

III. EXPEDIENTE RE-215 - SENTENCIA C-722/15 (Noviembre 25)
M.P. Myriam Ávila Roldán

1. Norma revisada

DECRETO 1802 DE 2015
(septiembre 9)

Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el tráfico férreo en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el Presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 1770 de 2015, el Gobierno Nacional declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en los municipios de La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, El Molino, San Juan del Cesar, Fonseca, Barrancas, Albania, Maicao, Uribia y Hato Nuevo en el departamento de La Guajira; Manaure-Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Chiriguaná y Curumaní en el departamento del Cesar; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Área Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata en el departamento de Norte Santander; Cubará en el departamento de Boyacá; Cravo Norte, Arauca, Arauquita y Saravena en el departamento de Arauca; La Primavera, Puerto Carreña y Cumaribo en el departamento del Vichada, e Inírida del departamento de Guainía; con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de cerrar la frontera con Colombia.

Que en el citado decreto se indicó que parte del intercambio comercial que se realiza con la República Bolivariana de Venezuela se efectúa a través de actividades de transporte y centros de acopio vinculados al proceso de explotación de minerales, al punto que solo cuatro municipios producen algo más del 80% del carbón del departamento de Norte de Santander (Sardinata, Cúcuta, El Zulia y Salazar de las Palmas), mineral que se despacha por vía terrestre hacia puertos del vecino país.

Que en el mismo ámbito, los pequeños productores de carbón de Norte de Santander, que usan el puerto de Maracaibo en Venezuela para sus exportaciones, están enfrentando pérdidas por US\$175.000 por cada día de cierre de la frontera, lo que implica pérdidas por seis millones cuatrocientos mil dólares (US\$6.400.000). A esto se suma que las hullas son el principal producto de exportación del departamento (32% del total en el periodo enero-mayo 2015).

Que en estas condiciones, el cierre de las fronteras afecta definitivamente el intercambio comercial de este mineral, pues se encuentran represadas 220.000 toneladas de carbón aproximadamente en centros de acopio de los municipios cobijados por la declaratoria de emergencia, cifra que podría aumentar por la no movilización de la producción diaria.

Que lo anterior perjudica el empleo asociado a la actividad de explotación y comercialización del carbón y perturba el orden social derivado de la misma, comoquiera que siete mil (7.000) trabajadores se encuentran

vinculados directamente al proceso productivo y de extracción en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia, y no menos de 24 mil trabajadores se relacionan con actividades indirectas de transporte, centros de acopio, servicios de exportación y servicios a la minería.

Que para evacuar los volúmenes de carbón represados y producidos, se podría acudir a los modos de transporte terrestre, fluvial y férreo o a la combinación de estos.

Que para transportar en tracto-camión las toneladas represadas, se requiere alrededor de 5.946 vehículos y un igual número de viajes. El corredor carretero utilizado para dicha carga comprendería un recorrido que iniciaría en los municipios en los cuales están ubicadas las minas de carbón (Sardinata, Cúcuta, El Zulia y Salazar de las Palmas principalmente). Allí existen cuatro opciones de exportación por los puertos del mar caribe: (i) Puerto Brisas, en Dibulla, Guajira, a una distancia de 680 km; (ii) Sociedad Portuaria de Santa Marta a una distancia de 562 km; (iii) Drummond o Puerto Nuevo a una distancia de 547 km y (iv) Compas, River Port u otro puerto condicionado en el municipio de Barranquilla, a una distancia de 610 km.

Que el modo carretero presenta mayores costos de operación para la movilización de mineral, dada la distancia que se debe atravesar en el territorio nacional, si se compara con los 400 kilómetros que antes del cierre de la frontera recorrían los transportadores del carbón hasta los puertos en Venezuela.

Que otra alternativa para transportar el carbón desde las minas de Norte de Santander hasta los puertos ubicados en el Atlántico es el transporte bimodal carretera-río, realizando el primer recorrido por el corredor Sardinata-Ocaña-Aguachica-Gamarra, en una longitud de 235 kilómetros, para el posterior embarque en el río Magdalena en el Puerto de Capulco ubicado en el municipio de Gamarra, hasta los puertos en la ciudad de Barranquilla, para un segundo tramo de 475 kilómetros, lo que supone un total de 710 kilómetros de recorrido aproximadamente.

Que el transporte fluvial enfrenta importantes obstáculos, ya que para el efecto es preciso contar con barcazas adicionales para movilizar todo el tonelaje requerido, las cuales no se encuentran en el territorio nacional, por lo que sería forzosa su importación o construcción y además, se necesitaría la modificación de licencias ambientales para ampliar los patios actuales de acopio en puertos fluviales y puertos marítimos, situación que hace difícil el uso inmediato del río Magdalena.

Este modo de transporte tendría una capacidad de movilización de solo 30.000 toneladas en su etapa inmediata.

Que la opción bimodal carretero-tren supone efectuar el primer recorrido por la vía que comunica los municipios de Sardinata-Ocaña-Aguachica-Pailitas-Calenturitas, con una distancia aproximada de 381 kilómetros, para el descargue y el cargue del mineral en la mina de Calenturitas y su posterior recorrido por vía férrea hasta el municipio de Ciénaga, Magdalena, en un trayecto aproximado de 196 kilómetros, para un total de 577 kilómetros de distancia.

Que no obstante que la distancia es mayor en la opción bimodal terrestre férrea –si se contraponen con el recorrido carretero que se debe efectuar entre las minas y la Sociedad Portuaria de Santa Marta o Puerto Nuevo–, aquella es la mejor alternativa para transportar el carbón represado en la frontera con el vecino país y contrarrestar los efectos de la crisis económica y social generados por la imposibilidad de movilizar este mineral hacia el Océano Atlántico, porque, comparada con las otras posibilidades, es más segura, impacta en menor medida el medio ambiente y ofrece mejores tiempos de movilización, si se consideran los volúmenes que corresponde transportar.

Que la actividad ferroviaria como medio de transporte del carbón presenta mayores ventajas ambientales, en la medida que genera emisiones atmosféricas inferiores al transporte por carretera en los volúmenes a movilizar, al tiempo que, comparado con el transporte de carga terrestre, si bien el tren en un paso eleva el valor de las emisiones acústicas, la sumatoria de camiones para llevar la misma carga genera mayores problemas de ruido.

Que en la actualidad existe un sistema de concesiones férreas parciales administrado por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), que opera exclusivamente sobre dos líneas: la Red Férrea del Atlántico, que atraviesa los departamentos del Cesar, Magdalena, Santander, Boyacá, Antioquia, Cundinamarca, Caldas; y la Red Férrea del Pacífico, en los departamentos de Caldas, Quindío, Risaralda y Valle. La primera fue entregada en concesión a la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. (Fenoco S.A.) en el año 1999 y la segunda a Trenes de Occidente S.A. en 1998.

Que en la Sentencia T-672 de 2014, la Corte Constitucional ordenó a Fenoco S.A. la suspensión de actividades de transporte ferroviario de carbón, en los lugares donde la vía se encuentre a menos de cien (100) metros a lado y lado de comunidades y/o viviendas del municipio de Bosconia, los días lunes, martes, miércoles, jueves, viernes, sábados, domingos y festivos entre las 10:30 p. m. y las 4:30 a. m.

Que en la misma sentencia, esa Corporación ordenó a Fenoco S.A. que incluyera en su plan de manejo ambiental medidas encaminadas a disminuir el coeficiente de rozamiento e implementara mecanismos de control de ruido y dispuso que la medida de suspensión de actividades debía mantenerse hasta que estuviera concluida la implementación de dichas medidas.

Que en la citada sentencia, la Corte ordenó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) que supervisara el pleno cumplimiento de las obligaciones de Fenoco S.A., derivadas de la sentencia, y procediera a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presentaba contaminación de polvo por carbón en el municipio de Bosconia.

Que el 25 de agosto de 2015, la ANLA presentó ante el Tribunal Administrativo de Cesar –juez de tutela de instancia única– informe sobre el cumplimiento de la Sentencia T-672 de 2014, en el que afirma que Fenoco

S.A. ha adoptado todas las medidas para disminuir el coeficiente de rozamiento y controlar el ruido, tales como el esmerilado del equipo, la lubricación de rieles, la colocación de una barrera viva de 2.720 metros, la instalación de gaviones a lo largo de 584 metros y la conformación de diques, con un cumplimiento del 100%.

Que en el mismo informe, la ANLA aseguró que de acuerdo con los estudios técnicos realizados en cumplimiento de la Sentencia T-672 de 2014, *"la actividad férrea actualmente no está generando impactos ambientales representativos a la calidad del aire de los centros poblados por donde cruza la vía férrea, y es el material particulado (polvo) generado en las vías de acceso sin pavimentar el mayor responsable de las altas concentraciones de material particulado en la atmósfera de los municipios evaluados, situación que se está presentando en la población de Bosconia"*.

Que a partir de lo expuesto es claro que la entidad accionada dio cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y que en virtud de ello los supuestos fácticos que en su momento afectaron los derechos fundamentales de los accionantes en el proceso de tutela indicado ya desaparecieron, sin que en este momento se haya presentado trámite procesal alguno del que pueda inferirse el incumplimiento del fallo referido.

Que hasta la fecha, el Tribunal Administrativo de Cesar no ha proferido ninguna decisión en relación con el informe presentado por la ANLA, por lo que se mantiene la suspensión de la actividad férrea en la Red del Atlántico entre las 10:30 p. m. y las 4:30 a. m.

Que mediante auto del 27 de mayo de 2015, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, dentro del trámite de tutela del expediente T-4.520.563, ordenó a Fenoco S.A. como medida provisional, suspender por tres (3) meses todos los días entre las 10:30 p. m. y las 4:30 a. m., las actividades de transporte ferroviario de carbón en los municipios de Algarrobo, Fundación y Zona Bananera.

Que hasta el día de publicación del presente decreto legislativo, la Corte Constitucional no ha proferido decisión de fondo, de manera que en la actualidad no existe una decisión judicial que declare que la actividad ferroviaria en tales puntos conlleva una afectación de los derechos fundamentales de sus habitantes.

Que para evitar las consecuencias negativas de orden económico y social producidas por el cierre de la frontera con Venezuela ya descritas y, por tanto, garantizar que el carbón que se produce en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia sea movilizado por el territorio nacional en dirección al Océano Atlántico para su exportación, se debe usar la vía férrea disponible, por ser este el medio de transporte menos contaminante, más expedito y de bajo precio, que cuenta con la infraestructura requerida para el efecto y cuyo concesionario, de acuerdo con el concepto técnico emitido el 25 de agosto de 2015 por la ANLA, ha adoptado medidas efectivas para disminuir el coeficiente de rozamiento y controlar el ruido.

Que teniendo en cuenta que los supuestos fácticos que en su momento sustentaron la decisión de la Corte Constitucional han desaparecido por haberse adoptado las medidas ordenadas, y con el objeto de conjurar los efectos de la actual crisis, es indispensable reanudar el transporte ferroviario todos los días las veinticuatro (24) horas del día en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera, para el transporte del carbón represado y que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia, mientras permanezca cerrada la frontera con Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

Que el levantamiento de la restricción es necesario porque la capacidad actual de la vía férrea se encuentra copada en el horario permitido, en razón de los usuarios actuales, situación que hace imposible que las nuevas cargas de carbón provenientes de los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia sean movilizadas.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Autorizar el tráfico ferroviario todos los días las veinticuatro (24) horas del día en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera, para el transporte del carbón represado y que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

ARTÍCULO 2o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto Legislativo 1802 del 9 de septiembre de 2015 *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el tráfico férreo en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera"*

3. Síntesis de los fundamentos de la decisión

El Decreto examinado establecía una medida que se aducía facilitaba el transporte del carbón que se produce en los municipios de Sardinata, Cúcuta, El Zulia y Salazar de las Palmas, del Departamento de Norte Santander, seriamente afectado con el cierre de la frontera con la República Bolivariana de Venezuela, desde cuyos puertos marítimos se

exportaba. Con tal propósito, se autoriza el tráfico ferroviario durante las veinticuatro horas de todos los días en los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera. Tal autorización se debe estar aplicando exclusivamente para transportar el carbón ya producido que está represado y el carbón que se produzca en los referidos municipios, por término indefinido, mientras permanezca cerrada la frontera con Venezuela y se prolonguen sus efectos. En particular, este cierre causa una afectación grave a la economía del departamento (32% de las exportaciones) y a los trabajadores que se desempeñan en esta actividad y a sus familias, la cual es uno de los fundamentos del estado de emergencia declarado mediante el Decreto 1770 de 2015.

En la zona existía la prohibición del uso de la red férrea entre las 22:30 y las 4:30 horas en los tramos de los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera, en virtud de dos providencias proferidas por la Corte Constitucional: la Sentencia T-672 de 2014 y el Auto del 27 de mayo de 2015, relacionadas con el amparo de derechos fundamentales de los accionantes a la intimidad, a la tranquilidad y a la salud, en conexidad con el derecho a un ambiente sano.

Dado que tal autorización busca superar la dificultad de transporte del carbón generada por el cierre de la frontera con Venezuela, la Corte estableció que había conexidad entre la medida adoptada y el fundamento de la declaratoria del estado de emergencia (coherencia externa) y entre esa previsión y la finalidad que se da para justificarla, como es la de preservar el importante ingreso que supone la exportación de este producto y proteger los empleos de las personas que están relacionados con la extracción, almacenaje, transporte y exportación de este mineral (coherencia interna). Hacer posible la movilización del carbón producido en los mencionados municipios, por medio del transporte menos contaminante y más expedito, constituye una medida directa y específicamente encaminada a impedir la extensión de los efectos del cierre de la frontera con Venezuela, cuya reapertura es incierta. Por lo tanto, el decreto legislativo también supera el juicio de finalidad.

De otra parte, al analizar la restricción de movilidad férrea establecida en los municipios de Algarrobo, Fundación y Zona Bananera como medida provisional por la Corte Constitucional en Auto del 27 de mayo de 2015, se pudo apreciar que ésta estuvo vigente durante tres meses a partir de la notificación de este auto que se efectuó el 2 de junio del presente año, de modo que la vigencia de esta medida provisional terminó el 2 de septiembre de 2015. Por ello, es evidente que para el 7 de septiembre de 2015, fecha en la que se declaró el estado de excepción en parte del territorio mediante el Decreto 1770 de 2015, ya no existía la restricción de movilidad férrea en tales municipios, emanada de la referida providencia judicial, razón por la cual no era necesario autorizar dicho tráfico en los municipios de Algarrobo, Fundación y Zona Bananera, de manera que el decreto no supera el juicio de necesidad.

Para la Corte, si bien es cierto que la grave afectación económica para el Departamento de Norte Santander y las personas que trabajan en ese sector que se produce con el cierre de la frontera con Venezuela, justifica la necesidad de transportar el carbón a un puerto nacional para su exportación, de ello no se sigue que sea igualmente necesario hacerlo por la red férrea, pues como lo señala el propio decreto legislativo examinado, existen tres alternativas para realizar este transporte, que se diferencian en seguridad, tiempo, impacto ambiental, volumen transportado y el costo de la operación. Al considerar las ventajas y desventajas de cada una, el Gobierno se inclinó por el transporte en tracto camiones por carretera de la zona de almacenaje o acopio a un punto de la red férrea y desde ahí en tren hasta el puerto marítimo. Se aduce al defender la constitucionalidad del decreto que el costo es el criterio determinante para definir esta alternativa de transporte y que el amparo de derechos fundamentales concedido por la Corte Constitucional es irrelevante. Sin embargo, la autorización dada en el Decreto 1802 de 2015 se opone de manera evidente y directa a la orden de suspensión dada en la sentencia T-672 de 2014 de transporte ferroviario de carbón en los lugares donde la vía se encuentre a menos de 100 metros a lado y lado de comunidades o viviendas del municipio de Bosconia, todos los días entre las 10:30 p.m. y las 4:30 a.m.

Con fundamento en los medios de prueba decretados y recaudados por la Corte, se tiene que la autoridad responsable de verificar el cumplimiento de la Sentencia T-672 de 2014, que es el Tribunal Administrativo del Cesar, no ha declarado el cumplimiento de las órdenes impartidas. Si bien hay informes de la ANLA que permiten advertir que se han implementado algunas medidas, es al citado tribunal a quien corresponde determinar el cumplimiento de las órdenes contenidas en la sentencia de la Corte, lo cual aún no lo ha hecho. Mientras el juez no declare el cumplimiento de la sentencia T-672 de 2014, la suspensión del transporte ferroviario en ella ordenada está vigente y debe respetarse. La deficiencia argumentativa respecto del potencial riesgo del trabajo de las personas relacionadas con el sector carbonífero del Departamento de Norte de Santander, que es la base para argumentar que el transporte por red ferroviaria sin restricciones de horario es necesario, por su menor costo, no permite deducir que exista en realidad una necesidad fáctica y menos aún jurídica, de adoptar esa medida que afecta los derechos fundamentales de los habitantes del municipio de Bosconia. No es posible cotejar y menos aún ponderar, un riesgo potencial que no se cuantifica, califica y precisa, con la vulneración o amenaza de derechos fundamentales reconocida por una autoridad judicial. El argumento de un costo incierto e impreciso no puede ser y no es suficiente, dentro de un Estado social y democrático de derecho para justificar el desconocimiento de una decisión del juez constitucional de amparo de derechos fundamentales, esto es, del ejercicio de la competencia de otra rama del poder público que no puede ser ignorada ni siquiera por medidas de excepción. Por lo tanto, en lo relativo al municipio de Bosconia, el decreto examinado no superó el juicio de necesidad (art. 11 de la Ley Estatutaria de los Estados de excepción) y condujo a que la Corte declarara inexecutable el Decreto Legislativo 1802 del 9 de septiembre de 2015. Por este motivo, no fue menester avanzar a aplicar los demás juicios de compatibilidad y proporcionalidad, puesto que en lo analizado, el decreto no superó el examen material de constitucionalidad.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** manifestó su salvamento de voto en relación con la declaración de inexecutable del Decreto 1802 de 2015, por considerar que la medida de excepción adoptada por el Gobierno estaba plenamente justificada desde el punto de vista de su conexidad, finalidad, necesidad, compatibilidad y proporcionalidad para conjurar los graves efectos económicos que se produjeron en el departamento de Norte de Santander, por el cierre intempestivo de la frontera con Venezuela.

En particular, observó, que la Corte ha debido tener en cuenta que se está frente a un hecho nuevo que justificaba la adopción por parte del Gobierno de medidas urgentes para conjurar los efectos de la crisis que tuvo lugar en la zona fronteriza, las cuales, en todo caso, son transitorias. Advirtió que el cierre de la frontera causa la imposibilidad de transportar el carbón producido en el Departamento de Norte de Santander a los puertos de Maracaibo y La Ceiba en Venezuela, lo que implica la acumulación de material no transportado y la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de su exportación. Esta situación afecta de manera grave a miles de trabajadores del sector, que fue uno de los hechos que motivaron la declaratoria del estado de emergencia. A su juicio, lo que debía verificar la Corte era si se cumplían los requisitos que exige la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción para las medidas que se adopte. Advirtió, que en este examen se dejó de lado que las autoridades ambientales han verificado la implementación de medidas en el transporte ferroviario del carbón en la zona en cumplimiento de la sentencia T-672 de 2014, que han minimizado el impacto que tiene en la población que habita en el área del municipio de Bosconia y que el juez constitucional competente para verificar ese cumplimiento no se ha pronunciado en sentido contrario.

En su concepto, no se trata del desconocimiento de la sentencia de la Corte que se emitió tiempo atrás sino de enfrentar un hecho nuevo e intempestivo que afecta gravemente la actividad económica de la zona fronteriza con una medida de excepción, que se ponderó por el Gobierno ante las nuevas circunstancias que se deben enfrentar para mitigar la

crisis que se generó en los municipios del área cobijada por el estado de emergencia. Consideró que el Decreto 1082 de 2015 se ajustaba a la Constitución y a los parámetros establecidos en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Las magistradas **María Victoria Calle Correa** y **Gloria Stella Ortiz Delgado** se reservaron la presentación de eventuales aclaraciones de voto relativas a los fundamentos de la decisión de inexequibilidad.

LA MEDIDAS DE EXCEPCIÓN ADOPTADAS POR EL GOBIERNO NACIONAL PARA DINAMIZAR EL SECTOR EMPRESARIAL Y EL COMERCIO E INCREMENTAR EL EMPLEO EN LA ZONA DE FRONTERA CON VENEZUELA SE AJUSTAN A LOS REQUISITOS DE CONEXIDAD, FINALIDAD, SUBSIDIARIEDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EXIGIDOS DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA