XX Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente
El Derecho de las Aguas en el Sigo XXI

La concesión de aguas

Gloria Lucía Álvarez Pinzón

Bogotá, 25 de octubre de 2018

Los principios y retos en materia de aguas se encuentran sentados a nivel internacional y son, esencialmente, los siguientes:

- La distribución equitativa del agua.
- El uso eficiente y racional del recurso.
- Evitar el desperdicio, el uso abusivo, la contaminación y la escasez.
- El agua se requiere para diversas actividades y para el ejercicio de otros derechos.
- Debe ser accesible y asequible a todas las personas.
- Prioridad en el abastecimiento para el consumo humano, así como para evitar el hambre y las enfermedades, y para garantizar el ejercicio de los demás derechos consagrados en favor de las personas.

En la Constitución existen referencias tangenciales respecto a las aguas:

- Los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63).
- El derecho al agua se reconoce como:
  - Parte del derecho a la salud y al saneamiento ambiental (derecho social, económico y cultural) (art. 49).
  - Parte del derecho al medio ambiente sano (derecho colectivo) (art. 79).
- Por jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reconocido el acceso al agua potable como derecho fundamental.

- De manera tal que todo el desarrollo normativo en materia de aguas es de alcance legal y reglamentario, consignado esencialmente, en el CRNR y en el D.1541 de 1978.

La concesión de aguas.

- Es el instrumento de comando y control más importante y más antiguo que tiene la legislación colombiana, para asignar el derecho al uso de las aguas.
- El principal mecanismo de administración del recurso hídrico con que cuentan las autoridades del Estado.

Definida como:

- La autorización que otorga la autoridad ambiental competente para el uso de las aguas superficiales o subterráneas, a solicitud del interesado, sujeta al cumplimiento por parte del concesionario de los requisitos y obligaciones que en ella se establezcan o que determine la ley.

Características.

- Requiere solicitud de parte interesada.
- No es un contrato, sino un acto unilateral del Estado.
- Confiere al beneficiario exclusivamente el uso de las aguas.
- Es un acto complejo.
- Es un acto condicionado.
- Está sujeto a la disponibilidad del recurso y a las necesidades del uso al cual se destina.
- No otorga derechos adquiridos.

Principios generales para el reparto de las aguas.

- Accesibilidad de todas las personas al uso de las aguas.
- Equidad en el reparto de las aguas.

Existe un orden de prioridades para el uso, que debe ser aplicado cuando quiera que exista escasez o conflicto por el uso del agua:

- Usos para consumo humano, colectivo o comunitario, sea urbano o rural, lo que sitúa en el primer orden de prioridades a los acueductos urbanos o rurales.
- Usos para necesidades domésticas individuales.
- Usos agropecuarios comunitarios, comprendidas la acuicultura y la pesca.
- Usos agropecuarios individuales, comprendidas la acuicultura y la pesca.
- Generación de energía hidroeléctrica.
- Usos industriales o manufactureros.
- Usos mineros.
- Usos recreativos comunitarios.
- Usos recreativos individuales.

Dicho orden se aplica bajo las siguientes reglas:

- El uso doméstico o para consumo humano siempre tiene prioridad sobre los demás.
- Los usos colectivos tienen prioridad sobre los individuales.
- El uso de los de los habitantes de una región tiene prioridad sobre el uso de quienes habitan fuera de ella.

Puede ser variado, por necesidades económicas o sociales de la región, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- El régimen de lluvia, temperatura y evaporación.
- La demanda de agua presente y proyectada en los sectores que conforman la región.
- Los planes de desarrollo económico y social aprobados por la autoridad competente.
- La preservación del ambiente.
- La necesidad de mantener reservas suficientes del recurso hídrico.

Situaciones en las que no se puede autorizar el uso de las aguas:

- Cuando se prohíba por determinación de la ley.
- Cuando las aguas estén reservadas.
- Cuando ya se haya otorgado legalmente el uso sobre dichas aguas.
- Cuando exista permiso de estudio.
- Cuando se declare el agotamiento del recurso.
- Cuando existan razones de utilidad pública o interés social.
- Por peligro de agotamiento o contaminación de las aguas subterráneas.

Plazo de la concesión.

- Puede llegar a ser hasta de 50 años cuando las aguas se destinan a la prestación de servicios públicos o a la construcción de obras de interés público o social.
- O por tiempo indefinido cuando va a ser destinada para la prestación del servicio público de acueducto.

- Tiene además un procedimiento reglado.

Hoy en día, la concesión de aguas es tan solo un modo de adquirir el uso de las aguas.

Existen otras formas de hacer uso del recurso como lo es:

- Por ministerio de la ley.
- permiso.
- Reglamentación de corrientes.
- Licencia ambiental.

- También puede ser factible la figura de la asociación si se reglamenta.

- Sin embargo, la figura de la concesión está en crisis veamos por qué.

Razones de la crisis:

- No se tramita de oficio, requiere **solicitud de parte**.
- Se está exigiendo prácticamente **para todas las acciones humanas** que requieren el aprovechamiento del recurso hídrico, sea de consumo o no.
- La concesión se exige de igual forma **para usos de gran dimensión, medianos o de simple satisfacción de necesidades básicas**.
- No existe en la legislación un mecanismo que permita **legalizar los usos existentes** de agua. Las personas no tramitan la concesión por temor al proceso sancionatorio.
- No existe reglamentación clara respecto a la **reserva de aguas**.
- No se explica, cuáles pueden ser las **razones de utilidad pública o interés social** que pueden conllevar a la negación de una concesión.

Razones de la crisis:

- El **uso doméstico e individual** de las aguas en zonas rurales, por fuera del perímetro de servicios públicos, no debería quedar sujeto a concesión, sino considerado un **uso por ministerio de la ley**, atendiendo los principios del derecho humano al agua y del derecho al mínimo vital.
- Para hacer uso legítimo de las aguas se requiere además de la **concesión** de aguas, la **aprobación de planos** y el **aprobación de las obras** de captación.
- la concesión se convierte así un **acto administrativo complejo**, que solo resulta proporcional y exigible a los grandes usuarios de las aguas, mas no así a los demás consumidores del recurso.

Razones de la crisis:

- Antes de declarar el **agotamiento del recurso y negar** una concesión de aguas se debe revisar el conocimiento que se tiene sobre el recurso hídrico, los usos ilegales del agua, las concesiones otorgadas y la posibilidad de hacer repartos no por caudal sino por volumen y por tiempos definidos o por turnos.
- **Los plazos** para resolver las solicitudes de concesión **no son perentorios** y no son respetados por las autoridades, sin que tal hecho tenga consecuencias legales para la institucionalidad y para los funcionarios renuentes.
- Generalmente se otorgan por **plazos de 5 o 10 años**, máximo, pues como se cobra por el servicio de evaluación, la autoridad lo ve como un mecanismo de financiación.

Razones de la crisis:

- La **prórroga de la concesión carece de procedimiento** propio y, por consiguiente, se tramita como una nueva concesión.
- La concesión puede ser objeto de **revocatoria o de caducidad** y eso genera dificultades en su interpretación, por cuanto no es claro cuándo debe aplicarse una u otra figura.
- Cualquier de ellas, en todo caso, **debe ser impuesta como sanción**, cumpliendo, por supuesto, las reglas del debido proceso (art.29 Const. Y L.1333/09).

Razones de la crisis:

- La concesión de aguas, **debería llevar inmerso el consecuente permiso de vertimientos y las autorizaciones de ocupación de cauces**, para cumplir con los supuestos básicos de la GIRH y el ciclo completo de uso del agua.
- **Las exigencias de la concesión de aguas cuando va implícita en la licencia ambiental son mayores** que cuando se solicita como permiso individual y no existe una norma que prohíba al beneficiario de la licencia tramitar de manera independiente la concesión de aguas, en vez de modificar la licencia ambiental.
- Quienes desarrollan **negocios que tienen como insumo principal el agua,** no compensan de ninguna manera al Estado por ello y su concesión se da en igualdad de condiciones a la de los demás usuarios.

- La figura legal existente que puede servir de manera parcial para atender la crisis de la concesión de aguas, es la **reglamentación de corrientes.**

Reglamentación de corrientes.

- Es una especie de concesión colectiva de las aguas.
- Puede ser realizada de oficio o a petición de parte.
- Requiere un conocimiento básico de las autoridades respecto a la situación de oferta, demanda, contaminación y riesgos de la fuente hídrica.
- Permite a la autoridad hacer una distribución general y equitativa de las aguas de una corriente o fuente hídrica entre todos aquellos que requieren hacer uso de ellas.
- Garantiza la existencia del caudal ecológico.

Reglamentación de corrientes.

- Este instrumento no soluciona todos los inconvenientes legales que tiene la concesión pero si hace un aporte importante en la operatividad de los trámites.
- Sin embargo, tal mecanismo se encuentra desconectado de los otros instrumentos de planificación hidrológica que están diseñados en la legislación, especialmente los POMCA y los PEM, que están más orientados a reglamentar el uso del suelo que el uso de las aguas.

Por todas estas razones, se concluye que :

- No cabe duda que se requiere una reforma legal de la normatividad en materia de aguas y, especialmente, de la que regula los modos de adquirir el uso de las aguas, para hacer más eficaz la administración del recurso hídrico, más expeditos los trámites administrativos y mejor el control de las autoridades frente al aprovechamiento del recurso.

Mil gracias por su atención