

Necesidad de unicidad de criterio en la administración del recurso hídrico

Hernando Amado Baena*

Fecha de envío: 29 de julio de 2010
Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2010

RESUMEN

El propósito principal de esta investigación es mostrar la diferencia de criterios en las entidades que regulan las aguas de uso público en Colombia. El derecho a usar aguas de uso público se encuentra establecido en las leyes nacionales, y los trámites y obtención de su beneficio, por ley, está a cargo de las entidades ambientales compuestas por veintiséis corporaciones autónomas regionales, siete corporaciones de desarrollo sostenible, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales –dependiente y bajo el liderazgo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– y, en el caso de ciudades de más de 1.000.000 de habitantes, las secretarías de la ciudad, bajo la

presunción que estas entidades tienen el mismo criterio en cuanto a la terminología y los trámites establecidos en Colombia. Esta investigación –elaborada con la colaboración de los estudiantes del Área de Alcantarillado del Programa de Ingeniería Ambiental y Sanitaria de la Universidad de La Salle– tiene la intención de resaltar las causas principales de la diferencia de criterios de las entidades reguladoras, fundamentadas en la mala interpretación de la terminología y los trámites, permitiendo el desperdicio del recurso más preciado.

Palabras clave: normatividad, recurso hídrico, autoridad ambiental, concesión.

* Ingeniero Civil, Universidad Javeriana. MSc, Centrales Hidroeléctricas, Universidad Javeriana; Docente Investigador, Universidad de La Salle. Correo electrónico: hamado@unisalle.edu.co.

NEED OF CRITERIA UNIQUENESS IN THE WATER RESOURCE ADMINISTRATION

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to show the different criteria of the entities that regulate the use of public water in Colombia. The right to use public water is established in National Laws, the procedures, permissions and concessions of its benefit is given by law to the environmental entities, composed by twenty-six regional environment authorities (Corporaciones Autónomas Regionales, CARs, in Spanish), seven Sustainable Development Authorities (Corporaciones para el Desarrollo Sostenible, in Spanish), the Special Administrative Unit of the National Park System that depends and is under the leadership of the Ministry of Environment, Housing and Territorial Development and in the case of cities with more than 1,000,000 the city

secretaries, under the presumption that his entities have the same criteria towards the terminology and the established procedures in Colombia. This investigation elaborated with the collaboration of the students from the Sewerage Area of the Sanitary and Environment Engineer Program from La Salle University, intends to establish the main causes of the different criteria of the regulatory entities based on the misinterpretations of the terminology, and procedures, allowing the waste of the most precious resource.

Keywords: regulations, hydric resource, environmental authority, concession.

INTRODUCCIÓN

Referente al *agua* como recurso natural renovable la ley reconoce, desde el punto de vista del dominio y sus cauces, como de uso privado aquellas que nacen y mueren en una misma heredad, entendiéndose como tal aquellas que brotan naturalmente a su superficie y se evaporan o desaparecen dentro del mismo predio y las de uso público todas las demás formas naturales de presentación (las meteóricas, es decir, las que están en la atmósfera; las provenientes de lluvia; las corrientes superficiales que vayan por cauces naturales o artificiales; las de los lagos, ciénagas, lagunas y embalses; las edáficas; las subterráneas; las subálveas; las de los nevados y glaciares y las aguas ya utilizadas servidas o negras).

El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables dispone que una de las formas de utilizar el agua de uso público es por “ministerio de la ley”, a su vez, en el artículo 86 determina que

Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros. El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros.

Es decir, mediante esta modalidad no se requiere autorización alguna, y se posibilita al efectuarse, a manera de ejemplo, cuando se hace uso público de las aguas por parte de los bañistas o cuando se recogen las aguas en recipientes limpios y son trasladados a los sitios donde se requiere dicho recurso.

El capítulo III del Código trata otra forma de utilización del agua a través de los *permisos* al indicar que: “Podrá concederse permiso para el uso temporal de partes delimitadas de recursos naturales renovables de dominio público”, supeditado a la disponibilidad del recurso natural, con una duración inferior a diez (10) años prorrogables sin exceder dicho límite. Un ejemplo podría ser su uso mediante riego en vías desatapadas, para apaciguar el efecto que por corrientes de aire o el movimiento de vehículos produce el levantamiento de material fino o particulado sedimentable. Para ello se requerirá un permiso, de manera temporal, para aprovechar el agua de una fuente de uso público. Igualmente, se aplica para la construcción de vías con el fin de obtener la compactación deseada. Otro ejemplo podría ser la utilización de una porción de un embalse para la siembra y cría de peces en cautiverio, evento para el cual se requerirá el medio como sitio de supervivencia de los peces, mas no para el consumo de las aguas.

El capítulo IV trata sobre las “concesiones”; cabe resaltar que el Código no las define, estableciendo que se otorgarán expresamente en los casos previstos por la ley y su duración será fijada teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga, y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica.

La entidad competente que tramita una concesión se pronuncia a través de un *acto administrativo* o *resolución* que, de ser favorable, incluye la identidad tanto del concesionario como del predio beneficiado, la fuente, los usos, el tiempo de vigencia de ésta y la cantidad, además de las obligaciones, derechos y deberes del concesionario.

Los artículos 161 y 162 del Código se relacionan con las “asociaciones de usuarios de aguas”, sin establecer claramente la participación de la autoridad ambiental en los acuerdos de la comunidad o en el acceso al agua para nuevos usuarios cuando medie concesión, ni el trámite necesario para la constitución de servidumbres cuando sea del caso.

De otra parte, el numeral 15 del artículo 5.º de la ley 99 de 1993 establece dentro de las funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT): “Evaluar los estudios ambientales y expedir, negar o suspender la licencia ambiental correspondiente, en los casos que se señalan en el título VIII de la presente ley”. Igualmente, es importante citar el numeral 31, en el cual se consagra la función de:

Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones, cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables o del Medio Ambiente.

Teniendo en cuenta que la normatividad contenida en la Legislación Nacional es única, la aplicación tanto de los conceptos como de los trámites correspondientes debe ser para todas las dependencias oficiales y los beneficiarios en el uso de las aguas de uso público igual, con el fin de disponer un manejo integrado de este valioso recurso natural.

METODOLOGÍA

Teniendo en cuenta la importancia de los recursos naturales y, en general, del medio ambiente para Colombia, así como la jerarquización de los entes públicos encargados de su manejo y conservación,

bajo el liderazgo del MAVDT, se formuló la siguiente pregunta:

Tomando en cuenta que una de sus funciones y responsabilidades que tiene esa Entidad por mandato legal es la de otorgar concesiones, permiso y autorizaciones de agua (tanto superficial como subterránea), ¿cuál es la diferencia específica o definición entre: a) Concesión, b) Permiso y c) Autorización, con relación al Recurso Hídrico?

Se consultó a las veintiséis corporaciones autónomas regionales (CAR), siete corporaciones autónomas de desarrollo sostenible (CADS), a la Secretaría Distrital del Ambiente (Bogotá), al MAVDT y en forma separada a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, entidad adscrita al MAVDT, con el fin de establecer si existe coherencia y unidad de criterio en el interior de las autoridades ambientales, entre las distintas formas de acceder por parte de los usuarios e interesados al recurso hídrico en Colombia.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La Veeduría Distrital de Bogotá publicó el documento *Contrato de concesión* (2007), en el cual entre otras hace las siguientes manifestaciones:

En el marco jurídico de las relaciones estatales son muchos los fenómenos que se han agrupado como correspondientes al contrato de concesión. Es corriente que se hable de contrato de concesión ante la expedición de una licencia o permiso.

También son numerosas las variaciones de los servicios que a través de esta modalidad pueden los particulares ejercer en beneficio del Estado para el debido cumplimiento de los fines de éste, servicios que a la vez reportan una importante fuente de trabajo para los particulares, enriqueciendo además el erario público.

Es así como las primeras concesiones fueron para la explotación minera, cuya aleatoriedad no es propia de sufrir parte de los entes estatales, como tampoco cuenta la administración con el soporte técnico, tecnológico o mecánico necesario para la debida exploración y explotación de los yacimientos, como tampoco de la disponibilidad presupuestal para las cuantiosas inversiones de largo plazo que tales actividades requerían.

El subsuelo del país en los albores de la República perteneció al dominio privado, generando para la época unos derechos adquiridos que hoy, a través de los avances legislativos y la supremacía del bien general sobre el particular y el Estado Social de Derecho, pasó al dominio de la Nación, propiedad que hoy nadie discute.

Pero esa riqueza en recursos no trajo al país el bienestar esperado, dada la incapacidad de la administración pública de explorar y explotar adecuadamente ese subsuelo.

Surgió entonces la figura de la concesión según la cual, como paso preliminar se otorgaba a los solicitantes un permiso de exploración, con base en cuyo éxito, posteriormente se concedía la concesión.

Con posterioridad han sido numerosos los servicios públicos que se han amparado en específicos contratos de concesión, siendo entonces el régimen jurídico aplicable a cada uno, el que para cada especificidad se establezca.

Difícil resulta entonces conceptualizar una definición única que comprenda todas las modalidades que bajo esta figura se amparan, y más difícil aún determinar los elementos esenciales que lo diferencian de los demás contratos.

El término de “concesión” es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa en común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. (Vedel, 2007: 8)

Por otro lado, la ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contempla con relación a los contratos:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]

40. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Ahora bien, en Colombia las autoridades ambientales están constituidas por veintiséis CAR, siete CADS, seis entes con competencia en grandes centros urbanos y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales bajo el liderazgo del MAVDT. De acuerdo con lo anteriormente citado y con el fin de establecer unicidad de criterios en el manejo del recurso hídrico en el nivel nacional, a finales de 2008, se formuló a los dos entes del nivel ministerial, las veintiséis CAR, las siete corporacio-

nes de desarrollo sostenible y Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, la siguiente pregunta:

Tomando en cuenta que una de las funciones y responsabilidades que tiene la Entidad por mandato legal es la de otorgar concesiones, permisos y autorizaciones de aguas (tanto superficiales como subterráneas), *¿cuál es la diferencia específica o definición con respecto al recurso hídrico entre: a) Concesión, b) Permiso y c) Autorización?*

Se obtuvo respuesta del MAVDT, diecinueve CAR (73,1%), seis CADS (85,7%) y de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá (16,7%), para un total de veintisiete respuestas. A continuación se hace relación a las respuestas más representativas dadas por las entidades ambientales, siguiendo el orden jerárquico:

El MAVDT¹ aclara: “[...] son las Autoridades Ambientales Regionales las competentes para otorgar concesiones o permisos sobre el Recurso Hídrico tal como lo consagra la Ley 99 de 1993 y no el Ministerio, tal como usted lo expresa”; manifiesta a continuación:

Los permisos y concesiones son las figuras jurídicas por medio de las cuales se autoriza por parte del Estado el uso y aprovechamiento del Recurso Hídrico. En la concesión, para efectos de autorizar el aprovechamiento o captación de aguas, el Estado habilita o cede a una persona natural o jurídica las facultades de uso privativo del Recurso Hídrico el cual es de dominio público, en un plazo determinado bajo ciertas condiciones; a diferencia de permiso, en el cual se otorga un consentimiento o aprobación, en este caso para verter líquidos al recurso.

La Corporación Autónoma Regional de Sucre (Carsucre) informa que la solicitud hecha fue admitida mediante auto N.º 1861 de octubre 10 de 2008 y remi-

tida a la Subdirección de Gestión Ambiental para su respuesta, observando que para tal efecto se requiere efectuar un trámite dispendioso y complicado por parte de la entidad. No se recibió respuesta de esta corporación. La Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (Corantioquia) manifiesta:

[...] en dicha materia se circunscribe a la reglamentación consagrada para el efecto en el Decreto 2811 de 1974 y sus decretos reglamentarios 1541 de 1978 y 1594 de 1984 respecto a los usos del agua y residuos líquidos, y que conforme con lo anterior, la legislación no diferencia en términos de definición estos modos de usar los recursos naturales, entre ellos el agua [...]

La Corporación Autónoma Regional de Boyacá (Corpoboyacá), por su parte, informa:

[...] el Decreto Ley 2811/74, establece que un permiso se concede para uso temporal de partes limitadas de recursos renovables de dominio público (como extracción de materiales); la concesión es la que requiere toda persona natural o jurídica para obtener el derecho al aprovechamiento del agua y la autorización se requiere cuando se pretende construir obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua.

Para la Corporación Autónoma Regional de Caldas (Corpocaldas), “[...] se tiene que entre la *concesión de agua* otorgada para aprovechar aguas de dominio público y un *permiso* no existe diferencia, la autorización para aprovechar aguas privadas no está en la normatividad...”. La Corporación Autónoma Regional del Cesar (Corpocesar) declara que “[...] los mecanismos de control están constituidos así: a) Concesión: es el Acto Administrativo mediante el cual se otorga a una persona natural o jurídica, pública o privada el derecho de aprovechar las aguas de uso público” (Art. 5º, Decreto 1541 de 1978).

1 En comunicación radicada con el número 2070-2-102278 de 2008.

En este sentido cabe decir que de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de dicho Decreto, “El derecho de aprovechamiento de las aguas de uso público no confiere a su titular la facultad de usarlas, de conformidad con el Decreto Ley 2811 de 1974 el presente reglamento y las resoluciones que otorguen la concesión” b) Permiso: en el Artículo 132 del Decreto 2811 de 1974, se señala que “Sin permiso, no se podrán alterar los cauces, ni el régimen y la calidad de las aguas, sin interferir su uso legítimo” Sobre el particular Corpocesar manifiesta, de igual manera, que se emplea el instrumento de control ambiental de “permiso” para “La prospección y exploración que incluye perforaciones de prueba en busca de aguas subterráneas con miras a su posterior aprovechamiento” y, c) autorización: A la luz de lo dispuesto en el Artículo 102 del Decreto 2811 de 1974, “Quien pretenda construir obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua, deberá solicitar autorización”.

La Corporación Autónoma Regional de Nariño (Corponariño) manifiesta que para el trámite y otorgamiento de las concesiones de agua se tienen las disposiciones del decreto 1541 de 1978, la Corporación “[...] en uso de sus facultades legales, *otorga autorización de concesión de agua* (cursivas fuera de texto) a personas naturales o jurídicas siguiendo el procedimiento contemplado en el Decreto 1541 de 1978”. La Corporación Autónoma Regional del Atlántico (CRA) responde:

[...] para todos los efectos *no existe diferencia entre concesión o permiso* (cursivas fuera de texto) en lo referente al Recurso Hídrico, es el mismo instrumento de control, entendido éste como la autorización que las personas naturales, jurídicas y las Entidades Gubernamentales requieran para el aprovechamiento de las aguas de dominio público, de conformidad con el Decreto 1541/78 y Decreto ley 2811/74.

La Corporación Autónoma Regional del Tolima (Cortolima) como respuesta a la pregunta formulada manifiesta:

[...] debe investigarlas en las disposiciones legales y técnicas que tratan sobre la materia como es el Decreto 2811 de 1973; Ley 99 de 1993, Decreto 1541 de 1978, Ley 373 de 1993, publicaciones que sobre el tema han expedido el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, IDEAM e ICA.

De las entidades consultadas, el MAVDT se basa para su escueta respuesta en la ley 99 de 1993; dieciséis corporaciones hacen alusión a los significados y definiciones plasmados en el Decreto Ley 2811 de 1974; quince en el decreto 1541 de 1978, una en el decreto 1594 de 1984; dos remiten al interesado a la ley 99 de 1993, dos dirigen la atención y respuesta a la ley 373 de 1978 (uso eficiente ahorro del agua), siendo objetable la respuesta de Cortolima que remite al interesado no sólo a las normas mencionadas, sino a los conceptos del MAVDT, Ideam e ICA.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que NO existe unicidad de criterio entre las autoridades ambientales en cuanto a las formas de acceder al uso del agua por parte de los usuarios, agravado por la falta de voluntad del MAVDT, líder en el ámbito ambiental y facultado expresamente para dicho evento, en revisar y dirimir ambigüedades entre los entes ambientales regionales y locales.

La disparidad de criterios aunado a los graves vicios arraigados en las entidades públicas conduce a inferir el manejo impropio que se está dando a uno de los recursos naturales más importantes, puesto que no existe una metodología en el nivel nacional

que permita precisar la duración de las concesiones acorde con las especificidades de cada una de ellas, ni se cuenta con un control estricto por parte de las autoridades ambientales de los volúmenes otorgados en concesión sobre todas y cada una de las fuentes hídricas, de manera que les permita una visión técnica para la verdadera administración que por ley les ha sido otorgadas.

Desde la Academia y con énfasis desde la Ingeniería, es necesario detectar, controvertir, participar, estudiar y dar soluciones posibles a la problemática

existente y relacionada con el recurso hídrico, como recurso valioso y necesario para el país.

Finalmente, es necesario expresar la preocupación por el agua, elemento vital para la vida, el cual se encuentra amenazado en Colombia no sólo por el calentamiento global, el acrecentamiento de su demanda por el aumento de la población y el sistema productivo, y creciente contaminación, sino principalmente por parte de quienes tienen la misión de administrarla en nombre de la Nación para satisfacer necesidades de las generaciones actuales y futuras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

En firme, ultimátum para mejorar el Muña (2005, agosto-noviembre). *Carta Ambiental*, (10).

Presidencia de la República (1974). Decreto Ley 2811 de 1974. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. En: *Diario Oficial*. Bogotá, enero 27.

Se agota el milagro azul (2002, 9 de septiembre). *El Tiempo*. Bogotá.

Vedel, G. (2007). *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar.

Veeduría Distrital (2007). *Contrato de concesión*. Bogotá: Giro.