los municipios, en su calidad de intérpretes y ejecutores de las normas y los instrumentos de planificación ambiental y territorial, los cuales adquirieron su mayoría de edad y plena relevancia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, visión apoyada en muchas ocasiones por comunidades y otros actores de interés como ONG y organizaciones ambientalistas.

Este conflicto se ha podido evidenciar en los procesos de formulación y revisión de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas, para los cuales la normatividad vigente, como los Decretos 2811 de 1974 y 1640 de 2012 (compilado en el Dcto. 1076 de 2015), ha dotado a las autoridades ambientales de amplias facultades para planear y ejecutar proyectos y actividades de protección de los recursos naturales renovables, con especial énfasis en el recurso hídrico, que adicionalmente contemplan la modificación y ajuste de las licencias, los permisos, las concesiones y las autorizaciones para el uso y aprovechamiento de estos recursos, con las consecuencias que ello conlleva en materia de seguridad jurídica y eventual afectación del principio de confianza legítima, sobre el cual los particulares y el mismo Estado vienen desarrollando proyectos de infraestructura, agroindustriales, energéticos y extractivos como la minería, y la exploración y explotación de hidrocarburos.

Este texto recorre los orígenes del ordenamiento del territorio que luego derivó en la planificación y ordenamiento ambiental a través de la ordenación y el manejo de las cuencas; analiza las implicaciones de la descentralización de la gestión pública, reflejada en la autonomía otorgada a las autoridades ambientales regionales que hacen uso de su discrecionalidad en la administración y vigilancia de los recursos naturales renovables; examina las principales normas sobre ordenación y manejo de cuencas hidrográficas y sus implicaciones desde el punto de vista jurídico en relación con las autorizaciones, permisos y concesiones de orden ambiental, teniendo en cuenta los pronunciamientos emitidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otras autoridades ambientales, a fin de establecer un punto de encuentro entre la visión restrictiva de las normas que regulan los POMCA, el enfoque sectorial asociado a la ordenación y manejo de cuencas, y algunas experiencias de planificación ambiental regional, que permitan conciliar la

exigencia de protección de los recursos naturales renovables con las necesidades de desarrollo del país.

I. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AUTONOMÍA PARA LA ORDENACIÓN AMBIENTAL DEL TERRITORIO

En Colombia el ordenamiento territorial hunde sus raíces en el período colonial español, el cual se caracterizó por su visión centralizada, horizontal y excluyente del territorio, derivada de la soberanía del Estado, el cual podía ejercer plena coacción legal para ejercer su dominio y control dentro de unos límites definidos geográficamente (Carvajal, 2011). En palabras de Hernández (2010: 98) el ordenamiento territorial temprano fue una estrategia colonial de control de la población indígena a través de la organización espacial, lo que luego se convirtió en elemento legitimador de una determinada estructura sociopolítica y de un imaginario que se plasmó en un modelo de ocupación del territorio de clara influencia europea. Así, a lo largo de los siglos, y siguiendo la herencia española, se desarrolló una lógica de ordenación del espacio geográfico articulada e integrada en un eje central dominado por la cordillera de los Andes, donde se ubicaron las ciudades más importantes del país (Bogotá, Barranquilla, Medellín y Cali), conectadas por la infraestructura vial principal utilizada para mover mercancías hacia los puertos del mar Caribe. De otra parte se identifican unas áreas excluidas con poca o nula gestión estatal y territorial, y una débil articulación con el resto del país, que comprenden los valles interandinos, las regiones Pacífica, Amazónica, la Orinoquía y los extremos de la costa Atlántica (Carvajal, 2011). Aunque tradicionalmente, debido a su lejanía, clima y topografía, y a su falta de integración al sistema productivo, esas zonas se han etiquetado como el polo opuesto a la visión del país centralizado, son necesarias para el desarrollo económico (Serje, 2011) pues fueron y son utilizadas para reproducir modelos extractivos como la explotación de recursos naturales renovables, hidrocarburos, minería y agroindustria intensiva.

Las nuevas políticas de gestión territorial, facilitadas por el enfoque de descentralización del Estado previsto en normas como el Decreto 1333 de 1986 y luego en la Constitución Política de 1991, permitieron una visión mucho más autónoma de los asuntos locales (Restrepo, 2005) y acrecentaron el interés de los municipios y las organizaciones civiles por la apropiación de los procesos de ordenamiento territorial y de definición de prioridades sociales,

económicas y ambientales, que terminaron enfrentando a los denominados localistas, como defensores de la autonomía plena de los municipios, y los centralistas, partidarios de una gestión dependiente del nivel central y del orden territorial dispuesto desde los centros de decisión nacional (Arocena, 2012). El resultado fue la expedición de planes y esquemas de ordenamiento territorial que posibilitaron, así fuera en muchos casos de manera simbólica, la participación de la sociedad civil y de otros actores en la construcción de estrategias de manejo y planificación del territorio, y en la creación de nuevos espacios de interacción a veces conflictivos entre los actores con diversos intereses y visiones de lo local y lo regional. El orden deseado se convirtió en el entrecruzamiento de múltiples enfoques de la gestión del espacio geográfico, donde el desarrollismo y el enfoque predominantemente económico resultaron enfrentados a los intereses ambientales y de otras clases. Según Hernández (2010: 100):

En efecto, sobre el territorio existen diversos intereses: desde el pequeño propietario, hasta los dueños de grandes extensiones, desde los grupos que defienden la conservación de los recursos naturales y el ambiente como los uwa y los embera y sus enfrentamientos con intereses económicos de carácter transnacional hasta aquellos que solo esperan una productividad económica sobre sus territorios sin importar las implicaciones ambientales de su explotación, como en la zona de cultivos de papa en los páramos.

En ese contexto de descentralización administrativa, reivindicación de antiguas demandas de autonomía territorial y política, emergencia de un activismo ambiental alentado por el principio de democracia participativa consagrado en la Constitución y una política de gestión del capital natural basada en la explotación de minerales, hidrocarburos, ganadería intensiva y agroindustria, surge el necesario conflicto entre el alcance y los fines del desarrollo económico, y la necesidad de conservación y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables. En esa etapa es evidente un proceso de ordenación que utiliza la caracterización y zonificación del espacio geográfico como estrategia para inducir nuevos usos del territorio acordes con los postulados de la carta fundamental (Massiris, 1989). Por otro lado, a través de la expedición de una legislación propiamente ambiental, como la Ley 99 de 1993, el Estado reorganiza la gestión pública de los asuntos ecológicos, que había estado marcada en los años anteriores por un modelo conservacionista y rural enfocado en la creación de áreas protegidas

y la expedición de normas de calidad ambiental (Guhl, 2015) descuidando o minimizando aspectos tan importantes como la planeación ambiental y la participación ciudadana. Dentro de un marco mucho más amplio de gestión, marcado por el principio de desarrollo sostenible, se involucra a la sociedad civil y la academia en la tarea de administrar el medioambiente y lograr los objetivos acordados en la Conferencia de Río de Janeiro celebrada en 1992, los cuales se constituyen en elementos fundantes de la nueva política ambiental del país y deben regir las decisiones estatales que impliquen el desarrollo económico y social, y el uso y aprovechamiento del capital natural o su afectación directa.

El numeral 12 del artículo 1.º de la Ley 99 de 1993 es claro en consagrar que, de acuerdo con la Constitución Política, el manejo ambiental del país debe ser descentralizado, democrático y participativo, principio que desmarca la nueva institucionalidad ambiental del control único del nivel central y establece en cabeza de las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR– la tarea de administrar el medio ambiente y los recursos naturales en sus jurisdicciones, a partir de la especificidad de los territorios y las particulares características de cada región. De esta manera, al pretender establecer un modelo de gestión del patrimonio natural que permita la interacción coordinada de todas las entidades que hacen parte del llamado Sistema Nacional Ambiental –SINA–, la misma ley crea las condiciones para que esos principios de colaboración y coordinación implícitos en el enfoque sistémico se vean cuestionados, y en últimas desconocidos, en muchos casos en nombre de la denominada “autonomía” de las autoridades ambientales regionales, atribución consagrada en la Constitución Política de Colombia¹. Lo anterior, sumado a una falta de liderazgo del Ministerio y a los conflictos generados entre este y las autoridades regionales en materia de ejecución de las políticas ambientales y aplicación e interpretación de normas, falencia que ha sido resaltada en varios trabajos de investigación relacionados con el SINA (Booz-Allen y Hamilton, 1997; Blackman, Morgenstern, Montealegre

1 No debe olvidarse que durante el período 1952-1974 se generó un proceso de descentralización en el manejo de los recursos hídricos cuyo inicio fue la creación de las primeras CAR, las cuales asumieron directamente funciones de administración de obras hidráulicas y fomento del desarrollo económico regional, electrificación rural, control de erosión e infraestructura para el desarrollo agrícola, entre otras; cfr. E. SÁNCHEZ-TRIANA (2006). “Un modelo particular de Gestión Ambiental”, en *Prioridades Ambientales para la reducción de la Pobreza en Colombia*, E. SÁNCHEZ TRIANA; A. KULSUM y A. YEWANDE, Washington, Banco Mundial, pp. 25-76.

y García, 2005; Mance, 2007; Guhl, 2015). En tal sentido, y a pesar de que el Ministerio domina la jerarquía institucional ambiental y ha tenido logros importantes en materia de protección de la biodiversidad, gestión del agua y ordenamiento territorial, su propia inestabilidad institucional, con más de quince ministros en menos de veinticinco años de existencia y la disminución del presupuesto debido a las políticas gubernamentales de los Planes Nacionales de Desarrollo (Guhl, 2015), así como su fusión en 2003 con otras carteras encargadas de la vivienda y los asuntos del desarrollo territorial, han impedido o retrasado la ejecución de planes y políticas para la gestión de temas ambientales sensibles y han contribuido a hacer más difícil una verdadera interacción y construcción de confianza con otros integrantes del SINA. De acuerdo con Blackman, Hoffmann, Morgenstern y Topping (2005: 75), en los primeros diez años de existencia del SINA se evidencia una falta de liderazgo del Ministerio, pues existen fallas en la coordinación de acciones, asignación de tareas, procesamiento de información y evaluación de resultados; ante esa situación de dispersión, las corporaciones interpretan su función como entidades individuales y no como partes del sistema, generando inconsistencia en las decisiones acerca de los problemas ambientales, acciones administrativas ambiguas y contradictorias, y falta de una política sectorial única². Las conclusiones de expertos nacionales son similares y refieren una pérdida de capacidad del Ministerio como autoridad central y coordinador del SINA en aspectos de regulación, planificación y definición de políticas, sumado al incremento de tensiones y conflictos jurisdiccionales entre el mismo Ministerio, las corporaciones, las autoridades ambientales urbanas y los institutos de investigación (Foro Nacional Ambiental, 2008: 4).

-
- 2 Es importante mencionar los esfuerzos de las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR– para desprenderse en la medida de lo posible de la tutela y el control del Ministerio, tendencia que ha tenido logros importantes a través de la demanda contra el artículo 63 de la Ley 99 de 1993, cristalizado en la Sentencia C-554 de 2007, la cual declaró inexecutable la apelación ante el Ministerio de aquellas normas que dieran aplicación al principio de Rigor Subsidiario. En la misma línea se debe destacar la demanda de inconstitucionalidad presentada en 2007 contra los numerales 16 y 36 del artículo 5.º de la misma ley, que facultaba al Ministerio para intervenir de manera discrecional y selectiva en los asuntos de competencia de las CAR y para aprobar sus estatutos, decidida mediante la Sentencia C-462 de 2008. En suma, lo que se evidencia actualmente es la tendencia de las CAR a profundizar su autonomía en asuntos administrativos y financieros y en materia de gestión ambiental, y los esfuerzos del gobierno para tratar de reducirla; cfr. M. RODRÍGUEZ (edit.) (2008). “Gobernabilidad, Instituciones y Medio Ambiente en Colombia”, *Foro Nacional Ambiental*, Bogotá, pp. 349-350. Igualmente el proyecto de ley de 2016 impulsado por el MADS “Por medio del cual se Fortalece y Moderniza el Sistema Nacional Ambiental”.

De ahí que la decisión política de asignar un rol principal a las corporaciones en materia de gestión y administración del patrimonio natural, considerado como uno de los mayores logros en materia de descentralización y regionalización de la gobernanza ambiental (Canal, 2007: 3), ha derivado para algunos en una especie de feudalismo ambiental donde las autoridades ambientales regionales asumen con verdadero celo su papel regulador de actividades con incidencia sobre los recursos naturales renovables, y en el marco de los instrumentos legales de comando y control (licencias, permisos, autorizaciones, procesos sancionatorios) restringen o prohíben proyectos, obras y actividades al considerarlos de alto impacto para el medio ambiente, o causantes de degradación o deterioro ambiental, haciendo su propia interpretación de las normas de protección y planificación ambiental. De acuerdo con el estudio de Booz-Allen & Hamilton realizado para el Ministerio del Medio Ambiente en 1997 y citado por Sánchez-Triana (2006: 52), las corporaciones ejecutaban de manera independiente sus planes de acción de acuerdo con su propia interpretación subjetiva de las políticas y el plan nacional ambiental. Por otro lado, la Procuraduría General de la Nación encontró que las CAR venían realizando una particular interpretación de las normas ambientales, creando permisos, autorizaciones y/o requisitos adicionales para el desarrollo de proyectos y actividades, o para el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables que no estaban contemplados en la legislación ambiental (PNG, 2007) sino que obedecían a una visión institucional basada en el principio de autonomía que les otorga la Constitución Política, o en interpretaciones extensivas o erradas de las normas ambientales³. Otros análisis fueron más drásticos al afirmar que la falta de coordinación entre el nivel central y las autoridades ambientales regionales, o más bien las “erráticas relaciones” entre el Ministerio y las corporaciones afectaron significativamente el funcionamiento del SINA, y que el Ministerio no había sido capaz de ejercer un control eficiente sobre la planeación y funcionamiento de las CAR (Blackman, Morgenstern

3 La Procuraduría encontró casos como el de una Corporación que exigió un plan de manejo ambiental para la construcción de un jardín infantil; otra requirió el trámite de un permiso para la construcción de una cancha de fútbol y en otro caso se otorgó una autorización ambiental para la limpieza (rocería) de un lote localizado en el sector urbano de un municipio; cfr. Procuraduría General de la Nación, 2007. Informe Preventivo sobre “Seguimiento a permisos, autorizaciones y concesiones otorgadas por las autoridades ambientales”, Bogotá, 137 pp.

& Topping, 2006), sensación que aún se percibe en algunos sectores de la institucionalidad ambiental.

II. LOS PLANES DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS –POMCA–, UN NUEVO ELEMENTO DE PODER PARA LAS AUTORIDADES AMBIENTALES

La discusión técnica y jurídica con respecto al ordenamiento, la gestión ambiental del territorio y la protección de las cuencas hidrográficas, que trascendía los aspectos estrictamente geográficos y de ordenación espacial descritos y se podía considerar como una nueva política de Estado se planteó con seriedad a finales del siglo XX, cuando se aprobaron normas que tocaban esos aspectos esenciales, como fueron en su momento el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, y las leyes 9.^a de 1989 y 388 de 1997, esta última considerada, de acuerdo con Brañes (2000), una norma de relevancia ambiental, pues implicaba en teoría un esquema de protección y conservación de la oferta natural a través de la planificación del uso del territorio y de los recursos naturales renovables, y el control de la ocupación efectiva del suelo y las actividades desarrolladas dentro de un espacio geográfico delimitado por medio de un instrumento jurídico.

Así, en el marco de la gestión ambiental descentralizada y autónoma desarrollada por las CAR se asumió uno de los aspectos más importantes relacionados con la protección y conservación de los recursos naturales renovables, los denominados POMCA, cuyo origen principal está en el Decreto 2811 de 1974, norma que designó las cuencas como áreas de manejo especial sujetas a ordenación y manejo con fines de protección y conservación de los recursos naturales y el ambiente, pudiéndose imponer restricciones a las actividades productivas desarrolladas en esas zonas; en tal sentido los artículos 316, 319, 320 y 321 de dicho Decreto establecen:

[...] Artículo 316. Se entiende por ordenación de una cuenca la planeación del uso coordinado del suelo, de las aguas, de la flora y la fauna, y por manejo de la cuenca, la ejecución de obras y tratamientos.

[...] Artículo 319. El plan de ordenación y manejo de una cuenca en ordenación será de forzoso cumplimiento por las entidades públicas que realicen actividades en la zona.

Artículo 320. A los particulares que no se avinieren a adecuar sus explotaciones a las finalidades del plan se podrán imponer las limitaciones de dominio o las servidumbres necesarias para alcanzar dichas finalidades, con arreglo a este Código y a las demás leyes vigentes.

Artículo 321. En las cuencas hidrográficas sometidas a planes de ordenación y manejo, la construcción y operación de obras de infraestructura y, en general, la utilización directa o indirecta de los recursos naturales estarán sujetas a los planes respectivos.

Con base en esos principios normativos el instrumento de planificación y ordenamiento ambiental trascendió el esquema clásico de ordenamiento del territorio, incorporando de manera importante la variable ambiental y permitiendo un amplio control de las autoridades ambientales sobre proyectos, obras y actividades, llegando a convertirse en una herramienta de máxima importancia a la hora de gestionar la explotación racional de los recursos naturales renovables y establecer usos del suelo acordes con el objetivo mayor del ejercicio de ordenación, que es la protección y conservación del recurso hídrico. Sucesivos decretos reglamentarios como el 2857 de 1981, el 1729 de 2002 y el 1640 de 2012, han establecido las directrices y lineamientos para la ordenación de cuencas.

III. LA PRIMERA REGLAMENTACIÓN SOBRE ORDENACIÓN Y MANEJO DE CUENCAS. EL DECRETO 2857 DE 1981

Siete años después de haber sido consagrados los principios rectores de la ordenación de cuencas el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2857 de 1981, el cual mantuvo la esencia restrictiva del Decreto 2811 de 1974 en cuanto al uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables. En esta norma se establecían causales de orden taxativo para proceder a la elaboración de un Plan de Ordenación y Manejo de cuencas hidrográficas, se daba especial énfasis a los proyectos de aprovechamiento hidráulico y se facultaba al INDERENA y a las Corporaciones Regionales de Desarrollo (hoy CAR) para declarar en ordenación una cuenca. El decreto también permitía la participación de cualquier entidad pública del orden nacional o regional en la financiación y formulación del instrumento. Los artículos 6.º y 7.º de la norma eran explícitos en establecer condicionamientos

para actividades productivas, y para los permisos y concesiones de orden ambiental.

[...] Artículo 6.º. *Medidas y protección.* Aprobado un plan de ordenación, la Entidad Administradora de los Recursos Naturales Renovables deberá adoptar en la cuenca las medidas de conservación y protección de los recursos naturales de la zona, prevista en dicho plan, en desarrollo de lo cual podrá restringir o modificar las prácticas de su aprovechamiento y establecer controles o límites a las actividades de desarrollo rural, urbano, industrial o minero.

Artículo 7.º. *Sujeción de las actividades al plan.* En las cuencas bajo cuencas plan de ordenación solo se podrá ejecutar actividades agropecuarias, forestales o de infraestructura física en la forma y bajo las condiciones previstas por el mismo plan y en todo caso utilizando técnicas y procedimiento que aseguren la conservación de los suelos, de la cobertura vegetal y de los recursos hídricos de la zona...

La jerarquía normativa del instrumento de planificación ambiental fue establecida de manera expresa por el Decreto en su artículo 21:

[...] Artículo 21. *Jerarquía normativa.* Las normas sobre manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables previstos en un plan de ordenación de una cuenca, priman sobre las disposiciones generales dispuestas en otro ordenamiento administrativo o establecidas en los permisos o concesiones otorgados antes de entrar en vigencia el respectivo plan de ordenación...

De esa manera se sentaban las bases de un enfoque técnico jurídico que pretendía encontrar en el instrumento de planificación y ordenación ambiental del territorio la solución para muchas de las problemáticas asociadas principalmente a un inadecuado uso del suelo y del recurso hídrico, como la minería, la construcción y operación de hidroeléctricas, las obras de infraestructura y los desarrollos industriales.

IV. EL REFUERZO DE LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS PLANES DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE CUENCAS. EL DECRETO 1729 DE 2002

La primera zonificación hidrográfica que mostraba un panorama muy aproximado de las cuencas del país la realizó el antiguo HIMAT (IDEAM, 2013) en 1978 y la culminó en 1985. Posteriormente, en 2001, el IDEAM publicó el “Estudio

Nacional del Agua”, documento que recogía una serie de análisis relacionados con la situación de los recursos hídricos en Colombia, y aportaba conclusiones preocupantes en cuanto a la implementación y el impacto real de las políticas de gestión y administración de ese recurso natural renovable, además de resaltar el papel esencial que desempeñaban las cuencas hidrográficas en la oferta de agua del país, concluyendo con un posible escenario de déficit hídrico para los años 2015 y 2025. Coincidiendo con ese influyente estudio sobre el estado del recurso hídrico en Colombia, en 2002 el Ministerio del Medio Ambiente expidió el Decreto 1729, que marcó un punto de quiebre en relación con el manejo y ordenación de las cuencas hidrográficas, siendo necesario reconocer que fue a partir de su expedición que la ordenación de cuencas empezó a tener un horizonte mucho más claro y se convirtió en una de las metas más importantes de las CAR.

La norma desarrollaba con un mejor enfoque técnico la metodología prevista en el Decreto 2857 de 1981 y reforzaba el componente participativo de todo el proceso. Algunos de sus fuertes eran los apartados que se referían a las facultades que otorgaba a las autoridades ambientales en lo atinente a la regulación del uso, aprovechamiento y afectación de los recursos naturales renovables, y a la jerarquía normativa del instrumento de planificación, los artículos 5.º, 6.º y 17 del Decreto consagraban lo siguiente:

[...] Artículo 5.º. *Medidas de protección.* Aprobado un plan de ordenación y manejo de la cuenca hidrográfica, la respectiva autoridad ambiental competente o la comisión conjunta de que trata el parágrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 99 de 1993, según el caso, deberá adoptar en la cuenca las medidas de conservación y protección de los recursos naturales renovables, previstas en dicho plan, en desarrollo de lo cual podrá restringir o modificar las prácticas de su aprovechamiento y establecer controles o límites a las actividades que se realicen en la cuenca.

Artículo 6.º. *Sujeción de las actividades al plan.* La realización de actividades asociadas con el aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables de la cuenca hidrográfica, se sujetará a lo dispuesto en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica...

[...] Artículo 17. *Jerarquía normativa.* Las normas sobre manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables previstos en un plan de ordenación de una cuenca, priman sobre las disposiciones generales dispuestas en otro ordenamiento administrativo, en las reglamentaciones de corrientes, o establecidas en los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones ambientales otorgadas antes de

entrar en vigencia el respectivo plan de ordenación y manejo. De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, el plan de ordenación y manejo de una cuenca hidrográfica constituye norma de superior jerarquía y determinante de los planes de ordenamiento territorial...

Igualmente, en el artículo 22 se otorgaban amplias facultades a las autoridades ambientales para regular e incluso modificar las condiciones de los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables que se hubieran autorizado durante las etapas de formulación y adopción de los POMCA:

[...] Artículo 22. *Facultad de intervención.* La elaboración o ejecución de un plan de ordenación, no impide a la respectiva autoridad ambiental competente o a la comisión conjunta, según el caso, para que adopte las medidas de protección y conservación que sean necesarias, para evitar o detener el deterioro de los recursos naturales renovables de una cuenca.

Así mismo, el uso de los recursos naturales renovables que se autorice durante la elaboración del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica, tendrá carácter transitorio y deberá ser ajustado a lo dispuesto en dicho plan, una vez éste sea aprobado...

El alcance de esas disposiciones, que seguían muy de cerca las previsiones del Decreto 2857 de 1981, fue interpretado de diversas maneras por las autoridades ambientales encargadas de la ordenación de cuencas. Sin embargo, la opinión predominante fue la de que desde el punto de vista normativo los POMCA prevalecían sobre cualquier otro instrumento de regulación de los recursos naturales y el medio ambiente y que los permisos, autorizaciones y licencias ambientales poco tenían que hacer frente a la jerarquía jurídica que le había sido otorgada a la ordenación y manejo de cuencas⁴.

4 El autor del presente texto tuvo la oportunidad de participar en varios debates con técnicos, abogados y directivos de Corporaciones y representantes del Ministerio del Medio Ambiente, posteriormente Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, donde con total seguridad, y no sin cierta arrogancia, se habló de las facultades que le habían sido atribuidas a las entidades administradoras del recurso hídrico a través del Decreto 1729 de 2002, lo que en opinión de muchos de esos funcionarios dejaba sin fuerza jurídica los permisos y concesiones ambientales, y les permitía a las autoridades ambientales negar solo con fundamento en los POMCA, licencias y demás autorizaciones para proyectos que a juicio de cada autoridad no fueran convenientes para el equilibrio de la cuenca hidrográfica. Este enfoque restrictivo (casi un mito

Ese empoderamiento de las corporaciones sobre el renovado instrumento de planificación ambiental empezó a dar sus frutos años después, aunque de manera lenta: si bien antes del año 2002 algunas corporaciones habían formulado Planes de Ordenación y Manejo de cuencas que abarcaban 20.000 k², menos de 2% del territorio nacional (Sánchez-Triana et al., 2006), para 2010 se calculaban 256 cuencas hidrográficas en ordenación, y 77 con Planes de Ordenación y Manejo ya adoptados (MAVDT, 2010). Cuencas importantes para la región andina del país como la del río Bogotá y la Laguna de Tota fueron objeto de ordenación en los años 2006 y 2007 respectivamente. El Decreto 1480 de 2007 determinó en cuáles correspondía volcar inicialmente todos los esfuerzos debido a la compleja problemática que presentaban, y poco a poco se fueron priorizando aquellas con mayores problemas de contaminación, uso intensivo o inadecuado de sus suelos, alta densidad poblacional, tasas elevadas de deforestación y mal manejo de residuos sólidos. Dentro de ese marco de acción el enfoque plasmado desde 1974 en el manejo y ordenación de cuencas hidrográficas facultaba a los órganos administradores y planificadores del recurso hídrico para establecer restricciones a las actividades productivas que se consideraran impactantes, para el equilibrio de los ecosistemas, y los recursos naturales renovables que albergaban y que venían siendo amenazados por actividades antrópicas. De esa manera los objetivos de conservación previstos para las cuencas podían llegar a ser incompatibles con el desarrollo económico representado en infraestructura, agroindustria, ganadería intensiva, minería y explotación de hidrocarburos, entre otros, actividades consideradas negativas para la oferta del recurso hídrico en términos de calidad y cantidad.

El resultado de esos análisis se vio reflejado en la zonificación y en los regímenes de uso establecidos en los POMCA, pues las autoridades ambientales asumieron que el Decreto 1729 de 2002 les facilitaba ejercer, a través del instrumento de planificación ambiental, un fuerte control de actividades consideradas de alto impacto ambiental, y establecer amplias zonas donde no se autorizaran procesos extractivos como la minería, labor que no habían podido realizar a través de los clásicos instrumentos de comando y control. Hubo casos de rechazo de solicitudes de licencia ambiental para explotación de minerales, las cuales ni siquiera alcanzaban a ser objeto de un auto de

en materia jurídico-ambiental) se centraba principalmente en la minería, considerada el referente negativo por excelencia en la explotación de recursos naturales.

inicio de trámite, pues la ubicación de los polígonos era contrastada con la cartografía del respectivo POMCA, encontrándose en ocasiones que las áreas de los contratos de concesión minera se traslapaban con zonas clasificadas como de preservación, restauración o rehabilitación, lo que podía implicar el rechazo de la solicitud de licenciamiento⁵.

En otros casos las solicitudes de licenciamiento para proyectos mineros fueron presentadas antes de la adopción de algunos POMCA, y sobre áreas donde no existía ninguna restricción para la actividad extractiva; su trámite, sujeto a los retrasos y vaivenes propios de las actuaciones del Estado administrativo ambiental, tomó mucho más tiempo del previsto en el procedimiento, lapso durante el cual la misma autoridad ambiental adoptó varios POMCA que de entrada establecieron exclusiones para explotación de minerales, afectando a los usuarios que “años atrás” habían solicitado la tan anhelada licencia ambiental, invirtiendo recursos en consultorías, estudios adicionales e infraestructura de cara al desarrollo de proyectos de explotación minera. La decisión final podía ser tajante: el proyecto no era viable por ser compatible con la zonificación y régimen de usos del POMCA, y en tal sentido esta *petitio principii* primaba sobre cualquier otro tipo de consideración de tipo técnico, y libraba a la autoridad ambiental de llevar a cabo una evaluación detallada del Estudio de Impacto Ambiental –EIA–, pues de hecho el análisis ya había sido realizado durante las etapas de diagnóstico, prospectiva y formulación del respectivo POMCA, y no admitía ningún tipo de cuestionamiento. Por otro lado se evidenciaron decisiones de algunas corporaciones que expidieron licencias ambientales condicionadas, en el sentido de que las actividades mineras solo se podrían realizar dentro de las áreas en las cuales el POMCA no prohibiera las actividades extractivas, decisión que podía llegar a afectar un gran porcentaje del área de los polígonos otorgados por la autoridad minera.

En esos casos cabe traer a colación lo previsto en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, el cual establece un procedimiento especial cuando se trata de establecer zonas excluibles de la minería, donde se debe justificar la exclusión

5 El autor pudo evidenciar esa situación en una Corporación de la zona andina del país, donde se incluyó temporalmente una etapa adicional dentro del trámite las solicitudes de licencia ambiental para minería, que consistía en la verificación de la localización del título minero en relación con los POMCA adoptados dentro de esa jurisdicción a fin de determinar si este se encontraba ubicado en zonas donde el Plan de Ordenación y Manejo no permitiera actividades mineras por tratarse de áreas destinadas a la conservación o restauración ambiental; en tal caso se rechazaba de plano la solicitud de licenciamiento.

con base en estudios técnicos, sociales y ambientales en colaboración con la autoridad minera, los cuales deben demostrar dicha incompatibilidad y la destinación prioritaria de esas zonas para la protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Sin embargo, no existe una interpretación unificada sobre el alcance de dicha disposición, y varias corporaciones formularon POMCA excluyendo áreas para la minería dentro de su zonificación, limitándose a consultar con la autoridad minera la existencia de contratos de concesión ya celebrados, y aquellos en proceso de trámite, sin que se hubiera desarrollado el proceso de colaboración y coordinación dispuesto en la norma. Sin embargo, mediante la Sentencia del 23 de junio de 2010^[6], le recordó el cumplimiento de tal obligación ni más ni menos que al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, entidad que a través de la Resolución 1197 de 2004, y en cumplimiento de lo previsto en el inciso 2.º del artículo 61 de la Ley 99 de 1993, estableció las zonas compatibles con la minería en la Sabana de Bogotá. El análisis realizado por el máximo tribunal de lo contencioso contiene las siguientes consideraciones respecto del expreso deber de colaboración entre las autoridades mineras y ambientales a la hora de definir zonas excluibles para la minería dentro del territorio nacional:

[...] De la prueba documental referida, encuentra la Sala que la autoridad minera no tuvo participación alguna en la elaboración del estudio técnico, social y ambiental de que trata el artículo 34 de la Ley 685. Por el contrario, si bien se adelantó un estudio contratado por el Ministerio accionado con una firma privada, el Ministerio de Ambiente se limitó a convocar a las autoridades mineras respectivas para “dar a conocer los resultados de dicho estudio”.

La “colaboración” del Ministerio de Minas y Energía no podía verse reducida, con arreglo al marco jurídico vigente a la época de los hechos, a formular observaciones de carácter jurídico (como en efecto las hizo) sino a participar activamente en la confección de unos estudios que sirvieran de base para que la autoridad ambiental finalmente adoptase la decisión respectiva. Tampoco bastaba la participación activa en la confección de los borradores del acto administrativo que finalmente adoptó la autoridad ambiental.

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación n.º 11001032600020050004100 (30987). Acción Pública de Nulidad. Demandado: Nación-Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

[...]

Tan importantes son los estudios que la misma norma señaló que el acto administrativo que contenga la decisión de exclusión o restricción de trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, debe estar expresamente motivado en los mismos (deber de motivación en la experticia).

Y si la autoridad minera tan solo es convocada a posteriori, como en efecto lo fue en el caso *sub lite* con arreglo a la prueba documental arriba referida, y si su participación *ex post*, se contrajo a formular objeciones a dicho estudio –justamente porque no participó activamente en su desarrollo como ordena la norma– y a hacer recomendaciones al proyecto de acto administrativo que debía adoptarse, no se cumplió el principio de colaboración y coordinación previsto en la ley.

[...]

Con esta perspectiva, la Sala encuentra que si un acto administrativo, con arreglo a la ley, debe formarse con la colaboración de otra entidad distinta de la titular justamente para evitar la toma de decisiones irreflexivas y precipitadas, de omitirse esa exigencia se incurre en un vicio de ilegalidad...

V. UN NUEVO AIRE PARA LA ORDENACIÓN Y MANEJO DE CUENCAS. EL DECRETO 1640 DE 2012

El Decreto 1640 de 2012^[7] marcó un nuevo derrotero para las cuencas hidrográficas del país al introducir importantes modificaciones en la gestión del agua, atendiendo igualmente a la Política para la Gestión Integral del Recurso Hídrico formulada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). El alcance de esas disposiciones superó con creces las perspectivas del anterior decreto, introduciendo conceptos como el de macrocuencas estratégicas, siendo definidas cinco cuencas de este tipo en el país; igualmente, diferenció entre cuencas objeto de instrumentación y monitoreo a nivel nacional, cuencas sujetas a ordenación y manejo, y microcuencas y acuíferos donde se debían implementar planes de manejo. El proceso se apuntalaba con lo previsto en la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional

7 Este Decreto fue compilado por el Decreto 1076 de 2015, Único Reglamentario del sector Ambiente.

de Desarrollo 2010–2014), la cual en su capítulo de Sostenibilidad Ambiental y Prevención del Riesgo establecía que “Las cuencas hidrográficas serán el instrumento fundamental para avanzar en la planificación y el ordenamiento ambiental del territorio”.

Por otra parte, el artículo 25 del Decreto 1640 de 2012 introdujo bajo otros términos el principio jurídico latente en los artículos 319 a 321 del Decreto 2811 de 1974 y los artículos 17 y 22 del Decreto 1729 de 2002, respecto de la discrecionalidad otorgada a las autoridades ambientales para modificar e incluso restringir el alcance de los permisos, autorizaciones y concesiones de orden ambiental para el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables, que hubieran sido expedidos con anterioridad a la formulación y adopción de los POMCA. Al respecto la norma en cita dispuso:

[...] Artículo 25. *De las Autorizaciones Ambientales.* Durante el período comprendido entre la declaratoria en ordenación de la cuenca y la aprobación del Plan de Ordenación y Manejo, la Autoridad Ambiental Competente, podrá otorgar, modificar o renovar los permisos, concesiones y demás autorizaciones ambientales a que haya lugar, conforme a la normatividad vigente. Una vez se cuente con el plan debidamente aprobado, los permisos, concesiones y demás autorizaciones ambientales otorgadas, deberán ser ajustados a lo allí dispuesto...”.

Como se ve, el Decreto 1640 de 2012 reforzó la facultad de las autoridades ambientales para regular el uso de los recursos naturales renovables en las cuencas hidrográficas sometidas a ordenación y manejo; la norma no solamente amplió la discrecionalidad en la administración de esos recursos sino que convirtió en obligación expresa de las corporaciones el ajuste de los permisos y autorizaciones ambientales que no se avinieran con lo dispuesto en los POMCA. No obstante, aún no se ha emprendido a profundidad el análisis de las implicaciones de esta disposición en materia de seguridad jurídica frente al desarrollo de proyectos ya autorizados ambientalmente, y la viabilidad de muchos de ellos podría encontrarse en entredicho si la norma es interpretada y aplicada de manera literal y exegética.

Casi se podría afirmar que los decretos sobre ordenación y manejo de cuencas han creado una especie de mito en materia de jerarquía normativa, reforzando la preeminencia de ese instrumento de planeación y ordenamiento ambiental del territorio sobre otros ordenamientos jurídicos y disposiciones administrativas. Consideramos que esas normas han sido interpretadas a veces con excesivo celo por las autoridades ambientales, sin que su aplicación

contemple un panorama integral y sistémico que incluya el componente sectorial y las regulaciones sobre uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. En este caso se podría afirmar que ha operado una especie de solipsismo ambiental que se interpreta y desarrolla a sí mismo y crea su propia realidad legal de la cuenca, restando valor a consideraciones o alternativas de orden técnico, social, económico o jurídico. Esta visión particular de las normas que ha hecho carrera en materia de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas se ve reflejada en las palabras de Martínez-García (1992: 35):

El derecho ejerce una poderosa capacidad de definir la realidad, de conformarla. Se ha observado que lo que dice la Administración sobre la realidad constituye una definición de dicha realidad que contribuye de manera decisiva a su construcción y configuración.

[...]

El derecho ostenta un poder de demarcación de la realidad y determina no solo como deben ser las cosas sino también como son. El derecho decide cuál es la realidad que cuenta para él, que es lo que existe o no jurídicamente.

[...]

La aspiración del derecho no es corresponder con la realidad sino ser capaz de solucionar problemas de modo coherente y eficaz. Y al hacerlo no debe olvidarse que el derecho está ante todo interesado en el mantenimiento de su propia realidad.

VI. LOS PLANES DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS –POMCA– COMO DETERMINANTES DE PERMISOS, CONCESIONES Y AUTORIZACIONES AMBIENTALES

La norma es clara y no da lugar a otro tipo de interpretaciones: el POMCA puede incluir nuevos lineamientos y directrices sobre preservación, conservación y protección de los recursos naturales renovables y el medio ambiente, que eventualmente pueden entrar en conflicto con licencias ambientales (entendidas como autorizaciones ambientales de acuerdo con los arts. 49 de la Ley 99 de 1993 y 2.2.2.3.1.3 del Dcto. 1076 de 2015), planes de manejo

ambiental, permisos y concesiones para el uso, aprovechamiento y afectación de los recursos naturales renovables. En tal caso, y de acuerdo con el artículo 2.2.3.1.6.2 del Decreto 1076 de 2015 (antes art. 25 del Dcto. 1640 de 2012), la autoridad ambiental está plenamente facultada para ajustar, es decir, modificar tales permisos concesiones y autorizaciones, si considera necesario restringir o limitar el alcance de los mismos debido al interés superior que implica la conservación y protección de la cuenca hidrográfica.

El escenario no puede ser más complejo: ese tipo de interpretaciones ha llevado a que se nieguen licencias ambientales para exploración de hidrocarburos, fundamentando en gran parte la decisión en la incompatibilidad del proyecto con los POMCA (ANLA, 2013); igualmente se negaron o restringieron permisos y concesiones que implicaban uso o afectación de recursos naturales renovables, o ni siquiera se admitieron las solicitudes de trámite presentadas, argumentando que la zonificación y régimen de usos de los POMCA no permitían el desarrollo de ciertas actividades, en especial las asociadas a la actividad extractiva (minería, coquización de carbón, etc.), situación que en parte fue corregida por algunas autoridades ambientales, reconociendo dentro de esos instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental proyectos, obras o actividades preexistentes a su adopción (CAR, 2013), o incorporando dentro del diagnóstico, prospectiva y zonificación el potencial hidrocarburífero de algunas zonas de su jurisdicción (CORMACARENA, 2015).

Así, el Decreto 1604 de 2012 retomó plenamente el espíritu del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables de 1974 y los Decretos 2957 de 1981 y 1729 de 2002, y dotó de amplia discrecionalidad a las autoridades ambientales para reversar o modificar decisiones sobre el uso de la oferta ambiental dentro de sus jurisdicciones, cuando se considere que la cuenca hidrográfica, su zonificación y régimen de usos se pueden ver amenazados por las actividades, obras y proyectos en ejecución que utilicen recursos naturales renovables.

La norma plantea una seria disyuntiva tanto para las CAR como para los titulares de dichas licencias y permisos: hasta qué grado es posible modificar o revocar un caudal de aguas otorgado, un parámetro de emisión previamente avalado, el volumen de aprovechamiento de cobertura vegetal o la ejecución de actividades ya autorizadas, en virtud de la zonificación establecida dentro del POMCA y su régimen de usos, sin que ello afecte la normal ejecución de un proyecto y sus expectativas de desarrollo o sus tasas de productividad o rendimiento, calculadas muchas veces dentro del marco de las autorizaciones

y permisos ambientales, como es el caso de aquellos proyectos que implican un uso consuntivo del recurso hídrico. La pregunta queda en el aire: ¿se afecta el principio constitucional de la buena fe y la denominada “confianza legítima” que preside las actuaciones que desarrollan los particulares bajo los requisitos, condiciones y obligaciones de un permiso o autorización ambiental?

Desde el punto de vista jurídico ha quedado muy clara la postura de que los permisos o autorizaciones ambientales no constituyen derechos adquiridos y son en esencia revocables o sujetos a modificación o ajuste, tal como lo han determinado sendas sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado⁸. Igualmente, en las sentencias C-746 de 2012, T-282 de 2012 y especialmente en la C-035 de 2016 (en la que ordenó a las autoridades ambientales suspender las explotaciones mineras en zonas de páramo, así contarán con título minero e instrumento de control y manejo ambiental), la Corte Constitucional ha sentado su posición en tal sentido. Igualmente, las normas que regulan el licenciamiento ambiental, los permisos de emisiones atmosféricas, los permisos de vertimiento o las concesiones de aguas, permiten al ente regulador modificar vía seguimiento esas autorizaciones, permisos y concesiones, por ejemplo: cuando se identifican impactos ambientales no previstos en el EIA para el caso de las licencias ambientales (art. 2.2.2.3.7.1 del Dcto. 1076 de 2015); de manera unilateral por la autoridad cuando hayan variado las condiciones de hecho o derecho que se tuvieron en cuenta para otorgar un permiso de emisiones (art. 2.2.5.1.7.13 *ibíd.*); cuando las condiciones de la fuente hídrica no permiten garantizar el caudal de agua autorizado en la concesión (art. 2.2.3.2.7.2 *ibíd.*), o en los permisos de vertimiento cuando el Plan de Ordenamiento del Recurso Hídrico o la reglamentación de vertimientos determinan la exigencia de su ajuste (art. 2.2.3.3.5.11 *ibíd.*), el cual obedece a la necesidad de mejoramiento de

8 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de agosto de 1999, C. P.: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, Exp. 5500: “Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos...”.

los índices de calidad del agua mediante una regulación más estricta de los vertimientos y de los parámetros de descarga, en observancia del principio de rigor subsidiario.

En las situaciones citadas la modificación o ajuste de una autorización o concesión de carácter ambiental puede tener lugar de manera unilateral por la autoridad ambiental, debido a un cambio en las condiciones fácticas o jurídicas que soportan un permiso de emisiones atmosféricas, la disminución o agotamiento del recurso hídrico en las concesiones de aguas, la ocurrencia de impactos ambientales no identificados para el proyecto licenciado y, en algunos casos, el incumplimiento de las obligaciones del titular. El artículo 62 de la Ley 99 de 1993 permite revocar una licencia ambiental o los permisos implícitos en la misma sin que se requiera el consentimiento expreso o escrito de su beneficiario, cuando, de acuerdo con un concepto técnico previo, se demuestre que el titular está incumpliendo las obligaciones, requisitos y condiciones del instrumento de control y manejo ambiental. Un procedimiento similar se aplica a la declaratoria de caducidad de una concesión de aguas, dando la oportunidad al concesionario de justificar el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad ambiental (arts. 62 del Dcto. 2811 de 1974 y 2.2.3.2.24.4 del Dcto. 1076 de 2015). Es particular el caso de la revocatoria de los permisos de emisiones atmosféricas, pues de acuerdo con el artículo 2.2.5.1.7.12 de la norma citada, esta procede en los siguientes casos:

[...] 1. Cuando el titular haya incumplido las obligaciones, términos y condiciones del permiso o cuando hubiere cometido los delitos de falsedad o fraude, previamente declarados por el juez competente, o grave inexactitud en la documentación o información ambiental suministrada a las autoridades ambientales.

2. Cuando el titular de un permiso suspendido, violare las obligaciones y restricciones impuestas por el acto que ordena la suspensión.

3. Cuando por razones ambientales de especial gravedad o por una grave y permanente amenaza a la salud humana o al ambiente, sea definitivamente imposible permitir que continúe la actividad para la cual se ha otorgado el permiso...

Aquí la revocatoria del permiso sería viable con ocasión de la comisión de delitos o por allegar información inexacta durante su trámite, por ejemplo, estudios de emisiones con graves errores técnicos y metodológicos, o infor-

mación errada de los procesos que generan las emisiones o de los sistemas de control, cuya inexactitud sea considerada grave y de alta incidencia sobre la decisión a tomar. Por otro lado, el peligro comprobado de afectación al medio ambiente o la salud humana con motivo de las emisiones generadas, o razones ambientales, como un grave deterioro en los índices de calidad del aire del área de influencia de la actividad generadora de emisiones, facultan a la autoridad ambiental para revocar el permiso de emisiones atmosféricas. Las situaciones anteriores han sido expresamente establecidas en la norma y constituyen una clara advertencia para el titular de una licencia, permiso o autorización ambiental, de que los mismos pueden ser modificados, ajustados o revocados si no se cumplen las obligaciones impuestas, o se presentan cambios drásticos en las condiciones del recurso natural renovable afectado y su uso.

El escenario se torna muy diferente en el caso de los POMCA, dentro del marco de lo dispuesto por el artículo 2.2.3.1.6.2 del Decreto 1076 de 2015 (antes art. 25 del Dcto. 1640 de 2012), pues el ajuste de los permisos, concesiones y autorizaciones ambientales se fundamenta en un ejercicio de diagnóstico, prospectiva y zonificación de la cuenca que puede considerar que algunos proyectos no son convenientes para los objetivos de conservación perseguidos. Sumado a ello las proyecciones del IDEAM sobre consumo de agua a futuro no son nada halagadoras y muestran un incremento del uso del recurso en actividades como la agricultura, la exploración y la explotación de hidrocarburos, la minería y la generación de energía, lo que posiblemente obligará a las autoridades ambientales a ser mucho más restrictivas con los permisos, concesiones y autorizaciones para proyectos, obras y actividades que impliquen el uso de grandes volúmenes de agua o no demuestren eficiencia en su utilización, y muy probablemente a establecer zonificaciones mucho más rigurosas dentro de los POMCA, siguiendo en parte tendencias de gran calado a nivel regional que se oponen de manera tajante a las actividades extractivas y a la generación de energía hidroeléctrica⁹. De todas

9 Las recientes sentencias de la Corte Constitucional que refuerzan la autonomía de los municipios para prohibir la actividad minera dentro de sus territorios (C-123 de 2004, C-035, C-273 y T-445 de 2016); el enorme movimiento de rechazo en las redes sociales (basado en gran parte en información manipulada y fragmentada) que generó la expedición por la ANLA de una licencia ambiental para explotación petrolera en el área del Distrito de Manejo Integrado de La Macarena; la movilización social e institucional generada por la construcción y operación de la hidroeléctrica del Quimbo; las consultas populares celebradas en Piedras y Cajamarca (Tolima) que se opusieron

formas se vislumbra una crisis del agua si no se aplican medidas puntuales y de impacto en la gestión de este recurso; en palabras del IDEAM (2014: 404):

El incremento total del uso durante la década suma 63.717 millones de m³, es decir el 77,1% del uso realizado en el año 2012. Los sectores con los más altos incrementos a 2022 son agrícola con 39.526 millones de m³, que representa el 135,8%, hidrocarburos que dobla el uso alcanzando 1 millón 28 mil m³, la piscicultura con un 71,8% y 2.841 millones de m³, minería 48% y 948 millones de m³ y generación de energía con 42,7% y 11.039 millones de m³.

Al año 2019 el incremento alcanzará el 42,9% del agua usada en el año 2012, siendo el uso más alto en la agricultura...”.

Las exigencias de los POMCA y las restricciones que se pueden derivar de su ejecución plantean riesgos puntuales para el desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales, de infraestructura y de generación de energía, entre otros. No en vano el sector de los hidrocarburos, a través de la Asociación Colombiana del Petróleo –ACP– (2015), realizó un análisis de las restricciones establecidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– para los trámites de otorgamiento y modificación de licencias ambientales, y para los planes de manejo de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos. De aproximadamente treinta y cuatro instrumentos de control y manejo analizados, en veinticuatro casos la ANLA estableció restricciones para los proyectos con fundamento en los lineamientos sobre el uso del suelo de los POMCA y los planes y esquemas de ordenamiento territorial. Para algunos proyectos, y según el análisis de la ACP, la restricción abarcaba la totalidad de los bloques adjudicados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH–. En uno de sus apartes, y con cierta razón, el documento presentado ante la ANLA observaba lo siguiente:

... Algunas restricciones de uso del territorio porque lo establecen los POMCA, no tienen un sustento técnico adecuado, ya que tales definiciones en estos estudios son

a la explotación de oro por la transnacional Anglo Gold Ashanti, y las de Monterrey, Tauramena (Casanare) y Cabrera (Cundinamarca) que rechazaron proyectos de hidrocarburos dentro de su territorio, son una muestra de la tendencia, creciente en el país, hacia el debilitamiento de un modelo económico basado en el extractivismo, y de un ambientalismo, en algunos casos *light* e hipermediatizado, de alto rédito político y simbólico que apuesta por la protección del territorio y de la oferta ambiental, sin proponer verdaderas alternativas de desarrollo sostenible.

someros y presentan exclusiones muy fuertes sin que se haya generado procesos de levantamiento de información primaria, ya que estos documentos usualmente están basados en información secundaria y más por solicitudes o presiones de las comunidades y no a aspectos ambientales o técnicos debidamente soportados...

En ese tipo de situaciones donde el nivel de detalle de la información es débil las fuentes de datos de las cuencas son principalmente de orden secundario, y las decisiones en cuanto a la zonificación y régimen de usos de los POMCA están sujetas a una fuerte influencia de las entidades territoriales, las comunidades y las organizaciones con intereses particulares que pueden afectar el desarrollo de actividades productivas, al tomar decisiones respecto de la planificación ambiental del territorio a través de procesos con falencias de información¹⁰. En otros casos las autoridades ambientales prácticamente delegan la formulación y revisión de los POMCA en consorcios o uniones temporales con diversas visiones sobre la protección ambiental y el desarrollo sostenible, con el riesgo de que adopte un enfoque sesgado respecto del potencial de las cuencas hidrográficas y se limite la participación de algunos actores con intereses puntuales en ellas, favoreciendo visiones locales, en muchos casos bien intencionadas, pero desconocedoras del potencial de las cuencas en materia de recursos naturales renovables y no renovables. Al respecto la Guía Técnica para la Formulación de Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas, elaborada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, hace énfasis en la necesidad de que participen todos los actores involucrados en la gestión de las cuencas, con el objeto de que sea posible lograr una verdadera gobernanza del agua, reconociendo, integrando y concertando la multiplicidad de criterios, visiones, enfoques, demandas y resistencias que tienen lugar a la hora de establecer lineamientos y reglas para el manejo de las cuencas hidrográficas. El mensaje del Ministerio (2014: 14) es claro y preciso:

¹⁰ Es válida la apreciación del MADS respecto del necesario avance en materia de gestión de la información que realizan las Corporaciones, el cual muchas veces se limita al manejo de la cartografía y de los sistemas de información con datos desactualizados que se alejan del verdadero conocimiento de las cuencas. En la Guía para la formulación de POMCA se plantea lo siguiente: “Por lo tanto, es oportuno trascender del enfoque de los sistemas de información *per se*, hacia la construcción de una estrategia de gestión del conocimiento, que integre y oriente los procesos de investigación, de evaluación y monitoreo de los recursos naturales, de organización de datos, y derivado de ello, la generación de productos de información”; cfr. MADS (2014). *Guía Técnica para la Formulación de Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas* –POMCA, p. 26.

Los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas (POMCA) son instrumentos propicios para que tanto en su formulación como en su implementación se construyan escenarios que permitan el desarrollo de la gobernanza del agua, donde se reflejen los acuerdos y compromisos entre el poder público, la sociedad civil, las comunidades étnicas y los sectores económicos.

Bajo esta perspectiva, para la formulación del POMCA es necesario reconocer que los intereses de los diversos actores son relevantes y que, por ende, requiere de la consideración justa y equitativa de las necesidades y responsabilidades existentes en la cuenca, lo que hace imprescindible el establecimiento de procedimientos transparentes, para la consideración motivada de las recomendaciones de los actores clave, lo que constituirá la base de confianza de las interacciones de las personas que intervienen...

Para el sector minero-energético, uno de los actores relevantes en los procesos de ordenación y manejo de cuencas, la situación es de tal importancia que en 2015 el Ministerio de Minas y Energía y la UPME elaboraron una guía técnica cuyo objeto es brindar las herramientas necesarias para que los proyectos de este sector sean visibilizados por los diferentes niveles de gobierno y las comunidades en consideración a los potenciales de desarrollo sostenible en las cuencas hidrográficas y, por ende, para que se incluyan en los procesos de planeación. El documento hace especial énfasis en la participación de actores en cada una de las etapas que conlleva la adopción de los POMCA y las estrategias para lograr que sectores como el de la minería, los hidrocarburos y la energía tengan la oportunidad de influir en las decisiones sobre la planificación y ordenamiento ambiental del territorio y logren que sus proyectos sean considerados en el alcance de los POMCA, labor bastante difícil como lo han podido comprobar empresas generadoras de energía y del sector cementero¹¹. Al respecto son válidas las observaciones de Rojas, Bocanegra & Mariño (2014: 21) en relación con la obligatoria integración de todos los

11 Por ejemplo, algunos consultores designados para la revisión y formulación de POMCA en las jurisdicciones de CORPOBOYACA, CORNARE y CORPOCALDAS han sido cuestionados a nivel sectorial por su escaso interés o desconocimiento de procesos de explotación minera en curso, con licencias ambientales vigentes o proyectos de generación de energía ya estructurados, que no han sido contemplados dentro de la ordenación y manejo de las cuencas, o a los que les han sido aplicadas restricciones dentro de la zonificación ambiental de los POMCA, que prácticamente los hacen inviables a futuro (información recopilada por el autor mediante entrevistas con funcionarios de Corporaciones y empresas del sector minero y energético).

componentes en juego para evitar enfoques sesgados o excesivamente conservacionistas en la ordenación y manejo de cuencas:

A su vez, la integración de la GIBSE en la relación suelo-subsuelo requiere la armonización de los instrumentos de política ambiental con instrumentos de política económica, de planificación y participación con el fin de generar un esquema de largo plazo y un marco normativo funcional que garantice la toma de decisiones. Del mismo modo, es necesario construir sinergias en relación con las iniciativas de las políticas sectoriales y territoriales actuales expresadas en planes de desarrollo, POMCA, POT y otros instrumentos de planificación, contribuyendo a clarificar intervenciones para su implementación en diferentes escalas de acuerdo con las particularidades locales...¹².

Por otro lado, las exigencias normativas y la discrecionalidad de las autoridades ambientales para regular el uso, aprovechamiento y afectación de recursos naturales renovables en el marco de los POMCA han encontrado cierto límite en algunos conceptos jurídicos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, emitidos a petición de la misma institucionalidad ambiental del sector regulado¹³. En el concepto n.º 8140-E2-39442 del 30 de diciembre de 2013 y en respuesta a la consulta de una Corporación sobre la incidencia de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas sobre actividades mineras en ejecución, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible consideró:

Con base en lo expuesto, el Decreto 1640 de 2012, de conformidad con la estructura definida en la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico, determinó los lineamientos para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos del país, y dicha labor no implica la regulación de aspectos particulares, como los planteados en su consulta (minería).

[...]

Sumado a lo anterior, es pertinente señalar que durante la formulación o ejecución del POMCA y dependiendo de la particularidad de cada caso, le compete a las CAR

12 Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos –GIBSE–.

13 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 numeral 5 del Decreto 3570 de 2011, es función de la Oficina Asesora Jurídica del MADS: “Establecer criterios y directrices para unificar la interpretación y aplicación de la normativa del sector y absolver las consultas que le formulen”.

adoptar las decisiones a que haya lugar, en relación con las Autorizaciones Ambientales que se encuentren en trámite o hayan sido otorgadas (art. 25, Dcto. 1640 de 2012), sin dejar de un lado, que en el proceso de planificación, en el caso de ser procedente, corresponde adelantar la armonización de los diferentes instrumentos de planificación y/o manejo de recursos naturales renovables existentes (art. 28, ídem), como la consideración de los instrumentos y planes sectoriales existentes en la cuenca (art. 29, ídem).

Finalmente y en consonancia con lo anterior, en el momento de toma de decisiones, las autoridades ambientales competentes deberán considerar si para cada caso en particular, es aplicable el principio de confianza legítima, bajo los lineamientos definidos por la jurisprudencia constitucional.

[...]

En relación con el planteamiento de si *¿el concepto de recursos naturales renovables allí consignado aplica para los recursos naturales “no renovables” como lo es en el caso de la actividad minera?*, es pertinente señalar que dicho concepto se encuentra circunscrito a los recursos naturales renovables, pero en el proceso de ordenación y manejo de las cuencas, las CAR y de Desarrollo Sostenible, a la luz de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1640 de 2012, les compete considerar los instrumentos sectoriales de planificación, con el fin de prever la demanda de recursos naturales renovables de la cuenca, los impactos potenciales sobre los mismos, los ecosistemas y la biodiversidad a fin de adoptar las decisiones que bien correspondan dentro del aludido proceso de planificación (resaltado en el original).

Si bien el concepto del Ministerio no aporta total claridad acerca de la situación de los proyectos con licencias o permisos ambientales, o en etapa de trámite del instrumento de control y manejo ambiental, localizados en cuencas con POMCA en etapa de formulación y revisión, sí establece directrices precisas encaminadas a que las autoridades ambientales tengan en cuenta los planes sectoriales, por ejemplo el Plan de Expansión Energética, el Plan de Ordenamiento Minero y los planes para el desarrollo del potencial hidrocarburífero dentro de la ordenación y manejo de cuencas, proceso que debe ser armonizado de manera obligatoria con estos planes de interés nacional estratégico. Igualmente el Ministerio es claro en dejar sentada la posibilidad de que al momento de revisar o ajustar los permisos, licencias o autorizaciones ambientales de acuerdo con la zonificación y régimen de usos de los POMCA, las corporaciones consideren la procedencia de aplicar el principio de confianza legítima, respecto del cual se ha pronunciado la

Corte en múltiples sentencias, pero que para efectos del presente trabajo definiremos de la siguiente manera, en consonancia con lo manifestado por ese tribunal:

La confianza legítima, que deriva de los preceptos de seguridad jurídica y buena fe consagrados en los artículos 1.º, 4.º y 83 de la Constitución Política, es un mecanismo que busca conciliar los intereses del Estado y de los administrados cuando se han creado expectativas para el normal desarrollo de una actividad y luego estas son eliminadas por una decisión de la Administración. Se considera que la confianza que el particular ha depositado en la actuación de las autoridades públicas es legítima, de buena fe y debe respetarse. De acuerdo con la Sentencia C-478 de 1998 de la Corte Constitucional:

Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. *Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política* (cursivas fuera de texto).

En la Sentencia T-908 de 2010 la Corte refuerza su tesis sobre ese principio:

En varias sentencias esta Corte ha explicado que el principio de confianza legítima se deriva del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Política y ha sido utilizado para resolver casos en los cuales entran en colisión los intereses públicos y privados, es decir, cuando la administración a lo largo del tiempo le ha permitido a los administrados desarrollar ciertas actividades creando en ellos una expectativa de permanencia, y de manera súbita decide eliminar dichas prerrogativas.

Cuando la autoridad administrativa toma una decisión que modifica la relación que hasta el momento ha tenido con los ciudadanos, debe en primer lugar, informarlos sobre el contenido y los alcances de la decisión, con el fin de que en el momento en que ésta se ejecute, éstos no se vean de manera sorpresiva y súbita afectados por sus implicaciones. Adicionalmente, debe consultar a estos ciudadanos las posibles soluciones o alternativas. Solamente si se han surtido estos pasos de información y consulta previa, la administración podrá tomar la decisión que considere necesaria, debido a que no será intempestiva, y lo deberá hacer ofreciendo una alternativa que

mitigue los efectos de la nueva situación a la que se verán avocadas las personas afectadas por la decisión administrativa¹⁴.

A pesar de que la salida jurídica es válida, y concuerda con lo previsto en las normas sobre ordenación y manejo de cuencas, y con los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales, cuesta bastante imaginar cómo podría ser aplicado efectivamente el principio de confianza legítima cuando una corporación, con fundamento en la zonificación y régimen de usos de un POMCA, decida suspender, revocar o modificar de manera unilateral un permiso, concesión o autorización ambiental para proyectos que dependen para su funcionamiento del uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables y para los cuales se han hecho cuantiosas inversiones en infraestructura y tecnología. ¿Cómo debería ser el proceso de información al que se refiere la Corte?; ¿qué expectativas o alternativas razonables se le ofrecen a los afectados con este tipo de decisiones y por cuanto tiempo, cuando ellas implican la inviabilidad o ralentización de proyectos que dependen directamente del uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables para su operación como los de tipo agropecuario, ganadero, industrial, o son considerados de utilidad pública e interés social como la minería, hidrocarburos y energía; o lo que es peor, nos preguntamos si estas decisiones afectarán primordialmente proyectos de pequeña o mediana magnitud, con mayor riesgo de verse impactados negativamente por las decisiones de las corporaciones, debido a su vulnerabilidad técnica y jurídica. Al respecto Uribe (2005) hace un interesante y muy válido análisis de las dificultades que enfrentan los pequeños y medianos del recurso hídrico, al tratar de legitimar su derecho al uso del agua y los escasos escenarios de participación con los que cuentan para poder influir en las políticas regionales de gestión de agua.

El panorama resulta bastante preocupante y debe ser analizado con una visión estratégica de integración del desarrollo económico y la protección de los recursos hídricos, lejos de consideraciones de conveniencia política regional, reclamos pseudocecológicos o desinformación mediática, apelando en algunos casos al análisis de costo-beneficio y al estudio puntual y detallado de casos, pues los riesgos de acciones judiciales que pueden asumir la autoridades ambientales son altos y la inseguridad jurídica derivada de ese tipo

14 Cfr. también las sentencias C-544 de 1994, T-295 y T-048 de 1999, T-135 de 2010, T-152 de 2011 y T-717 de 2012.

de decisiones podría desmotivar la ejecución de proyectos ambientalmente sostenibles y de impacto positivo para las regiones. Es claro que el modelo de gestión y decisión que vienen aplicando las corporaciones encuadra en lo que se ha denominado “racionalismo administrativo” (Dryzek, 2005), enfoque soportado en burocracias profesionales encargadas del manejo y administración de los recursos naturales, instrumentos regulatorios, procedimientos de evaluación de impacto ambiental y técnicas de análisis científico-racionales que incluyen la ecología, la hidrología, la geología, la bioquímica y la cartografía, entre otras¹⁵. Esa visión, bastante extendida y que debe ser revaluada, asume que la planificación ambiental se debe dejar en manos de los expertos designados por la autoridad ambiental, quienes son los más calificados para tomar decisiones en cuanto a las mejores opciones de manejo de las cuencas hidrográficas, además de estar legitimados institucionalmente, corriendo el riesgo de que se desconozcan los saberes y experiencias locales y regionales en el manejo del recurso hídrico y los valiosos aportes de actores sectoriales con amplios conocimientos técnicos y científicos del componente ambiental.

Por otro lado, existen propuestas como la de la UPME que, en el marco del Plan de Ordenamiento Minero, señala la necesidad de obtener la información geológica, minera, ambiental, económica, social y de ordenamiento territorial que permita evaluar integralmente las relaciones del sector con su entorno de extracción, precisando información disponible en cuanto a fuente, escala y temporalidad, base cartográfica, potencial geológico, titulación minera, información hidrogeológica, hidrometeorológica, de suelos, de cobertura vegetal, de fauna, de amenazas naturales y socioeconómicas (Rojas, Bocanegra & Mariño, 2014: 17). Esa información debidamente actualizada es clave a la hora de establecer algún tipo de restricción o condicionamiento para actividades extractivas, como en el caso de la minería, o permitir su desarrollo bajo ciertos condicionamientos.

15 El pensamiento administrativo se ve a sí mismo como imparcial y capaz de manejar todas las cosas a través del cálculo y la racionalidad, presente de manera difusa a través de la gestión de sistemas de información que trabajan de acuerdo con axiomas autoevidentes y postulados incontrovertibles (TORGERSON, 2005: 98-99). Esta afirmación no parece alejarse mucho de la realidad de algunas autoridades, que se ven a sí mismas como las únicas depositarias del saber y legitimadas de manera autónoma y exclusiva para tomar decisiones técnicas y jurídicas sobre los asuntos de su competencia.

Retomando el papel del Ministerio en materia de la conceptualización, unificación y criterios jurídicos en cuanto a la preeminencia de los POMCA respecto de las licencias, los permisos, las concesiones y autorizaciones ambientales, en el concepto 8140-E2-34666 del 13 de noviembre de 2015, emitido en respuesta a la consulta sobre ordenación de cuencas y licenciamiento ambiental realizada por una empresa petrolera, se manifestó:

[...] el POMCA “*per se*” no es el instrumento con el cual se autoriza o no la ejecución de proyectos obras o actividades ni tampoco autoriza el uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables, ya que ello dependerá de la evaluación de cada caso en particular y concreto, conforme a la normatividad que regula el tema

En este sentido, a la respectiva autoridad ambiental, le compete evaluar las solicitudes de autorizaciones ambientales para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables, teniendo en cuenta las normas que regulan la materia, así como lo dispuesto en el POMCA y adoptar las decisiones correspondientes.

En concordancia con lo expuesto, frente al uso o aprovechamiento de los recursos naturales *no renovables*, el POMCA no regula su uso o aprovechamiento pero es uno de los varios instrumentos que la autoridad ambiental debe tener en cuenta al momento de valorar el trámite ambiental.

[...]

Para finalizar, es acertado recalcar que la autoridad ambiental llamada a conocer del trámite de la licencia ambiental, debe tener en cuenta por un lado, que el POMCA “*per se*” no es el instrumento con el cual se autoriza o no la ejecución de proyectos, obras o actividades, ni tampoco autoriza el uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables y por otro lado, que la zonificación ambiental adoptada en el POMCA, aunque es un referente que debe tenerse en cuenta al momento de realizar la evaluación ambiental del proyecto, no significa ello que dicha autoridad se inhiba de pronunciarse sobre el fondo del asunto, como quiera que solo al momento de realizar la evaluación de los estudios ambientales, se podrá establecer que el riesgo que el mismo representa para la determinante ambiental específica definida en la zonificación ambiental, así como la escala de desarrollo del proyecto y las condiciones del terreno.

En ese concepto el Ministerio afina el alcance del Decreto 1640 de 2012: el dictamen es preciso y parte de una interpretación amplia y sistemática de las normas de ordenación de cuencas, las que regulan el licenciamiento

y los permisos ambientales, y la normatividad sectorial. Es claro que las corporaciones no pueden utilizar los POMCA como único referente para definir la viabilidad de los instrumentos de control y manejo, ni los permisos y concesiones de orden ambiental, pues existe un procedimiento especial y reglado para el otorgamiento de licencias ambientales, permisos de emisiones atmosféricas, vertimientos, aprovechamiento forestal, ocupaciones de cauce y concesiones de aguas, entre los más importantes. En el caso de las licencias ambientales, y tal como lo dispone el artículo 2.2.2.3.5.1 del Decreto 1076 de 2015, el EIA es “... el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que de acuerdo con la ley y el presente reglamento se requiera”.

De acuerdo con lo anterior, el fundamento para la toma de decisiones con respecto a la viabilidad de una licencia ambiental se basa en uno de los principios cardinales de la política ambiental colombiana previstos en el artículo 1.º de la Ley 99 de 1993, cuyo numeral 11 señala:

[...] 11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial...

De esa manera la decisión en cuanto a la ejecución de un proyecto, obra o actividad sujeto a licencia ambiental debe basarse, en primer lugar, en el principio de prevención en materia ambiental, que tiene su fundamento en la adecuada y objetiva identificación, evaluación y manejo de impactos ambientales. Como insumos o herramientas adicionales que soportan esa decisión se cuentan las visitas técnicas que realice la autoridad ambiental al área del proyecto, donde es posible recolectar información primaria respecto de los componentes biótico, físico y social, fundamentales a la hora de definir el alcance del mismo, las afectaciones esperadas sobre el medio ambiente, los recursos naturales renovables, el paisaje y los posibles efectos ambientales de su ejecución. Sin embargo, no se puede desconocer la enorme relevancia que aporta para el proceso de EIA la información contenida en instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental y territorial tales como los POMCA, y los planes y esquemas de ordenamiento territorial, pues constituyen una guía esencial para la autoridad ambiental en materia de escenarios esperados para el territorio respecto de la oferta de recursos naturales renovables y las

restricciones que puedan existir en áreas de especial sensibilidad ambiental o de gestión del riesgo, además de lo definido en los planes sectoriales para la cuenca hidrográfica respectiva.

En suma, y atendiendo a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, los Decretos 2811 de 1974, 1640 de 2012 y los conceptos emitidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, es pertinente afirmar que la viabilidad de los instrumentos de control y manejo ambiental y de los permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables depende de una evaluación integral soportada en los estudios ambientales presentados, las visitas realizadas, la información solicitada a otras autoridades o entidades, las directrices y lineamientos previstos en los POMCA, POT y EOT, los planes sectoriales y los aportes claves de los escenarios de participación ciudadana, buscando un equilibrio entre esas herramientas de decisión, con la absoluta claridad de que los POMCA no pueden constituirse en el único fundamento de esos pronunciamientos, pues a pesar de que la norma les otorga una fuerte preeminencia en esta materia, no suplen en manera alguna los procedimientos especiales y expresamente reglados de evaluación ambiental contenidos en el Decreto 1076 de 2015, cuya pertinencia técnica y jurídica tiene su principal asidero en la Constitución Política y la Ley 99 de 1993.

CONCLUSIONES

– Es evidente que una de las políticas estatales de protección de los recursos naturales renovables, expresada a través de normas como el Decreto ley 2811 de 1974 y sus Decretos reglamentarios 2857 de 1981, 1729 de 2002 y 1640 de 2012, ha venido adquiriendo un amplio protagonismo en la gestión ambiental pública de finales del siglo XX y principios del XXI, imponiéndose como una de las principales herramientas de planificación ambiental y de conservación de la oferta ambiental. El panorama que se vislumbra es la ampliación del campo de acción de los procesos de ordenación de cuencas y el perfeccionamiento tanto técnico como jurídico de esa herramienta, como un referente necesario de cara a la crisis de abastecimiento del recurso hídrico que entidades como el IDEAM han estudiado de manera detallada.

– Se requiere unificar los criterios jurídicos y técnicos en materia de formulación de POMCA, entre los diferentes actores institucionales como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las CAR y las entidades

territoriales principalmente. Si bien el MADS expidió una guía metodológica para la formulación de los POMCA, este lineamiento parece ser insuficiente para encuadrar esas acciones dentro de una visión integral que considere los diversos intereses asociados a la ordenación de las cuencas, tanto locales como regionales, incluyendo las proyecciones sectoriales (agroindustria, sector minero energético, sector industrial, etc.), que no pueden ser excluidas del proceso, teniendo en cuenta su importancia para el desarrollo sostenible del área de influencia de la cuenca hidrográfica.

– Los insumos requeridos para la formulación de los POMCA deben trascender el enfoque basado en el manejo de sistemas de información geográfica y en los modelos de gestión de la información ambiental alimentados con datos desactualizados. Se requiere recopilar información primaria de orden biótico, físico y social que permita una verdadera gestión del conocimiento frente a las cuencas, lo cual garantizaría la toma de decisiones suficientemente informadas.

– Es claro que las normas sobre ordenación y manejo de cuencas permiten a las autoridades ambientales modificar y ajustar permisos, concesiones y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, aunque se considera que esta amplia facultad debe ser ejercida de manera racional y consecuente con el estado de los proyectos y los niveles de uso y afectación de estos recursos, pues la norma no indica que tales autorizaciones deban ser revocadas de plano, sino que deben ser ajustadas a lo dispuesto en la zonificación ambiental del POMCA, garantizando en lo posible su permanencia de acuerdo con un análisis de desempeño ambiental, de impacto sobre el medio y del estado actual de la zona intervenida. Igualmente, se puede considerar como alternativa la reconversión de actividades y/o tecnológica que permita a esos proyectos en curso adecuarse a los lineamientos del POMCA. En tal caso el principio de confianza legítima debe ser aplicado de manera coherente y concertada sin asumir posiciones radicales o conservacionistas respecto de los proyectos productivos existentes.

– Los POMCA no son los únicos instrumentos jurídicos y/o técnicos indicados y procedentes para definir la viabilidad o continuidad de una licencia ambiental, un permiso, autorización o concesión para el uso, aprovechamiento y afectación de recursos naturales renovables. En ese orden de ideas no le es permitido jurídicamente a una autoridad ambiental soportar su decisión de otorgar, negar o modificar un instrumento de control y manejo ambiental solamente con fundamento en la zonificación ambiental

y el régimen de usos de los POMCA, sino que la evaluación adelantada debe sujetarse a los procedimientos reglados establecidos en el Decreto 1076 de 2015, considerando dentro de su análisis los POMCA como una herramienta adicional y de relevancia pero no definitiva para la toma de decisiones.

– Entre los procesos de formulación y revisión de los POMCA se debe tener en cuenta que el derecho a la participación, previsto en el artículo 79 de la Constitución Política, incluye no solamente a las personas naturales, las comunidades, la academia, las entidades territoriales, las organizaciones no gubernamentales y los organismos públicos, sino que se debe garantizar una participación efectiva de todos los sectores productivos incluyendo los sectores industrial y minero energético, pues ellos también hacen parte del desarrollo sostenible, están en capacidad de aportar información de alta relevancia sobre las cuencas en estudio, y sus proyectos y visión del desarrollo independientemente de que sean o no considerados compatibles con la zonificación de los POMCA, deben ser analizados y discutidos de manera consecuente en el marco del ordenamiento ambiental del territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PETRÓLEOS –ACP– (2015). “Análisis de las restricciones generadas a las licencias ambientales otorgadas por la ANLA”, Documento de trabajo presentado ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
- AROCENA, J. (1989). “Descentralización e iniciativa. Una discusión necesaria”, *Revista Cuadernos del Centro Latinoamericano de Economía Humana –CLAEH–*, n.º 51, Montevideo.
- AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES –ANLA– (2013). Resolución n.º 0679 (12 de julio de 2013) Expediente 5418, disponible en [http://www.anla.gov.co/sites/default/files/10617_res_0679_120713.pdf].
- BLACKMAN, HOFFMANN, MORGENSTERN & TOPPING (2005). “Assessment of Colombia’s National Environmental System (SINA)”, *Resources for the Future –RFF–*, disponible en [<http://www.rff.org/research/publications/assessment-colombias-national-environmental-system-sina>].
- BLACKMAN, MORGENSTERN, MONTEALEGRE & GARCÍA (2006). “Review of the Efficiency and Effectiveness of Colombia’s Environmental Policies”, *Resources for the Future –RFF–*, disponible en [www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-Rpt-ColoEPEfficiency.pdf].

- BLACKMAN, MORGENSTERN & TOPPING (2006). “Institutional Analysis of Colombia’s Autonomous Regional Corporations (CAR)”, Resources for the Future –RFF–, disponible en [<http://www.rff.org/research/publications/institutional-analysis-colombias-autonomous-regional-corporations-cars>].
- BOOZ-ALLEN y HAMILTON (1997). “Institutional Strengthening of the Environmental Ministry”, Documento de consultoría elaborado para el Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, citado por SÁNCHEZ TRIANA (2006). *Prioridades Ambientales para la reducción de la Pobreza en Colombia*, Washington, Banco Mundial.
- BRAÑES, R. (2001). “Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano”, Santiago de Chile, PNUMA, disponible en [<https://es.scribd.com/doc/131636490/derecho-ambiental-raul-branes-tema-3>].
- CANAL, E. (2007). “Elementos de Análisis para la Evaluación y Ajuste de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible”, Documento de Políticas Públicas n.º 14. Foro Nacional Ambiental, Bogotá, disponible en [<http://www.faae.org.co/PolicyPdf/policy-14.pdf>].
- CARVAJAL, N. (2011). “Enfoques ascendente y descendente del Ordenamiento Territorial en Colombia”, *Revista Colombiana de Geografía*, vol. 20, n.º 1, Bogotá.
- CORMACARENA (2015). “Formulación de las Fases de Aprestamiento, Diagnóstico y Prospectiva del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca del río Tillavá y los PORH Masififeriana, Rubiales y Tillavá”, disponible en [<http://www.andi.com.co/Expometalica/Documents/Memorias%20evento/viernes%2030%20de%20octubre/POMCA-%20tillav%C3%A2015>].
- CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA –CAR–. Memorando DGEN 20143104499, Bogotá, 5 de febrero de 2014.
- DRYZEK, J. (2005). *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press.
- FORO NACIONAL AMBIENTAL (2008). “Quince Años del Sistema Nacional Ambiental (SINA), Evaluación y Perspectivas”, *Documento de Política Pública* n.º 28, Bogotá.
- GUHL, E. y P. LEYVA (2015). *La Gestión Ambiental en Colombia, 1994-2014: ¿un esfuerzo insostenible?*, Bogotá, Foro Nacional Ambiental.
- HERNÁNDEZ, Y. (2010). “El ordenamiento territorial y su construcción social en Colombia: ¿un instrumento para el desarrollo sustentable?”, *Revista Colombiana de Geografía*, n.º 19, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, pp. 97-109, disponible en [<http://revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/16854/36692>].

- INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES –IDEAM– (2010). *Estudio Nacional del Agua 2010*, Bogotá,
- INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES –IDEAM– (2014). *Estudio Nacional del Agua 2010*, Bogotá.
- MASSIRIS, A. (1997). “Ordenamiento Territorial, Región y Procesos de Construcción Regional”, *Revista Perspectiva Geográfica* n.º 1, Programa de Estudios de Posgrado en Geografía, Tunja, Universidad Pedagógica de Colombia e IGAC.
- MARTÍNEZ-GARCÍA, J. (1992). *La Imaginación Jurídica*, Madrid, Editorial Debate.
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE –MADS–. Concepto Jurídico n.º 8140-E2-39442, 30 de diciembre de 2013.
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE –MADS– (2014). *Guía Técnica para la Formulación de Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas-POMCA*, Bogotá.
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE –MADS–. Concepto Jurídico n.º 8140-E2-34666, 13 de noviembre de 2015.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA –UPME– (2015). *Guía para incorporar la dimensión Minero-Energética en los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas*, Bogotá.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2007). Informe Preventivo, “Seguimiento a permisos, autorizaciones y concesiones otorgadas por las autoridades ambientales”, Bogotá, 137 pp.
- RESTREPO, D. (2004). “De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz”, *Revista Eure* vol. XXIX, n.º 89, Santiago de Chile, pp. 81-96.
- ROJAS, BOCANEGRA y MARIÑO (2014). “Biodiversidad y servicios ecosistémicos en la gestión del suelo-subsuelo”, *Opera*, n.º 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 9-26, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id
- RODRÍGUEZ, M. (ed.) (2008). *Gobernabilidad, Instituciones y Medio Ambiente en Colombia*, Bogotá, Foro Nacional Ambiental.
- SÁNCHEZ-TRIANA, E. (2006). “Un modelo particular de Gestión Ambiental”, en E. SÁNCHEZ TRIANA, A. KULSUM y A. YEWANDE (eds.). *Prioridades Ambientales para la reducción de la Pobreza en Colombia*, Washington, Banco Mundial, pp. 25-76.

- SÁNCHEZ-TRIANA, E.; P. BRANDRISS y A. YEWANDE (2006). “El manejo sustentable de los recursos hídricos”, en E. SÁNCHEZ TRIANA, A. KULSUM y A. YEWANDE (eds.). *Prioridades Ambientales para la reducción de la Pobreza en Colombia*, Washington, Banco Mundial.
- SERJE, M. (2011). *El revés de la Nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- TORGERSON, D. (2005). “The Ambivalence of Discourse. Beyond the Administrative Mind?”, en R. PAEHLKE y D. TORGERSON (eds.). *Managing Leviathan. Environmental Politics and the Administrative State*, Toronto, Broadview Press.
- UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO-ENERGÉTICA –UPME– (2012). Informe Final. “Consultoría de apoyo para dimensionar un plan nacional de Ordenamiento Minero”, Bogotá, Unión Temporal Álvaro Ponce, Asesorías Técnicas Geológicas ATG.
- URIBE, E. (2005). “La descentralización en el manejo de los recursos hídricos. Un asunto de equidad, transparencia y eficiencia”, *Policy Paper* n.º 7, Foro Nacional Ambiental, disponible en [<http://www.foronacionalambiental.org.co/wp-content/uploads/2011/10/PolicyPaperFna-007.pdf>].