

| | | |
|---|---|---|
| MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE | CONCEPTO JURÍDICO Proceso: Gestión jurídica | MADSIG Sistema Integrado de Gestión |
| Versión: 1 | Vigencia: 30/11/2022 | Código: F-A-GJR-10 |

| | | |
|---|--|-----------|
|  | Al responder por favor citese este número 13002023E2031497 | |
| | Fecha Radicado: 2023-09-13 13:55:45 | Folios: 6 |
| | Código de Verificación: d72e0 | Anexos: 0 |
| | Radicator: Ventanilla Minambiente | |
| | Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible | |

Bogotá D.C.,

Doctor
JULIO CESAR GÓMEZ SALAZAR
 Director General
Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER
 carder@carder.gov.co

ASUNTO: Respuesta a consulta sobre competencia y alcances de la autoridad ambiental en desarrollo de proyectos de abastecimiento hídrico en comunidades indígenas. Oficio CARDER No. 18945. Radicado Minambiente No. 2023E1034686.

Respetado doctor Gómez:

Teniendo en cuenta la consulta presentada mediante el radicado del asunto, se plantean las siguientes consideraciones, dejando de presente que en concordancia con lo establecido la Ley 99 de 1993, el Decreto 3570 de 2011, la Ley 1437 de 2011, y el artículo 1.1.1.1 del Decreto 1076 de 2015, la consulta será resuelta en abstracto y no se referirá a ningún caso particular o concreto.

I. CONCEPTOS EMITIDOS POR LA OAJ

No se cuenta con conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica sobre la materia.

II. ANTECEDENTES JURIDICOS

- Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y particularmente define en su artículo 31 las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible.
- Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, indica en el numeral 87.9 del artículo 87 que las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios.
- Ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, define en su artículo 22 que las obras de infraestructura del sector de agua potable y saneamiento básico financiadas con recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales, podrán ser entregadas como aportes a municipios o a las Empresas de Servicios Públicos en los términos del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.
- Decreto 2353 de 2019, por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias, define las funciones de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

| | | |
|---|---------------------------|--|
| MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE | CONCEPTO JURÍDICO |  Sistema Integrado de Gestión |
| | Proceso: Gestión jurídica | |
| Versión: 1 | Vigencia: 30/11/2022 | Código: F-A-GJR-10 |

III. ASUNTO A TRATAR

La CARDER en su consulta señala:

*“Teniendo en cuenta que se trata de un proyecto, obra o actividad con comunidades indígenas, se requiere, (además de conocer si se debe realizar Consulta Previa u otro mecanismo de participación), si la Autoridad Ambiental CARDER **tiene la competencia para adelantar los diseños, obras de construcción, optimización y/o mejoramiento de la infraestructura de abastecimiento en dichas comunidades, al igual que actividades de apropiación social relacionadas con agua y saneamiento básico.**”*

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Para resolver la consulta que se formula, en primer lugar, se analizarán las funciones y competencias que en virtud de la Ley 99 de 1993 fueron asignadas a las Corporaciones Autónomas Regionales; en segundo lugar, como lo desarrollado a nivel jurisprudencial y conceptual por el Consejo de Estado sobre la materia. En tercer lugar, su relación desde la perspectiva de la Ley 142 de 1994 y la competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para pronunciarse sobre la necesidad o no de adelantar un proceso de consulta previa y finalmente, los aspectos a considerar sobre el tema.

Funciones y competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales para realizar obras de abastecimiento de agua

En primer lugar, resulta importante señalar que las funciones y competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales, fueron definidas por el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 y en relación con la consulta realizada particularmente se establecen las siguientes:

“1. Ejecutar las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental definidos por la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan Nacional de Inversiones o por el Ministerio del Medio Ambiente, así como los del orden regional que le hayan sido confiados conforme a la ley, dentro del ámbito de su jurisdicción;

2. Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente; (...)

20. Ejecutar, administrar, operar y mantener en coordinación con las entidades territoriales, proyectos, programas de desarrollo sostenible y obras de infraestructura cuya realización sea necesaria para la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables;

21. Adelantar en coordinación con las autoridades de las comunidades indígenas y con las autoridades de las tierras habitadas tradicionalmente por comunidades negras, a que se refiere la Ley 70 de 1993, programas y proyectos de desarrollo sostenible y de manejo, aprovechamiento, uso y conservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente; (...)

28. Promover y ejecutar programas de abastecimiento de agua a las comunidades indígenas y negras tradicionalmente asentadas en el área de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades competentes; (Llamado fuera de texto).

| | | |
|---|---|---|
| MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE | CONCEPTO JURÍDICO Proceso: Gestión jurídica | MADSIG Sistema Integrado de Gestión |
| Versión: 1 | Vigencia: 30/11/2022 | Código: F-A-GJR-10 |

En concordancia con lo anterior, el artículo 22 de la Ley 1450 de 2011, dispuso:

“Artículo 22. Inversiones de las Corporaciones Autónomas Regionales en el sector de agua potable y saneamiento básico. Las obras de infraestructura del sector de agua potable y saneamiento básico financiadas con recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales, podrán ser entregadas como aportes a municipios o a las Empresas de Servicios Públicos que operen estos servicios en el municipio, de acuerdo con lo que este determine, bajo la condición de que trata el numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 o las normas que la modifiquen o sustituyan. (...)

La ejecución de los recursos de destinación específica para el sector de agua potable y saneamiento básico por las Corporaciones Autónomas Regionales, deberá efectuarse en el marco de los PDA, lo anterior sin perjuicio de las inversiones que puedan realizar las mismas en los municipios de su jurisdicción no vinculados al PDA.” (Llamado fuera de texto).

Al respecto, el numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 dispone que:

“Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. (...)” (Llamado fuera de texto).

Así las cosas, es claro que tanto la Ley 99 de 1993 como la Ley 1450 de 2011, no solo facultan, sino que definen como función de las Corporaciones Autónomas Regionales, promover y ejecutar programas de abastecimiento de agua, entre otros, de comunidades indígenas que se encuentran en área de su jurisdicción, lo cual en principio, podría interpretarse que cobija actividades de apropiación social relacionadas con agua y saneamiento básico.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 23 de febrero de 2023¹ reiteró lo manifestado en sentencia de la misma corporación de fecha 21 de junio de 2018², en la que se realizó un análisis a lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación en concepto radicado No. 1382 del 22 de noviembre de 2001, manifestando:

“(…)75. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en virtud de la consulta efectuada por el Ministro del Medio Ambiente a la Sala sobre competencias de la Corporación Autónoma Regional de la Meseta de Bucaramanga, para la prestación del servicio de alcantarillado y saneamiento básico a los municipios de Bucaramanga, Floridablanca y Girón, de acuerdo con las disposiciones de las leyes 99 y 142, mediante auto de 22 de noviembre de 2001, señaló que la ley 99 al definir las corporaciones autónomas regionales como “entes corporativos de carácter público”, las sometió al derecho público y por tanto a los principios de legalidad y de la improrrogabilidad de la competencia, según los cuales esta sólo puede ejercer las funciones públicas que la Constitución o el legislador le autorizan. Así las cosas, al ser autoridades

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023), Radicación número: 76001-23-33-000-2018-00656-01

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00206-01(AP)

| | | |
|---|---------------------------|---|
| MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE | CONCEPTO JURÍDICO | MADSIG Sistema Integrado de Gestión |
| | Proceso: Gestión jurídica | |
| Versión: 1 | Vigencia: 30/11/2022 | Código: F-A-GJR-10 |

ambientales, definen las políticas del medio ambiente, lo planifican y ejercen poder de policía en los casos de permisos, concesiones o por incumplimiento de normas ambientales, pero, adujo que la ley 99 no les otorga competencia para desarrollar actividades de prestación directa de servicios públicos domiciliarios.

76. La competencia señalada en el artículo 31, numeral 20, de la ley 99 a las corporaciones autónomas regionales, para la construcción, mantenimiento, administración, ejecución y operación de obras públicas de infraestructura, destinadas a “la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables”, comprende la ejecución de obras de saneamiento básico entre ellas las de acueducto y alcantarillado, dentro de su jurisdicción territorial, en concurrencia con la competencia atribuida a los municipios para “[...] construir las obras que demande el progreso municipal y la solución de necesidades de saneamiento ambiental y de garantía de prestación de los servicios públicos [...]” (Destaca la Sala).

77. Esta competencia de las corporaciones tiene por objeto las obras de infraestructura, la cual encuentra en la legislación especial de servicios públicos domiciliarios un límite en sus alcances, toda vez que la ley 142 establece los sujetos prestadores de los servicios, siguiendo un criterio de especialidad orgánica, excluyendo la posibilidad de que otros sujetos allí no comprendidos, cumplan dichas funciones de prestación de servicio o desarrollo de dicha actividad económica, sin embargo con el fin de dar soluciones a las necesidades de saneamiento ambiental y en ejercicio de las demás funciones atribuidas por la ley, dichas autoridades ambientales podrán intervenir para la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables (...).”

Asimismo, y en atención al referido concepto, la Sección resaltó que la aludida función (numeral 20, artículo 31) comprende la ejecución de obras de saneamiento básico dentro de su jurisdicción territorial, como lo son las de acueducto y alcantarillado, pero en concurrencia con la competencia atribuida a los Municipios relacionada con la construcción de obras que demanden el progreso municipal y la solución de necesidades de saneamiento ambiental y de garantía de prestación de los servicios públicos.”

Así las cosas, es claro que tal y como lo prevé el Consejo de Estado, si bien, las competencias otorgadas por la ley a las Corporaciones Autónomas Regionales, no las habilita para prestar servicios públicos domiciliarios, si les permite e incluso las insta a promover la ejecución de obras de saneamiento básico, entre ellas, las de acueducto y alcantarillado dentro de su jurisdicción territorial, esto, en concurrencia con la competencia atribuida a los Municipios relacionada con la construcción de obras que demanden el progreso municipal y la solución de necesidades de saneamiento ambiental y de garantía de prestación de los servicios públicos.

Competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para pronunciarse sobre la necesidad o no de adelantar proceso de consulta previa

Teniendo en cuenta que además del problema jurídico ya mencionado, la CARDER solicita a este ministerio orientación, respecto a la necesidad o no de adelantar proceso de consulta previa, al respecto es pertinente señalar que en concordancia con lo previsto por el Decreto ley 3570 de 2011 y la Ley 99 de 1993, esta cartera no cuenta con competencia para determinar (ni siquiera en materia ambiental) cuando un proyecto, obra o actividad requiere de consulta previa.

| | | |
|---|---|---|
| MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE | CONCEPTO JURÍDICO Proceso: Gestión jurídica | MADSIG Sistema Integrado de Gestión |
| Versión: 1 | Vigencia: 30/11/2022 | Código: F-A-GJR-10 |

De esta manera, corresponde a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, para que en el marco de la función otorgada por el numeral 1 del artículo 16 del Decreto 2353 de 2019 a dicha autoridad, determine la necesidad o no de efectuar consulta previa.

No obstante lo anterior, se advierte que los proyectos, obras o actividades a realizar con comunidades étnicas se deberán enmarcar en lo previsto por la Ley 21 de 1991 y en la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que existe sobre la materia, según la cual, deberá garantizarse el derecho a la consulta previa, en aquellos casos en los cuales se demuestre una afectación (positiva o negativa) directa a determinados sujetos titulares de este derecho, es decir, a las comunidades indígenas, negras, afro, palenqueras, raizales o rom.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, es claro que la ley faculta a las Corporaciones Autónomas Regionales a financiar y a ejecutar obras de saneamiento básico, entre ellas las de acueducto, en concurrencia con la competencia atribuida a los Municipios relacionada con la construcción de obras que demanden el progreso municipal y la solución de necesidades de saneamiento ambiental y de garantía de prestación de los servicios públicos, en territorios y a beneficio de comunidades indígenas asentadas en áreas de su jurisdicción, no obstante, dichos proyectos, obras o actividades, deberán realizarse bajo la observancia estricta de los derechos que tienen tales pueblos, en especial, lo atinente con el derecho fundamental a la consulta previa, lo cual como ya se dijo, deberá determinarse por el Ministerio del Interior – Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, conforme a sus competencias.

Atentamente,


ALICIA ANDREA BAQUERO ORTEGÓN
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Jaime Andrés Echeverría Rodríguez – Grupo Conceptos y Normatividad en Políticas Sectoriales OAJ.
Jenny Moreno – Profesional Especializado Grupo Conceptos y Normatividad en Políticas Sectoriales OAJ.
Revisó: Emma Judith Salamanca – Coordinadora Grupo Conceptos y Normatividad en Políticas Sectoriales OAJ.
Hernán Dario Páez Gutiérrez - Abogado contratista OAJ.