

CONTENIDO

1. NOVEDADES NORMATIVAS

- 1.1 Modificación régimen APP
- 1.2 Licencias ambientales

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

- 2.1 Clausulas excepcionales

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1 Modificación régimen APP

En días pasados, en la página de presidencia se publicó el Decreto 2043 de 2014, mediante el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012, este modifica ocho artículos entre los que se puede señalar lo siguiente:

- Derecho a retribución

El Decreto modifica el monto que debe tener el presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional a 100.000 SMMLV, para que se pueda pactar el derecho a retribución por etapas.

- Conformación lista de precalificados

Por otro lado modificó la conformación de la lista de precalificados, estableciendo que si una vez revisadas las manifestaciones de interés por parte de la entidad se establece que hay cuatro (4) o más interesados habilitados, se procede a conformar la lista de precalificados únicamente cuando se establezca que hay entre dos (2) y tres (3) interesados habilitados.

- Condiciones para la presentación de iniciativas privadas

El Decreto establece dos nuevas condiciones en la que no se podrán presentar iniciativas privadas, las cuales son:

1. En proyectos cuyo monto estimado de inversión sea superior 500.000 SMMLV, la entidad estatal haya elaborado y publicado en el SECOP los pliegos de condiciones definitivos.
2. En proyectos cuyo monto estimado de inversión sea inferior a 500.000 SMMLV, la entidad estatal haya contratado la estructuración del proyecto o se encuentre vigente la resolución de apertura.

- Etapa de factibilidad

El Decreto establece nuevos mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal en las iniciativas privadas entre los que se encuentran: (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la Ley, (ii) la modificación del alcance del proyecto, (iii) el incremento de peajes y tarifas (iv) Subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.

- Manifestación de interés por terceros

El Decreto señala que en caso de que el originador mejore su propuesta, la entidad le dará a conocer a los demás oferentes lo anterior, con el fin de que estos realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

1.2 Licencias ambientales

Recientemente se publicó en la página de Presidencia, el Decreto 2041 de 2014, por medio del cual se reglamenta el título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

El Decreto consta de cincuenta y tres artículos entre los que se encuentran las siguientes disposiciones entre otras.

- Definiciones

El Decreto en su artículo primero realiza una serie de definiciones con el fin de estructurar una correcta definición de las normas contenidas en el mismo.

Entre las definiciones que se desarrollan son: Alcance de los proyectos, obras o actividades; Área de influencia, Explotación minera, Impacto ambiental, Medidas de Compensación, Medidas de corrección, Medidas de mitigación, Medidas de prevención, Puertos marítimos de gran calada y el Plan de manejo ambiental.

- Autoridades ambientales

Por otro lado el Decreto señala las siguientes autoridades como competentes para otorgar o negar las licencias ambientales: ANLA, las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible, Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano y aquellas autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002.

- Licencia ambiental

El Decreto define tanto el concepto de la licencia ambiental como su alcance, señalando que esta es aquella autorización que una autoridad ambiental competente otorga para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al medio ambiente o introduzca modificaciones considerables y notorias al paisaje.

Por otro lado, el Decreto se señala que en aquellos casos en que se desarrollen actividades relacionadas con proyectos de explotación minera y de hidrocarburos, la autoridad ambiental competente otorgará una licencia ambiental global, la cual abarracará toda el área de explotación solicitada, cumpliendo el requisito de la presentación de un plan de manejo ambiental.

Igualmente el Decreto, menciona que la obtención de la licencia ambiental, es una condición para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones, contratos y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales.

Para finalizar se señala que la licencia ambiental se otorga por la vida útil del proyecto, obra o actividad.

- Exigibilidad de la licencia ambiental

El Decreto, establece que están sujetos a la licencia ambiental únicamente algunos proyectos, obras y actividades, entre los que se encuentran los siguientes:

1. En el sector de hidrocarburos:

Las actividades de exploración sísmica que requieran construcción de vías, la exploración sísmica en las áreas marinas cuando se realicen en profundidades inferiores a 200 metros; los proyectos de perforación exploratoria por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes; cuando la explotación de hidrocarburos incluya infraestructura asociada y conexas, cuando el transporte y conducción de hidrocarburos se desarrolle por fuera de los campos de explotación que implique la construcción y montaje de infraestructura, para los terminales de entrega y estaciones de transferencia de hidrocarburos entendidos como infraestructura de almacenamiento y para la construcción y operación de refinerías.

2. En el sector minero:

En el sector minero se otorgara o se negara la licencia ambiental para: la explotación minera de carbón, la explotación de construcción y arcilla, minerales metálicos y piedras preciosas, otros minerales y materiales, lo anterior

de conformidad con su explotación y su remoción total de material útil según sea el caso.

3. Por otro lado se señala que la autoridad competente podrá otorgar o negar la licencia en la construcción de presas, represas o embalse cuando su capacidad sea mayor de 200.000.000 metros cúbicos de agua.

4. En el sector eléctrico

La autoridad ambiental podrá otorgar o negar la licencia cuando: La construcción y operación de centrales generadores tengan una capacidad instalada igual o superior a 100 MW, el tendido de las líneas de transmisión del sistema de transmisión nacional, proyectos para la generación de energía nuclear.

5. En los proyectos para la generación de energía nuclear.

6. Sector marítimo y portuario

En el sector marítimo y portuario, la autoridad ambiental podrá otorgar o negar una licencia para: la construcción o ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado, los dragados de profundización de los canales de acceso a puertos marítimos de gran calado y para la estabilización de playas y entradas costeras.

7. Para la construcción y operación de aeropuertos internacionales y nuevas pistas en los mismos.

8. Ejecución de obras públicas

En torno a la aprobación de licencias en la ejecución de obras, el Decreto se refiere a cuatro clases de obras específicas las cuales son: los proyectos de la red vial nacional, la construcción de túneles con sus accesos, la construcción de vías férreas y/o variantes de la red férrea y la construcción de obras marítimas duras y de regeneración de dunas y playas.

9. La construcción y operación de riesgo y/o drenaje con coberturas superior a 20.000 hectáreas.

10. Pesticidas

En torno a los pesticidas, el Decreto señala que se tramita la licencia para la producción de pesticidas y para la importación de pesticidas en algunos casos específicos.

11. Para la importación y/o producción de sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales de carácter ambiental.

12. Para los proyectos que afecten las áreas del sistema de parques naturales, sin embargo esta disposición no es aplicable a proyectos, obras o actividades de infraestructura relacionada con las unidades habitacionales y actividades de mantenimiento y rehabilitación en proyectos de infraestructura de transporte, salvo aquellas actividades de mejoramiento.

13. Los proyectos que adelantan las Corporaciones Autónomas Regionales para la defensa, protección y adecuado manejo de las cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción.

• Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales

El Decreto establece las Corporaciones Autónomas Regionales y aquellas autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, cuentan con la facultad de otorgar o negar la licencia ambiental, en algunos proyectos que se ejecuten en su jurisdicción, entre los que se señalan los siguientes:

1. En el sector minero

Cuando la explotación minera de carbón, de materiales de construcción, arcilla, minerales no metálicos, minerales metálicos, piedras preciosas y semipreciosas y otros minerales y materiales, cumplan ciertas características específicas para cada tipo de material definido en el Decreto.

2. Siderúrgicas, cementeras y plantas concretas fijas cuya producción de concreto sea superior a 10.000 metros cúbicos/mes.

3. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad igual o inferior a 200.000.000 metros cúbicos de agua.

4. Sector eléctrico

Estas podrán otorgar o negar una licencia ambiental cuando: la construcción y operación de centrales generadoras, el tendido de líneas del sistema de transmisión regional, la construcción y operación de centrales generadoras de energía a partir del recurso hídrico, los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía virtualmente contaminantes, de acuerdo a la capacidad de cada uno de conformidad con lo dispuesto en el Decreto.

5. Sector marítimo y portuario

Estas podrán otorgar o negar una licencia ambiental para: la construcción, ampliación y operación de puertos marítimos que no sean de gran calado, los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos que no sean

considerados como de gran calado y la ejecución de obras privadas relacionadas con la construcción de obras duras y de regeneración de dunas y playas.

6. La construcción y operación de aeropuertos de nivel nacional y de nuevas pistas en los mismos

7. Proyectos en la red vial secundaria y terciaria

Se señala que la Corporaciones Autónomas Regionales puede otorgar o negar las licencias ambientales para la construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura, la construcción de segundas calzadas, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo del Decreto 769 de 2014 y la construcción de túneles con sus accesos.

8. Ejecución de obras de carácter privado en la red fluvial nacional

Para la construcción y operación de puertos, rectificación de cauces, cierre de brazos, meandros y madrevejas, construcción de espolones, desviación de cauces en la red fluvial y los dragados de profundización en canales y en áreas de deltas.

9. La construcción de vías férreas de carácter regional y/o variantes de estas

• Definición de competencias

El Decreto establece que cuando el proyecto, obra o actividad se desarrolle en la jurisdicción de dos o más autoridades ambientales estas deberán enviar la solicitud de licenciamiento a la Autoridad de Licencias Ambientales, al cual designar.

• Estudios ambientales

El Decreto señala que los estudios ambientales para los efectos del mismo son: el diagnóstico ambiental de alternativas y el estudio de impacto ambiental.

Para los proyectos, obras o actividades del sector de infraestructura, los términos de referencia del diagnóstico ambiental de alternativas, solo contemplara la información de fase de prefactibilidad de conformidad con lo establecido en la Ley 1682 de 2013.

Estos términos de referencia para el diagnóstico ambiental de alternativas para el sector de infraestructura debe ser ajustado por el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible dentro de un plazo de seis meses a partir de la publicación del Decreto.

- Manual de evaluación de estudios ambientales

Para la evaluación de los estudios ambientales, las autoridades ambientales adoptarán los criterios generales definidos en el manual de evaluación de estudios ambientales de proyectos expedido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, el cual deberá ser actualizado por el Ministerio dentro de los siguientes seis meses a partir de la expedición del Decreto.

- Trámite para la obtención de la licencia ambiental

1. Una vez formulada la petición por escrito, la autoridad ambiental dentro de los 15 días siguientes a su radicación, se pronunciara sobre la necesidad de presentar o no DAA.

2. En caso de requerir DAA, el interesado radicara estudio, junto con otros documentos, donde una vez radicados estos la autoridad ambiental competente de manera inmediata procederá a expedir un acto administrativo de inicio de trámite de evaluación de DAA.

3. Expedido el acto administrativo, la autoridad ambiental evaluara la documentación presentada y realizara visita al proyecto cuando lo considere pertinente, en un plazo de 15 días hábiles, la autoridad puede requerir al solicitante dentro de los 3 días hábiles y por una sola vez para solicitarle información adicional que considere pertinente para decidir.

4. El peticionario cuenta con un término de un mes para allegar la información requerida, el cual puede ser prorrogado por la autoridad ambiental de manera excepcional.

5. Allegada la información por parte del interesado en el pronunciamiento sobre el DAA, la autoridad ambiental dispondrá de 20 días hábiles para evaluar el DAA y elegir la alternativa sobre la cual debe elaborarse el estudio de impacto ambiental y fijar los términos de referencia.

6. Cuando no se requiera pronunciamiento sobre DAA o ya se haya surtido dicho pronunciamiento el interesados debe radicar ante la autoridad competente el estudio de impacto ambiental y alguna documentación contemplada en el Decreto.

7. A partir de la fecha de radicación, la autoridad ambiental competente de manera inmediatamente expedirá acto administrativo de inicio de trámite.

8. Expedido el acto administrativo, la autoridad ambiental evaluara que el estudio ambiental se ajuste a los requisitos mínimos contenidos en el Manual de evaluación de estudios ambientales y realizara una visita al proyecto si este lo requiere, dentro de los 20 días hábiles después del acto administrativo de inicio.

Cuando no se estime pertinente la visita o se hubiera vencido el plazo anterior, la autoridad dispone de 10 días hábiles para realizar una reunión con el fin de solicitar por una única vez información adicional que considere pertinente.

El peticionario cuenta con un término de un mes para allegar la información requerida, término que puede ser prorrogado por la autoridad ambiental de manera excepcional.

9. Allegada la información por parte del solicitante, la autoridad dispone de 10 días hábiles para solicitar a otras entidades o autoridades conceptos técnicos o informaciones pertinentes los cuales deben ser remitidos en un plazo no mayor a 20 días hábiles.

10. Vencido el término la autoridad cuenta con un término máximo de 30 días hábiles, para expedir acto administrativo que declare reunida toda la información así como para expedir resolución que otorga o niega la licencia ambiental.

- Superposición de proyectos

En el Decreto se establece que la autoridad ambiental competente cuenta con la facultad de otorgar licencia ambiental a proyectos cuyas áreas se superpongan con proyectos licenciados, siempre y cuando el interesado en el proyecto demuestre que estos pueden coexistir y identifique un manejo y responsabilidad individual de los impactos ambientales generados en el área superpuesta.

- Modificación de la licencia ambiental

En el Decreto se consagra que la licencia ambiental debe ser modificada entre otras cuando

Se pretenda modificar el proyecto, obra o actividad de forma que se generen impactos ambientales adicionales, cuando al otorgarse la licencia no se contemple el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos para el buen desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad, cuando se pretenda variar las condiciones de uso, aprovechamiento o afectación de un recurso natural no renovable, cuando se solicite efectuar la reducción del área licenciada o la ampliación de la misma.

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Clausulas excepcionales

En días pasados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Radicación 08001233100019961123001 (25745), resolvió controversia relacionada con la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre clausulas excepcionales.

La Sala señala que en caso de que se presente en un contrato una clausula excepcional se debe acudir a la justicia administrativa debido a que los tribunales de arbitramento carecen de potestad para pronunciarse sobre la legalidad de los actos dictados de conformidad a lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo la Sala señala, que los tribunales de arbitramento pueden conocer controversias relativas a poderes exorbitantes que tengan fundamento en normas distintas al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como lo es la declaración de siniestro.

Para finalizar, la Sala, no realiza un análisis del artículo 14 de la Ley de infraestructura, si no que señala que sobre el mismo se debe analizar su alcance ya que este señala que los tribunales no podrán pronunciarse sobre clausulas excepcionales.