

Suspensión temporal de licencias ambientales a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, frente a la terminación anticipada de los contratos de tercera generación -3G.*

Juan Carlos Cerro Turizo**

Universidad Santo Tomas

Resumen.

Este artículo reflexiona, desde una perspectiva jurídica de orden ambiental y contractual, las razones jurídicas por las cuales resulta improcedente suspender provisionalmente los efectos y obligaciones derivadas de un instrumento de control y manejo ambiental por causas o situaciones ajenas a las contempladas en la Ley, y que van más allá de los principios fundamentales que protegen los recursos naturales y del medio ambiente. El estudio de la investigación respecto a la procedencia de la suspensión referida analiza los fundamentos de orden contractual de las asociaciones público privada –APP, de los contratos de concesión vial, y la normatividad ambiental aplicable al caso particular. El enfoque de la investigación tiene como intencionalidad analizar y demostrar las razones por las cuales resulta improcedente la figura de suspensión pretendida definiendo criterios y análisis de jurisprudencia que, armonizados con la norma, resultan en tesis que soportan las bases que demuestran las razones por las cuales no es viable la solución planteada al problema jurídico planteado.

Palabras Clave: suspensión temporal, licencias ambientales, contratos de concesión vial, contratos de tercera y cuarta generación, recursos naturales, asociaciones público privada

Temporary suspension of environmental licenses by the national infrastructure agency - ANI, against the anticipated termination of third-generation contracts -3G

Abstract.

This article reflects, from an environmental and contractual legal perspective, the legal reasons why it is inappropriate to temporarily suspend the effects and obligations derived from an environmental control and management instrument for causes or situations other than those contemplated in the Law, and Which go beyond the fundamental principles that protect natural resources and the environment. The study of the investigation regarding the provenance of the abovementioned suspension analyzes the bases of contractual order of the public-private partnerships -APP, of the concession contracts, and the environmental regulations applicable to the particular case. The purpose of the research approach is to analyze and demonstrate the reasons why the intended suspension figure is inappropriate, defining criteria and analysis of jurisprudence that, harmonized with the norm, result in theses that support the bases that demonstrate the reasons why The proposed solution to the legal problem is not feasible.

Keywords: temporary suspension, environmental licenses, highway concession contracts, third and fourth generation contracts, natural resources, public private partnerships

* Artículo de Reflexión como Trabajo de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo- Cohorte 50. Director Dr. Edgar Antonio Guarín Docente Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás. Bogotá D.C.

** JUAN CARLOS CERRO TURIZO, Abogado de la Universidad Católica de Colombia. 2009, Especialista en Derecho Ambiental. Universidad del Rosario. 2010. Optante al Título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás. 2017. Asesor Jurídico de: La Agencia Nacional de Minería. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y de la Secretaría Distrital de Planeación. E. mail. juancero3@hotmail.com

Introducción

En Colombia existen los contratos de concesiones viales que son adjudicados mediante la figura de asociaciones público privada –APP, y en la actualidad se presenta un contexto específico de orden ambiental que ha dificultado el normal desarrollo de los contratos de concesión en el entendido que la Entidad de orden nacional (Agencia Nacional de Infraestructura -ANI), autoridad que adjudica los contratos, pretende suspender temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión 3G, con el objetivo de no faltar a los compromisos establecidos en dicho instrumento, mientras se efectúa la cesión de la licencia ambiental, al concesionario 4G.

Una vez analizada la situación, se ha evidenciado una inquietud generalizada al interior de los diferentes sectores de orden ambiental y contractual, respecto del marco jurídico que podría justificar la suspensión de un instrumento de control y manejo ambiental, por causas ajenas a lo previsto en el ordenamiento ambiental vigente.

En consecuencia, desde la perspectiva de la Ley y la jurisprudencia, resulta improcedente la iniciativa de suspensión pretendida, aclarando que las causas por las cuales resulta desacertada no se han estudiado ni resuelto de fondo.

En el presente trabajo de grado se analizarán las causas por las cuales resulta improcedente la figura pretendida, las cuales cuentan con un fundamento normativo y jurisprudencial sólido que indica **por que** no resulta viable la suspensión temporal de las licencias ambientales por causa de la terminación anticipada de un contrato de concesión y ellas son:

- 1) Es deber del Estado prevenir los riesgos contractuales de orden ambiental, previo a la adjudicación del Contrato de Concesión.

2) No existe normatividad ambiental que permita la suspensión temporal de las obligaciones contenidas en la licencia ambiental por causa de la terminación anticipada del contrato de concesión.

3) Las Entidades y Funcionarios, se encuentran sometidos al cumplimiento de las normas en cuanto a sus obligaciones y competencias.

La siguiente investigación resultara de gran utilidad para todos aquellos sectores que se encuentran involucrados en la industria de la infraestructura vial, en el entendido que tal situación no solo afecta la parte técnica vial, sino también los componentes ambientales de los instrumentos de control y manejo ambiental de las diferentes industrias.

En ese orden de ideas, es claro el aporte de esta investigación, teniendo en cuenta que en la actualidad existe un debate normativo el cual se analizará impactando jurídicamente con esta investigación, la posición más acertada desde el punto de vista jurídico.

Para plantear las causas por las cuales resulta improcedente suspender temporalmente los efectos y obligaciones del instrumento de control y manejo ambiental, resultó necesario consultar e indagar fuentes de origen nacional como; Benavides, (2014) “Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas” De la Universidad Externado de Colombia; García y Amaya 2015). Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental. de la Universidad Externado de Colombia; Araujo y Sierra, (2013) “Concesiones de cuarta generación: impacto sobre los seguros de cumplimiento” de Fasecolda y Montes de Echeverry (2011). Concesiones viales. La inadecuada concesión de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho en la Revista de Derecho Público, entre otros, así como normatividad y jurisprudencia relacionada con la problemática objeto de estudio

Luego entonces, el planteamiento jurídico que guiará el siguiente trabajo de grado será: Analizar las razones jurídicas que soportan la tesis según la cual, es improcedente suspender

temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión 3G, con el objetivo de no faltar a los compromisos establecidos en dicho instrumento, mientras se efectúa la cesión de la licencia ambiental, al concesionario 4G. Esta investigación tiene como Objetivo general analizar las razones jurídicas que soportan la tesis según la cual, es improcedente la suspensión temporal de las licencias ambientales recibidas por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión 3G. y como objetivos específicos: a) Estudiar los presupuestos normativos en materia ambiental y contractual en el marco de los contratos de concesión para el desarrollo de infraestructura vial. b) Identificar las consecuencias jurídicas en materia ambiental respecto a la terminación anticipada de los contratos de concesión y c) Identificar las consecuencias jurídicas frente a la suspensión de las obligaciones contenidas en las licencias ambientales.

Planteamiento de la problemática ambiental en los contratos de concesión para el desarrollo de infraestructura vial.

En Colombia, debido a los diferentes incumplimientos por parte de los concesionarios 3G, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, ha establecido la terminación anticipada de los mismos, con el objeto de asignarlo a un nuevo concesionario bajo la modalidad 4G.

Lo anterior, conlleva a que todas las obligaciones del contrato, entre ellas, la licencia ambiental otorgada a los proyectos 3G, pase temporalmente a manos de la ANI (cesión), mientras esta surte el proceso de adjudicación, al nuevo concesionario 4G.

La licencia ambiental una vez otorgada por parte de la autoridad competente, establece obligaciones a cargo del titular que deben efectuarse en los plazos que la misma señala.

En ese orden de ideas, surge la necesidad por parte de la ANI, de suspender temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental que se encuentra a su cargo, con el

objetivo de no faltar a los compromisos establecidos en dicho instrumento, mientras se efectúa la cesión de la licencia al concesionario 4G.

Papel fundamental de las asociaciones público privada –APPS, en la historia de Colombia.

En atención a los diferentes problemas generados en nuestro país como consecuencia a la inadecuada inversión y mal distribución de recursos públicos, se observó la necesidad de establecer la participación del sector privado en la conformación de presupuestos para la formulación y ejecución de proyectos, permitiendo al estado efectuar el cumplimiento de los servicios públicos básicos existentes en la población colombiana.

La inversión publico privada a lo largo de los últimos 25 años ha generado diferentes etapas como lo afirma Benavides (2014):

Los primeros casos de vinculación de capital privado se presentan en el sector eléctrico, como consecuencia del racionamiento de energía y de la falta de un mercado competitivo.

El marco legal y regulatorio no era el apropiado, no estaba maduro para atraer inversión en servicios públicos, por lo que la celebración de contratos de Power Purchase Agreements (PPA), o pagos por disponibilidad, constituyo una alternativa adecuada para asegurar un determinado nivel de garantía de suministro, así como para fomentar la inversión en generación eléctrica. El objetivo a cumplir con este esquema era el desarrollo de infraestructura sin inversión pública, en donde la erogación estatal está claramente establecida en el contrato. Así el Estado cubría el riesgo de disponibilidad de energía a largo plazo; sin embargo, en la medida en que el precio de compra de energía estaba previamente pactado en el contrato, y se trataba de contratos a largo plazo, también asumía los riesgos de variaciones en el precio de la energía.

Década de 1990: la economía colombiana entro en un proceso, de recesión, sumado al incremento inusitado del gasto público, con un aumento considerable del déficit fiscal y el endeudamiento público, lo que condujo a que el Estado tomara esta situación como incentivo para poner en venta sus empresas.

A partir de la década de 1990, el desarrollo regulatorio inicia un proceso de maduración; en el sector eléctrico los grandes avances regulatorios permiten la vinculación de capital privado: la privatización de Chivor, Betania, EPSA, de la Empresa de Energía de Bogotá, y la creación de Emgesa y Codensa, así como el otorgamiento de licencias de larga distancia en el sector de telecomunicaciones, entre otros, son los procesos que fundamentalmente se adelantan en esta época.

En esta década se expide la Ley 226 de 1995, marco legal de las privatizaciones, que establece el procedimiento para la enajenación de la participación estatal en empresas privadas. Esta norma, entre otros desarrollos, concreta los planteamientos de la Corte Constitucional frente a la interpretación de la recién expedida Constitución Política de 1991, específicamente en lo que hace relación – a la disposición del artículo 60 relacionado con la democratización de la participación estatal. Se propende, así, por el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios sin recursos públicos (pp. 18-19).

Desde antes de la expedición de la Ley 80 General de Contratación (1993) se implementaron los contratos de concesión, en donde se garantizaba la intervención del sector privado en los grandes proyectos de infraestructura; dicho contrato de concesión, ha evolucionado debido a las diferentes problemáticas que surgieron, y que ocasionaron la creación de diversas Generaciones de contratación vial existentes en el país.

En la primera generación, el Estado asumió riesgos y sobrecostos en las obras, afectando de manera importante la capacidad de inversión, y haciendo más onerosa la actividad, al momento de efectuar la contratación.

La Segunda Generación en principio generó buenos resultados, disminuyendo los aportes de la Nación mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión.

En la Tercera Generación se continúa distribuyendo mejor los riesgos, se efectúan cambios relacionados con trámites de licencias ambientales y adquisición de predios, y la Cuarta Generación, nace con el compromiso de establecer un nuevo esquema contractual que modifique los inconvenientes presentados en las concesiones que actualmente existen, ajustándose a lo señalado en la Ley 1508 de (2012) que de manera general regula los aspectos relacionados con las asociaciones público privadas.

Las Asociaciones público privada componen un elemento de inversión privada para la construcción de infraestructura pública, modelo de sociedad que aparece en Colombia con la expedición de la Ley 1508 de (2012) la cual en su artículo 1° las define como:

Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio /p.1).

En efecto, las asociaciones públicos privadas APPS de infraestructura vial, han generado un crecimiento económico indispensable para el país, conquistando inversión privada y

extranjera que no solo ha generado empleos directos e indirectos, sino que ha permitido las conexiones de orden local y regional con el interior del país.

Presupuestos normativos en materia ambiental en los contratos de concesión para el desarrollo de infraestructura vial.

Sea lo primero recordar que el instrumento de control y manejo ambiental, es la autorización que aprueba la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la normatividad colombiana puede generar impactos ambientales a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o producir alteraciones determinantes al paisaje.

El otorgamiento del acto administrativo mediante el cual se aprueba determinado instrumento ambiental se encuentra sujeto al cumplimiento de obligaciones, términos y condiciones como la prevención, mitigación, compensación y manejo de los impactos ambientales del proyecto autorizado.

Con lo anterior no se indica que el instrumento de control ambiental - per se – evite la generación total de impactos al medio ambiente, sino la mitigación de los mismos en proporciones favorables con los componentes bióticos y abióticos de nuestro entorno.

Tal situación ha sido descrita por García y Amaya (2015) así:

La licencia se califica, no como la autorización que otorga el Estado para la depredación del ambiente, sino como un instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, a partir del cual el Estado cumple diferentes mandatos constitucionales como la protección del ambiente y los recursos naturales, la conservación de áreas de especial importancia ecológica, la prevención y control del deterioro ambiental, y la realización de la función ecológica de la propiedad, la cual, como resultado de un procedimiento

administrativo reglado y complejo de carácter técnico y participativo, que se concreta con la expedición de un acto administrativo de carácter especial, es susceptible de modificaciones unilaterales por la autoridad que lo expide, e incluso de revocación sin el previo consentimiento expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización, pues funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público (p. 143).

Durante la evolución de los proyectos de infraestructura, la legislación ambiental a partir de la expedición de la Ley 99 de (1993) ha sufrido una transición normativa, en cuanto a la construcción de los proyectos viales que requieren licencia ambiental, y que han sido contemplados en los Decreto reglamentarios sobre licencia ambiental (Decreto 1753 de 1994; Decreto 1728 de 2002; Decreto 1180 de 2003; Decreto 1220 de 2005; Decreto 2820 de 2010), donde podemos observar la competencia asignada al Ministerio de Ambiente, para construcción de obras públicas de la red vial, construcción de carreteras, construcción de túneles con sus accesos y construcción de segundas calzadas.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 2.2.2.3.1.6 del Decreto 1076 de (2015) el cual expresa que la licencia ambiental se otorga por la vida útil del proyecto, obra o actividad y cobijará las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o terminación. La Ley exige este instrumento con el fin de ejecutar las diferentes etapas del proyecto, tal y como ocurre en los contratos de concesión objeto de estudio.

Aunado a lo anterior, el Decreto 1076 de 2015, en el artículo 2.2.2.3.2.2., establece la competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, para proyectos de la red vial nacional así:

Artículo 2.2.2.3.2.2. Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: (...)

8. Ejecución de obras públicas:

8.1. Proyectos de la red vial nacional referidos a:

- a) La construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura asociada a la misma;
- b) La construcción de segundas calzadas; salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 769 de 2014;
- c) La construcción de túneles con sus accesos (...) (p. 180).

Razones jurídicas por las cuales resulta improcedente la suspensión temporal de las licencias ambientales recibidas por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión 3G.

a) Es deber del Estado prevenir los riesgos contractuales de orden ambiental, previo a la adjudicación del Contrato de Concesión.

Como primera medida se debe recordar que el contrato de concesión se efectúa entre dos partes (concedente y concesionario), con el fin de realizar la prestación, operación, explotación y gestión de un producto o servicio, o la construcción y explotación de una obra destinada al servicio o uso público como construcción y administración de una infraestructura vial, puerto o aeropuerto.

Encontramos dentro de las características principales del contrato de concesión que es consensual, bilateral, de tracto sucesivo, oneroso, atípico y reversible, estableciéndose que la responsabilidad ante terceros es exclusiva del concesionario, como quiera que en dichos contratos, el concesionario actúa no solo a su cuenta y riesgo, sino también en nombre propio, sin embargo la Ley 1150 de (2007) determina que la estimación de riesgos previsibles en los contratos estatales se deben tener en cuenta al momento de formular los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Referente a la definición del contrato referido, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de (1993) lo define como:

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 (pp. 65-66)

En los mismos términos, la Ley 1508 de (2012) en el artículo 2°, determina que la definición de concesiones señalada en la Ley 80 de (1993) se encuentra dentro los términos de asociaciones público privadas y que las que se encuentren vigentes al momento de divulgar la

Ley 1508 de (2012) continuaran rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración.

En segundo lugar, se observa la necesidad de traer a colación las características principales de los contratos de concesión vial de tercera (3G) y cuarta generación (4G), señalando que las primeras se enfocan en la ejecución de grandes corredores viales en procura de conectar los grandes centros productivos del país, y en cuanto al mecanismo de selección para determinar el mejor oferente, resulta más expedito en el entendido que se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado.

Continuando con las características principales de los contratos de concesión 3G, Araujo y Sierra (2013) refieren que:

Los procesos de Concesiones de Tercera Generación, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. (p. 179).

Ahora, en cuanto a las características principales de las llamadas Carreteras 4G, formalmente Cuarta Generación (4G) de Concesiones Viales, es catalogada como un esquema de infraestructura vial que plantea la construcción y operación en concesión de más de 8,000 km de carreteras, incluyendo 1,370 km de doble calzadas, y 159 túneles, en más de 40 nuevas concesiones. Su objetivo principal es mejorar la competitividad del país, disminuyendo el costo y tiempos de transporte de personas y, en especial, de carga, desde los puntos de manufactura hasta los puertos de exportación. Uno de los principales beneficios directos es el ahorro en tiempo de viaje entre las ciudades conectadas, al igual que los costos de operación vehicular, los cuales también se reducirán al contar con mejor infraestructura.

Dentro de las mejores inversiones en nuestro país para hacer crecer la economía, encontramos las vías 4G, las cuales se consolidan como el motor de esperanza para la creación de empleos directos e indirectos. Se calculan numerosas vacantes en los sectores donde se desarrollarán los proyectos de infraestructura vial referenciada, lo cual generaría una mayor contribución al crecimiento del PIB, futuras reducciones en costos logísticos y mejores proyecciones en el sector comercio.

En los mismos términos, dicho programa ha resultado no solo eficaz desde el punto de vista de la conectividad vial, sino en cuanto al progreso económico, de inversión extranjera, social y de infraestructura en los países donde las asociaciones público privada se han jugado una partida para el desarrollo de los proyectos viales implementando las generaciones de contratación que se encuentra en estudio.

Otros de los cuantos beneficios del programa 4G referenciado, los define claramente Araujo y Sierra (2013) determinando que:

La cuarta generación de concesiones surge por la necesidad de establecer un nuevo esquema contractual que modifique los inconvenientes presentados en las

concesiones que actualmente existen en el país, pero sobre todo, para que garantice que efectivamente se mejorará la infraestructura vial del país para ser más competitivos mundialmente. A través de esta nueva modalidad, el Estado colombiano ejecutará aproximadamente 44 billones de pesos. Para esta nueva generación se ha creado un marco jurídico especial, consagrado en la Ley 1508 de 10 de enero de 2012, que de manera general regula los aspectos relacionados con las asociaciones público privadas (p. 180).

En tercer lugar, se hace importante referirnos a la terminación anticipada de los contratos, recordando que la Ley 80 de (1993) establece la autonomía de la voluntad en los contratos de orden estatal, permitiendo en la fase de negociación de las estipulaciones contractuales dicha figura, tomando como base y fundamento los fines estatales, las cuales deben mantener consonancia con las normas comerciales, civiles y las demás previstas en esta ley, que conciernan a su naturaleza y adjetivo.

En efecto, los contratos suscritos por las entidades de orden estatal podrán contener las condiciones, modalidades, y cláusulas que las partes consideren necesarias y provechosas, siempre que estas no vayan en contravía de los preceptos constitucionales y de ley, el orden público, y los principios y finalidades de las normas de contratación en concordancia con la buena fe de las partes.

En la figura de terminación anticipada por mutuo disenso en los contratos estatales las partes suscritas deben efectuar todas sus actuaciones bajo el principio de buena fe, el cual en el ámbito de la contratación se convierte en la obligación de moralidad y virtud bilateral que deben observar en la celebración y ejecución de negocios jurídicos, con el objeto de alcanzar el cumplimiento de los deberes de fidelidad y lealtad durante el transcurso, y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

Así las cosas, la Entidad cuenta con la prerrogativa de establecer cláusulas que admitan la terminación anticipada por mutuo disenso de los contratos de concesión al encontrarse con situaciones durante la ejecución del mismo que pudieron haber sido pactadas y señaladas en la fase previa a la suscripción contractual.

Lo anterior, con el objeto de preservar el interés público y los servicios que son deber del estado prestar de forma eficaz a la población colombiana.

Situación diferente ocurre con la terminación unilateral de los contratos, donde la misma Ley consagra las causas por las cuales se puede hacer efectiva dicha figura, a saber, circunstancias de orden público, por muerte o incapacidad física del contratista, por interdicción judicial o quiebra del contratista y por circunstancias que afecten de manera grave la ejecución de contrato.

Sin embargo, cabe aclarar que tal esquema de terminación no consta de una sanción al contratista, sino de una medida extrema que da por terminada la obligación contractual de forma adelantada por que las necesidades o circunstancias así lo aplican.

Con referencia a lo expuesto resulta oportuno destacar lo enunciado respecto a la terminación anticipada en el concepto del Consejo de Estado – Sala de Consulta Civil Concepto Radicación Interna 2150 de (octubre 30 de 2013) - N° único: 11001-03-06-000-2013-00214-00 - Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina) al referir que:

Lo dicho sobre la terminación anticipada por mutuo disenso de los contratos en el derecho privado, al tener pleno soporte constitucional y legal en las normas mercantiles y civiles estudiadas en el punto anterior, cobra aplicación para la contratación estatal por disposición expresa y directa de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. No obstante, para dicha terminación no basta el simple acuerdo de las partes, sino que debe verificarse que la extinción del vínculo

contractual este conforme con la finalidad de interés público ínsita en la contratación estatal y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa. De esta manera, la entidad estatal deberá evaluar que los fines estatales, el interés y servicio público que se pretenden satisfacer con la contratación, se observarán más efectivamente con la inclusión de manera clara, expresa e inequívoca de una cláusula que permita la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato al presentarse determinadas condiciones previamente señaladas en el mismo. Y antes de plantear al contratista la posibilidad de hacerla efectiva, igualmente deberá valorar si tales condiciones inicialmente previstas se mantienen o han variado, todo con el fin de conservar el interés público perseguido con la cláusula de terminación consensual (pp. 8-9).

Ahora bien, respecto a la normatividad contractual que regula las disposiciones especiales en materia de contratación de infraestructura de transporte, adicional a la Ley 80 de (1993) y demás normas que la modifican y la adicionan, la Ley 1682 de (2013) señala en su artículo 7° lo siguiente:

Artículo 7°. Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, los siguientes aspectos, entre otros: (...)

c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas...;

(p. 3)

En igual sentido debemos analizar lo consagrado en el artículo 4° de la Ley 1150 de (2007) la cual expresa en cuanto a la distribución de riesgos en los contratos estatales que “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” (p. 2).

En los mismos términos el artículo 15° del Decreto 1510 de 2013, se refiere al análisis previo que deben realizar las Autoridades señalando que la:

Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso (pp. 7-8).

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo expuesto se pone de presente que en especial la Entidad previo a la adjudicación, debe surtir una labor de planeación para estudiar e identificar los factores de riesgo, o contingencias previsibles, con el fin de sortear contratiempos normativos durante el inicio, ejecución y terminación del contrato.

Es claro que, toda actividad que involucre o lleve consigo algún tipo de inversión en infraestructura conlleva el traspaso de la mayoría de los riesgos asociados a los proyectos referenciados a que sean asumidos históricamente por las Entidades de orden público, aunque con especialidades propias que requieren que parte de ellos continúen a cargo de este último. La asignación de riesgos entre los inversionistas de los sectores públicos y privados es uno de los aspectos más significativos de la política de participación privada en este sector.

El desarrollo de los proyectos de infraestructura vial se identifica por contar con diversidad de riesgos que implican tanto al sector público como al privado. Una defectuosa

asignación de los riesgos puede reducir la llamativa inversión privada o, en el extremo opuesto, crear sobrecostos aventurados para el sector público.

La distribución de riesgos debe estar de acuerdo con los procesos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes intervinientes en la suscripción del contrato. En ese orden de ideas, el sector público debe ocuparse de aquellos riesgos que dependen rigurosamente de su actuar, en el entendido que el sector privado debe asumir los riesgos que estén bajo su control y competencia.

Resulta oportuno mencionar que los riesgos, a los que se ha hecho referencia en las diferentes disposiciones normativas, deben ser asumidos por la Entidad responsable del análisis y planeación del contrato y/o proyecto. Para ello, basta con citar el contenido del artículo 17° del Decreto 1510 de (2013), en cuanto a la evaluación del riesgo de la siguiente manera:

Artículo 17. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (p. 8).

Como se puede evidenciar, estas situaciones deben ser observadas previamente y con objetividad, para que una vez identificadas, existan alternativas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones, conforme a lo dispuesto en la ley.

Se evidencia con claridad que la situación particular que se presenta frente a la terminación anticipada de los contratos, y que genera la suspensión temporal de las obligaciones de la licencia ambiental, es un riesgo posible de identificar en la fase previa de contratación y por lo tanto previsible y evitable de conformidad con la normatividad expuesta.

Cabe resaltar que los riesgos de tipo ambiental no deben estar solamente enfocados al evento en el cual la autoridad competente no otorgue la licencia ambiental o conflictos de

competencias en cuanto a determinar la entidad autorizada en su evaluación, tampoco deben limitarse a la imposibilidad de calcular los costos que dichas obras de mitigación del impacto ambiental puedan llegar a tener.

La prevención de riesgos de tipo ambiental debe ir más allá, y es claro que los riesgos previsibles se encuentran a cargo de la Entidad que formula el proyecto, los pliegos de condiciones y la estructuración del proyecto son los escenarios propicios para evitar circunstancias irremediables en la ejecución contractual.

Por su parte, los riesgos aleatorios que puedan presentarse en determinado momento y que corresponden a decisiones netamente contractuales, en donde se involucran aspectos normativos de orden ambiental, no pueden ser observados sin el lleno de los requisitos legales existentes para los instrumentos de control y manejo ambiental. Así lo determina el principio de Sostenibilidad Ambiental contenido en el artículo 8° de la Ley 1682 de (2013) en los siguientes términos: “Sostenibilidad ambiental. Los proyectos de infraestructura deberán cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la legislación ambiental y contar con la licencia ambiental expedida por la ANLA (Sic) o la autoridad competente (p. 3).

Lo anterior determina que no todos los riesgos deben ser asumidos por el contratista, tal y como lo expone Montes deEcheverry (Junio. 2011):

Esta teoría, legalmente consagrada en favor del contratista afectado, este establecida para protegerlo contra los riesgos incalculables o no previsibles al momento de contratar, esto es, para restablecer la equidad contractual cuando quiera que hechos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles razonablemente, sin llegar a imposibilitar la ejecución del contrato, le dificultan en forma extrema el cumplimiento de la obligación adquirida, haciéndolo tan oneroso que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad (p 74).

b) No existe normatividad ambiental que permita la suspensión temporal de las obligaciones contenidas en la licencia ambiental por causa de la terminación anticipada del contrato de concesión.

Sea lo primero exponer que la licencia ambiental se otorga por la autoridad competente mediante un acto administrativo que aprueba la ejecución del instrumento ambiental para determinado proyecto, obra o actividad generando impactos al medio ambiente, los cuales deben ser mitigados o aminorados con las obligaciones y acciones establecidas en el instrumento de control y manejo ambiental.

Según Bustos y Abril (2014) “el acto administrativo es la manifestación unilateral de la administración, encaminada a decidir sobre un asunto en concreto y que a su vez produce efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica en particular o de manera general” (p. 4).

En consecuencia, la licencia ambiental se otorga a través de un acto administrativo que contiene las autorizaciones, permisos y concesiones de tipo ambiental que se soliciten para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. Así las cosas, no es permitido afectar los recursos naturales renovables más allá de las necesidades del proyecto a ejecutar y lo establecido en el estudio de impacto ambiental.

Una vez analizada la situación, se ha evidenciado una inquietud generalizada respecto del marco jurídico que podría justificar la suspensión de un instrumento de control y manejo ambiental, por causas ajenas a lo previsto en el ordenamiento ambiental vigente.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la licencia ambiental corresponde a un

acto administrativo debidamente concebido, se debe estudiar la suspensión provisional del acto administrativo a la luz de la normatividad colombiana.

Es importante tener en cuenta que la suspensión de los efectos u obligaciones de un acto administrativo en general, obedece a causales taxativamente señaladas en la ley, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que contempla la figura de la suspensión provisional del acto administrativo, como una medida cautelar dentro del proceso de medio de control de nulidad y/o nulidad y establecimiento del derecho como se expondrá a continuación.

Desde la perspectiva de la Ley, la Constitución Política de (1991) en el artículo 238 determina que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 230 de la Ley 1437 de (2011), establece que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar dentro de las medidas cautelares, la suspensión provisionalmente los efectos de un acto administrativo en los siguientes términos:

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. (...) (p. 88)

Se puede observar desde el punto de vista normativo que la constitución política de Colombia autoriza a la jurisdicción contenciosa administrativa para suspender temporalmente los efectos de los actos administrativos por las razones que determinadas en la Ley.

En efecto, la suspensión provisional referenciada, busca suspender transitoriamente las obligaciones y funciones del acto, mientras se resuelve la disputa jurídica, como una medida preventiva que impide daños al actor mientras el juez toma la decisión correspondiente.

Una de las principales causas que llevan a la suspensión del acto administrativo a través del cual se otorga la licencia ambiental, es la protección del medio ambiente, debido al carácter prevalente y al interés público propio de su definición.

La suspensión del acto administrativo procede en el momento que el desarrollo de la obra o actividad produzca perjuicios de imposible o difícil reparación. Consecuencia de ello, debe acreditarse visiblemente la prueba que muestre la puntualidad de los daños y perjuicios que se invocan, así como la dificultad de resarcimiento.

Al respecto se ha pronunciado Acosta (2000) al referirse a la suspensión de licencias ambientales en los siguientes términos:

Dichas facultades se encuentran en cabeza de la misma autoridad ambiental que otorgó la licencia y del Ministerio del Medio Ambiente, y son usadas .cuando el beneficiario de la licencia haya incumplido cualquiera de los términos, obligaciones o condiciones consagrados en las leyes, reglamentos o en el acto de otorgamiento de la licencia. El acto de revocatoria o de suspensión debe ir sustentado en un concepto técnico. En el caso de la licencia ambiental única, la revocatoria y la suspensión cobijan también a los permisos, autorizaciones y concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables”.
(p. 61).

En vista de lo anterior, la solicitud y justificación expuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, de suspender temporal las licencias ambientales, por causa de la terminación anticipada de los contratos de concesión no puede ser considerada por la autoridad

ambiental, como motivación suficiente para suspender los efectos de la Licencia Ambiental, pues esta busca garantizar en todo momento, desde su expedición, el cumplimiento de medidas ambientales, y obligaciones que buscan, en primera instancia, la prevención de la ocurrencia de impactos o afectaciones a los recursos naturales, responsabilidades que deben ser asumidas por el titular y que en ningún momento podrán estar desamparadas o suspendidas, exceptuando los casos legitimados mediante orden judicial.

La licencia ambiental se encuentra restringida al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y obligaciones que se determinen en el acto administrativo que las otorga.

El titular de la licencia ambiental está obligado a dar cumplimiento cada una de las obligaciones que le fueron asignadas al expedirle su licencia, teniendo en cuenta que en ese instante éstas se ajustaron a la normatividad vigente.

Los incumplimientos de los compromisos ambientales le otorgan al titular de la misma, la obligación de las medidas sancionatorias como suspensión, multas o revocatoria de la licencia ambiental, cierre definitivo o temporal del establecimiento, obra o actividad, caducidad o revocatoria de la concesión o permiso, entre otras.

En resumen, el instrumento de control y manejo ambiental no puede quedar desamparado en cuanto al cumplimiento de cada una de las obligaciones consignadas en el acto administrativo por medio del cual se otorgó la licencia ambiental.

En vista de lo anterior, se evidencia que no existe norma de tipo ambiental que faculte a la autoridad competente para suspender temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental por circunstancias que pudieron ser previsibles al momento de formular los pliegos de condiciones o al estructural el proyecto y el modelo de contratación por el cual se regiría.

Así mismo, los objetivos establecidos en normas de orden público no pueden ser objeto de transacción o renuncia en su aplicación por las autoridades o por los particulares en los términos del Artículo 107 de la (Ley 99 de 1993).

Continuando con el desarrollo del estudio referenciado no debemos olvidar que en la fase previa contractual es procedente y obligatorio establecer cláusulas y criterios que determinen riesgos de tipo ambiental en cada una de las fases de los contratos de concesión tal y como lo refiere Benavides (2014): :

Como se observa, la Ley 1508 no se refiere a la selección de la oferta económicamente más favorable, sino a la mejor oferta. Uno de los criterios para determinar la favorabilidad de la oferta es el precio, pero no es el único. De igual manera, los preceptos citados tienen en cuenta los factores técnicos como criterios de determinación de la favorabilidad de la oferta. Criterios técnicos que bien pueden incluir consideraciones técnico – ambientales luego de un análisis del impacto social y ambiental. En este orden de ideas, es admisible incluir aspectos ambientales en los pliegos de condiciones de proyectos de asociación público – privada de iniciativa pública, para determinar la favorabilidad de la oferta (pp. 62-63)

Lo anterior señala que la inclusión de cláusulas de orden ambiental en los contratos de concesión vial, especialmente los contratos de asociaciones público privadas, es factor principal de la política ambiental en nuestro país. En los mismos términos, la consecuencia del contrato estatal como instrumento de la política pública ambiental ha sido reconocida por normas de talla internacional. las cláusulas de orden ambiental pueden ser incluidas en los contratos estatales en diversas formas, a saber, la primera opción es circunscribir aspectos ambientales en la definición del objeto contractual.

También puede efectuarse una inserción de componentes ambientales como criterios de selección principal de la oferta como lo expone Benavides (2014) en los siguientes términos:

La admisibilidad de incluir aspectos ecológicos en los pliegos de condiciones como factores de selección y de determinación de la favorabilidad de la oferta no solo es una interpretación conforme a la ley, sino que es un imperativo constitucional: si se parte del supuesto de que el Estado está vinculado en todos los procesos de toma de decisión a la Constitución, es posible inferir que las entidades estatales están sometidas a la Constitución en todos sus procesos contractuales independientemente de su régimen jurídico aplicable. La Constitución colombiana le dio tanta importancia al medio ambiente, que se refiere a esta materia y a su protección en uno de sus artículos. Este conjunto de preceptos normativos ha sido denominado por la Corte Constitucional como "Constitución ecológica" o "Constitución verde", ya que establecen "los derroteros, los derechos y los deberes que se deben observar para la conservación y protección ambiental". Esta Constitución ecológica tiene una triple dimensión: de un lado, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental del derecho al medio ambiente sano y su conexidad con los derechos a la vida y a la salud, derecho que es exigible por medio de acciones judiciales (p. 64).

Con base en lo anterior observamos que la acción preventiva en la fase de formulación de pliegos de condiciones exige en virtud del principio de prevención, que un determinado proyecto, obra o actividad establezca cláusulas y criterios definidos de tipo ambiental en el desarrollo del contrato que faciliten a las autoridades competentes a tomar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el objeto de reducir las circunstancias como la que hoy ostenta dicho estudio.

A la par es aceptable la inserción de cláusulas de orden ambiental en los contratos de concesión como elemento de selección de los contratistas en los proyectos de asociación público-privada.

Con el objeto de enaltecer el estado de seguridad del operador jurídico se estimula al legislador a expedir un texto normativo que pronostique expresamente en el derecho general de la contratación la posibilidad de considerar tales aspectos ambientales como elementos de selección de los contratistas en las fases precontractuales y contractuales correspondientes.

La Licencia Ambiental al tener una ejecución inmediata y continua, no permite la suspensión de sus efectos, o la interrupción de la misma; pues la exigibilidad de las obligaciones derivadas de dicha autorización ambiental, está dada por el cumplimiento de los requisitos necesarios para su expedición y no por factores externos que puedan afectar su existencia y continuidad.

Sobre el concepto y función de la licencia ambiental la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante Sentencia C-746 de (2012) en los siguientes términos:

Al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que el legislador no puede desconocer aún en épocas de excepción. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. De esa forma, solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.

Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de prevenir y controlar el deterioro ambiental (CP. art. 80), es el establecimiento de estudios ambientales previos que permitan a la autoridad a

(sic) conceder o no la correspondiente licencia y sólo así, la administración estará en capacidad de evaluar si la persona o entidad, pública o privada, ha tenido en cuenta todas las consecuencias de la intervención en el ambiente y ha elaborado los planes adecuados, necesarios y suficientes para controlar sus resultados”. (...) (pp. 20-21).

Aunado a lo anterior, es pertinente tener en cuenta que la ley, en este caso la ley ambiental, no contempla situaciones específicas sobre las cuales proceda la suspensión de los trámites, o instrumentos ambientales, que se encuentran en curso sobre este tipo de actividades, y mucho menos considerando que se trata de actuaciones administrativas que buscan proteger bienes jurídicos individuales y colectivos traducidos en la preservación, cuidado y manejo sostenible de los recursos naturales y el ambiente en general.

Luego entonces resulta improcedente la figura de suspensión temporal de los efectos y obligaciones del instrumento de control y manejo ambiental, en el entendido que dichos compromisos no pueden permanecer desprotegidos ni al libre albedrío del titular de la licencia, como quiera que tal situación causaría daños irreparables al medio ambiente y los recursos naturales.

Vale la pena recordar que solo es posible la suspensión temporal de los efectos y obligaciones de la licencia ambiental en los casos en los que por vía judicial ya sea el juez o magistrado a través de medidas cautelares consideren necesaria dicha suspensión donde sea evidente una infracción o un daño a los recursos naturales y el medio ambiente.

En cuanto a los debates que se presentan en sede administrativa cuando el acto por medio del cual se otorga la licencia ambiental se encuentra en controversia por el establecimiento de un recurso administrativo, tal situación no suspende la ejecutoriedad del acto administrativo

recurrido por el carácter ejecutivo y ejecutorio con el que cuenta naturalmente el acto administrativo.

El acto administrativo generalmente congrega el privilegio de ejecutividad, pero es claro que la administración desde el momento en que dicta un acto, en uso de sus facultades discrecionales y regladas, debe ser acatado infaliblemente por el destinatario mientras el acto no sea revocado o declarado nulo en sede administrativa o judicial.

Por tal razón, una vez analizada la problemática objeto de estudio, se considera que la Ley 1682 de (2013), así como las normas que regulan contractualmente a los proyectos de la red vial nacional; no contemplan tácitamente las causales para suspender las obligaciones y/o trámite de las licencias e instrumentos de control y manejo ambiental en las actividades desarrolladas por concesiones viales, sucediendo igualmente con el Decreto 1076 de (2015), y demás normas ambientales vigentes, salvo los casos legitimados mediante orden judicial, y en los cuales, por razones ajenas a la voluntad del titular (fuerza mayor y caso fortuito), en donde sea evidente la imposibilidad de efectuar una actividad necesaria para el otorgamiento o modificación de un instrumento de control y manejo ambiental.

c) Las Entidades y Funcionarios, se encuentran sometidos al cumplimiento de las normas en cuanto a sus obligaciones y competencias.

Los funcionarios públicos en Colombia se encuentran sometidos al imperio de la Ley, en el entendido que estos solo pueden actuar acorde a los lineamientos que de ella se desprenden. Contrario a ello, la normatividad ha establecido tipos de responsabilidades con las cuales se exige el cumplimiento de cada uno de los preceptos constitucionales como la responsabilidad fiscal, patrimonial, penal, disciplinaria y política.

En efecto debemos recordar que los servidores públicos son aquellos particulares que ejecutan funciones de tipo públicas en forma transitoria o permanente, o administran recursos

provenientes del erario público.

Para que exista responsabilidad ya sea fiscal, patrimonial, penal, disciplinaria y política, el titular del cargo debe efectuar sus actos u omisión generando una consecuencia que afecte a terceros actuado libremente y en plena conciencia. En consecuencia, Los funcionarios que no desempeñan apropiadamente sus obligaciones, transgreden sus prohibiciones o ejecuten tiránicamente sus derechos incurrir en responsabilidades de diferente naturaleza.

Aunado a lo anterior es importante resaltar que las Entidades y Funcionarios, se encuentran sometidos al cumplimiento de las normas en cuanto a sus obligaciones y competencias, sin que ello permita exceder los límites señalados por la Ley, o extralimitarse en los mismos.

Así lo expresa el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia de (1991) el cual establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (p. 14).

De la premisa expuesta, se tiene que los servidores públicos solo pueden hacer aquello que se encuentra establecido en la Ley o en la Constitución, razonamiento que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y de la cual resaltamos la siguiente:

3.1. La estructura de la administración comprende dos aspectos: la parte estática y la parte dinámica. La primera integrada por todos los organismos encargados de cumplir con la función administrativa. La otra, constituida por los organismos que tienen como misión principal administrar, es decir entes en movimiento generadores de actos administrativos, y personas que de una u otra forma se encuentran vinculadas a la administración.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirmó que la función pública “supone el ceñimiento de quienes a ella se vinculan a las reglas señaladas en el orden jurídico y que exijan determinadas condiciones y requisitos de aptitud, capacidad e idoneidad para desempeñarla a cabalidad, siempre y cuando esas regulaciones normativas se deriven de un mandato constitucional, hayan sido proferidos por el organismo o funcionario competente para expedirlas y no atenten contra alguno de los derechos o libertades reconocidos por la Carta (CSJ, Sentencia No. 61 de agosto 12 de 1982; M.P. Manuel Gaona Cruz).

3.2. A partir de la Constitución de 1991, la función pública constituye uno de los problemas más complejos de la administración, ya que se ocupa no sólo de la clasificación de las distintas categorías de las personas que sirven a la administración, sino de su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, deberes, prerrogativas, incompatibilidades, y prohibiciones (artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 de la Constitución).

3.3. Así las cosas, **los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables.** A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados (Negrilla fuera de texto). (Corte Constitucional, Sentencia C- 893 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra) (p. 7

Conclusiones

El análisis de la investigación desarrollada arrojó los resultados esperados, en el entendido que se ha logrado mostrar las razones por las cuales resulta improcedente la suspensión temporal de los efectos y obligaciones de la licencia ambiental por causa de la

terminación anticipada de los contratos de concesión 3G, mientras se efectúa la cesión de la licencia ambiental, al concesionario 4G.

Como se pudo observar en el desarrollo de la investigación, las razones por las cuales la figura de suspensión pretendida no es el escenario adecuado para dar solución a la problemática planteada resulta de tres razones fundamentales que fueron desarrolladas y analizadas de la siguiente manera.

La primera consistió en demostrar por qué es deber del Estado prevenir los riesgos contractuales de orden ambiental, previo a la adjudicación del Contrato de Concesión, teniendo en cuenta que la Entidad previo a la adjudicación, debe surtir una labor de planeación para estudiar e identificar los factores de riesgo, o contingencias previsibles, con el fin de sortear contratiempos normativos durante el inicio, ejecución y terminación del contrato, estas situaciones deben ser observadas previamente y con objetividad, para que una vez identificadas, existan alternativas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones, conforme a lo dispuesto en la ley.

La prevención de riesgos de tipo ambiental debe ir más allá, y es claro que los riesgos previsibles se encuentran a cargo de la Entidad que formula el proyecto, los pliegos de condiciones y la estructuración del proyecto son los escenarios propicios para evitar circunstancias irremediables en la ejecución contractual.

La segunda razón se encuentra encaminada a desarrollar que no existe normatividad ambiental que permita la suspensión temporal de las obligaciones contenidas en la licencia ambiental por causa de la terminación anticipada del contrato de concesión, en el entendido que la Ley 1682 de (2013), así como las normas que regulan contractualmente a los proyectos de la red vial nacional; no contemplan tácitamente las causales para suspender las obligaciones y/o trámite de las licencias e instrumentos de control y manejo ambiental en las actividades desarrolladas por concesiones viales, sucediendo igualmente con el Decreto 1076 de (2015) y

demás normas ambientales vigentes, salvo los casos legitimados mediante orden judicial, y en los cuales, por razones ajenas a la voluntad del titular (fuerza mayor y caso fortuito), en donde sea evidente la imposibilidad de efectuar una actividad necesaria para el otorgamiento o modificación de un instrumento de control y manejo ambiental.

Se evidencia que no existe norma de tipo ambiental que faculte a la autoridad competente para suspender temporalmente las obligaciones de la licencia ambiental por circunstancias que pudieron ser previsibles al momento de formular los pliegos de condiciones o al estructural el proyecto y el modelo de contratación por el cual se regiría

Finalmente, la tercera razón se encuentra enfocada en recordar que Las Entidades y Funcionarios, se encuentran sometidos al cumplimiento de las normas en cuanto a sus obligaciones y competencias, en virtud de lo contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (p. 14). . Situación que no permite a los funcionarios competentes ir mas allá de lo permitido por la Ley

Referencias

- Acosta, O.D. (2000). *Manual Práctico Sobre Licencias y Algunos Permisos Autorizaciones y Concesiones de Carácter Ambiental*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Araujo, J.P. & Sierra, A. C. (2013). *Concesiones de cuarta generación: impacto sobre los seguros de cumplimiento*. Bogotá D.C. Fasecolda
- Benavides, J.L. (Comp.). (2014). *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos Vivas L.Y. & Abril Rodríguez, Y.E. (2014), La suspensión provisional de los actos administrativos en la Ley 1437 de 2011. - Artículo de reflexión. Trabajo de Grado.

Especialista en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad Militar, Bogotá Colombia.

García Pachón., M.D.P. & Amaya Navas, O. (Comps). (2015). *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia

Montes de Echeverry, S. (Junio. 2011). Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. La Teoría de la impresión: Álea normal y álea anormal. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. *Revista de Derecho Público*. 11, 39-125.

Normatividad

Constitución Política de Colombia (1991). *Revisada y actualizada*. Bogotá: Leyer.

Decreto 1753 de 1994 (agosto, 3). Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 41.427 del 3 de agosto de 1994

Decreto 1728 de 2002 (agosto, 6). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre la Licencia Ambiental. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 44.893 del 7 de agosto de 2002.

Decreto 1180 de 2003 (mayo, 10). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 45.185 del 12 de mayo de 2003

Decreto 1220 de 2005 (abril, 21). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Derogado por el art. 52 Decreto Nacional 2820 de 2010. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 45.890 del 25 de abril de 2005

Decreto 2820 de 2010 (abril, 5). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Bogotá D.C. Presidencia de la República de Colombia.

Diario oficial Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45524>

Decreto 1510 de 2013 (Julio 17). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá D.C. Presidencia de la República de Colombia. *Diario oficial* 48.854 del 17 de Julio de 2013

Decreto 1076 de 2015 (mayo, 26). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá D.C. Presidencia de la República de Colombia. *Diario oficial* 49.523 del 26 de mayo de 2015.

Ley 80 de 1993 (octubre, 28). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 41.094 del 28 de octubre de 1993

Ley 99 de 1993 (diciembre, 22). 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 se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 41.146 del 22 de diciembre de 1993

Ley 1150 de 2007 (julio. 16). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial*. 46.691 del 16 de julio de 2007

Ley 1437 de 2011 (enero, 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 47.956 del 18 de enero de 2011

Ley 1508 de 2012 (enero, 10). Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial*. 48.308 del 10 de enero de 2012

Ley 1682 de 2013 (noviembre, 22). Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial*. 48.982 del 22 de noviembre de 2013

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (7, octubre, 2003). Sentencia C- 893/03, Referencia: expediente D-4452. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 35 numeral 22 de la ley 734 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional de Colombia. (26, septiembre, 2012). Sentencia C-746/12. Referencia: expediente D- 8960. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.