



CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

CONTRALORÍA DELEGADA
PARTICIPACIÓN CIUDADANA

82110 –
Bogotá D.C.,

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 20-03-2013 16:54
Al Contratar Cite Este No.: 2013EE0020962 Folio 5 Anexo FA:0
ORIGEN 82110 CONTRALORIA DELEGADA PARA LA PARTICIPACION CIUDADANA / CARLOS
MARIO ZULUAGA PARDO
DESTINO JUAN GABRIEL URIBE VEGALARA
ASUNTO FUNCION DE ADVERTENCIA
OBS
2013EE0020962



FUNCIÓN DE ADVERTENCIA

FECHA: Bogotá, D. C.

DE: CONTRALOR DELEGADO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

PARA: Doctor
JUAN GABRIEL URIBE VEGALARA
Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Doctora
LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR
Directora
Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA

1

ASUNTO: Advertencia sobre el grave riesgo de daño ambiental ocasionado por los proyectos, obras o actividades que se adelantan sin licenciamiento ambiental.

La Contraloría General de la República profiere la presente Función de Advertencia, con fundamento en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, en concordancia con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, e invocando el principio de precaución.

1. FUNDAMENTOS DE DERECHO

De conformidad con lo establecido en el artículo 119 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República, tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, vigilancia que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

A su vez, el artículo 3 del Decreto Ley 267 de 2000, indica que uno de los objetivos de la Contraloría General de la República, consiste en evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente.

Como atribución de la Contraloría General de la República, el numeral 7° del artículo 5° del Decreto Ley 267 de 2000, establece la función de advertir sobre operaciones o procesos en ejecución, para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control fiscal posterior sobre los hechos así identificados.

Mediante Resolución Orgánica No. 6680 de 2 de agosto de 2012, artículo 41, el Contralor General de la República señaló que el destinatario de la función de advertencia en caso de optar por otra decisión diferente a la que se le somete a consideración o no actúa, deberá exponer o explicar a la Contraloría General de la República las razones que sopesó para ello.

2. ANTECEDENTES

El asunto objeto del presente pronunciamiento es uno de los puntos analizados en la Actuación Especial de Fiscalización realizada a la ANLA, definida mediante memorando de habilitación radicado con el número 2012IE0063320 de fecha 17 de octubre de 2012, expedido por el señor Vicecontralor General de la República, ejecutada por las Contralorías Delegadas para la Participación Ciudadana y para los sectores de Medio Ambiente y de Minas y Energía, consistente en determinar qué proyectos, obras o actividades, considerados de impacto nacional, susceptibles de licenciamiento ambiental o instrumento de manejo y control ambiental equivalente, no cumplen actualmente con lo establecido en la Ley 99 de 1993, el Decreto 883 de 1997 y el Decreto 500 de 2006.

Para avocar el estudio del tema en cuestión, el equipo de trabajo designado para ello formuló el Programa de Fiscalización necesario para examinar la gestión institucional de seguimiento y control ambiental, que incluyó la toma de una muestra selectiva, a partir de la información reportada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA y la registrada en el Sistema de Información de Licencias Ambientales – SILA.

Para el caso en particular del análisis de la transitoriedad normativa (como consecuencia de la nulidad del Decreto 883 de 1997) de los proyectos que en su momento se acogieron a DEMA, se tomó una muestra de diez (10) proyectos, de los que se encuentran actualmente activos, así:

EXPEDIENTE LAM 0017: Construcción y operación área de pozos múltiples denominados Cusiana R y Cusiana V, localizados en jurisdicción de la Vereda San Miguel de Los Farallones del Municipio de Aguazul, Casanare.

EXPEDIENTE LAM 0045: Construcción de instalaciones y perforación exploratoria del pozo múltiple Buenos Aires – Y, e Inyector de Gas, ubicado en el Municipio de Tauramena, Casanare.

EXPEDIENTE LAM 0150: Construcción, operación y puesta en marcha del proyecto de puerto Alcatraz en Ciénaga, Magdalena.

EXPEDIENTE LAM 0242: Campos Teca, Nare y Cocorná.

EXPEDIENTE LAM 0272: Construcción de la Subestación San Marcos, en el Municipio de Yumbo, Valle; así como las variantes a construir de Línea Termo Yumbo desde las torres BY.85 BY.92

EXPEDIENTE LAM 0636: Construcción del gasoducto de distribución de los municipios de Barbosa, Girardota, Copacabana, Bello, Medellín, Envigado, Itagüí, La Estrella y Caldas

EXPEDIENTE LAM 1298: Cruces subfluviales alternos de los Ríos Lebrija, Carare y Opón, en jurisdicción del Departamento de Santander.

EXPEDIENTE LAM 1723: Rehabilitación de la carretera Quibdó-Las Animas-Tadó-Santa Cecilia, sector Yuto-Las Animas-Tadó-Santa Cecilia, en los departamentos de Chocó y Risaralda".

EXPEDIENTE LAM 1862: Exploración de Carbón por métodos de Subsuelo, Bloque de Exploración Carbonífera El Hatillo – Localizado en el Corregimiento de La Loma, Departamento del César".

EXPEDIENTE LAM 1470: Exploración de hidrocarburos en el bloque de las Quinchas en los municipios de Puerto Farra, Cimitarra, Bolívar y Puerto Berrio en los departamentos de Santander y Antioquia.

En el curso de dicha Actuación Especial de Fiscalización y acatando el derecho de defensa y debido proceso se dio traslado a la ANLA del informe de observaciones sobre las cuales dicha Autoridad se pronunció, como conclusión del ejercicio la CGR evidenció que la función de seguimiento a las licencias ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, que debe realizar la Entidad a cada uno de los proyectos analizados, ha sido ineficiente.

3

3. CASO CONCRETO

De los tres escenarios de transitoriedad normativa objeto de la Actuación Especial (Ley 99 de 1993, el Decreto 883 de 1997 y el Decreto 500 de 2006), se identificaron deficiencias en los proyectos tomados como muestra, tal como se señaló en el informe final de dicha Actuación, sin embargo, las de mayor relevancia por su afectación al patrimonio público se evidenciaron en aquellos casos que en su momento se acogieron a lo dispuesto en el Decreto 883 de 1997 (Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA), norma declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia de 20 de agosto de 1998 y que no iniciaron actividades en vigencia de dicho Decreto, tal es el caso de los proyectos correspondientes a los expedientes LAM 0150, LAM 0272, LAM 1298 y LAM 1723.

4. DAÑO CAUSADO Y RIESGO DE DAÑO AMBIENTAL

Un ejemplo claro del propósito de deslicenciar proyectos obras o actividades que producen impactos negativos al Medio Ambiente se presentó con la expedición del Decreto 883 de 1997 que estableció el Documento de Evaluación y Manejo

Ambiental (DEMA), el cual dispuso que la sola radicación del documento ante la Autoridad Ambiental competente, se constituía como único requisito para iniciar la ejecución de cualquiera de los proyectos, obras o actividades descritos en el artículo 3 de esa misma norma, es decir la Autoridad Ambiental no tenía la oportunidad de realizar una evaluación ambiental previa, ni efectuar la valoración de los posibles impactos de los proyectos, obras o actividades.

Sin embargo, la Autoridad Ambiental en su momento y como consecuencia del decaimiento del Decreto 883, no exigió inmediatamente a los beneficiarios de los proyectos la licencia ambiental correspondiente, como lo dispuso el fallo, que incluyera la inversión del 1% para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográficas que alimenta la respectiva fuente hídrica, en los términos del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

En el caso particular de los proyectos correspondientes a los LAM 0150, LAM 0272, LAM 1298 y LAM 1723, con el decaimiento de la norma se hizo necesaria la exigencia de licencia ambiental, para las actividades que se sometieron a DEMA, con la cual no se cuenta en la actualidad, lo que conlleva a que no exista un real dimensionamiento de los proyectos como tal, ni de los impactos y riesgos que han ocasionado sobre los recursos naturales renovables y las comunidades humanas aledañas a los mismos, así como tampoco se tenga certeza sobre la eficacia de las medidas dirigidas a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos negativos ocasionados durante su construcción y operación de los proyectos, obras o actividades.

4

De igual manera, la inexistencia de la licencia ambiental, ha conllevado a que no se haya hecho exigible la inversión del 1% a que se refiere el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentada por el Decreto 1900 de 2006 y modificada mediante el artículo 216 de la Ley 1450 de 2011.

Lo anterior adquiere mayor relevancia, atendiendo que conforme al inciso 2 del artículo 107 de la Ley 99 de 1993, las normas ambientales son de orden público, y no pueden ser objeto de transacción o negociación en su aplicación.

El Consejo de Estado en Sentencia de Acción Popular del 8 de junio de 2011, con radicado No. 2005-01330-01¹, en relación con la mencionada inversión del 1%, señaló: *"Ahora, la Sala advierte que si bien el 1% a que hace referencia el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 corresponde a recursos privados, dichos recursos tienen una destinación pública y forzosa, estos es, la inversión en la recuperación, preservación y vigilancia de las cuencas hidrográficas, de allí su necesario control y vigilancia por parte de la Contraloría General de la República."* "(...)"

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 8 de junio de 2011. Radicación No. 2005-01330-01 (AP).

La carencia de licencia ambiental en los casos antes anotados, conlleva un detrimento al patrimonio público, representado en daños ocasionados o que se estén ocasionando a los recursos naturales renovables de la Nación o al medio ambiente, ante la ausencia de la inversión del 1% del valor total de los proyectos.

Así mismo, existe el riesgo de daño patrimonial por la falta de ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa ambiental, por no haberse tramitado o exigido oportunamente las respectivas licencias ambientales al momento del decaimiento del Decreto 883 de 1997, teniendo en cuenta que las actividades aún no se habían iniciado y, en consecuencia, no se habían consolidado los derechos de los titulares de estos proyectos. Si bien los hechos anómalos vienen ocurriendo hace varios años, no existe caducidad de la acción sancionatoria, de conformidad con la normatividad vigente, pues se trata de hechos de tracto sucesivo, cuya irregularidad es predicable en la actualidad.

Igualmente es procedente adelantar procedimientos administrativos sancionatorios e imponer las medidas que correspondan, en los casos que no cuentan con licencia ambiental y, por ende, se hayan podido ocasionar daños ambientales a los recursos naturales renovables y al medio ambiente.

Por lo tanto, la respectiva Autoridad Ambiental deberá estudiar las medidas administrativas, jurídicas y técnicas a implementar para corregir las debilidades de gestión relacionadas con las conductas omisivas anteriormente señaladas.

5

Por otra parte, el hecho de que solo se le exija la inversión del 1% de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, a proyectos sujetos a licencia ambiental que utilicen agua de fuente natural deja por fuera otros proyectos que vienen utilizando como instrumento el Plan de Manejo Ambiental – PMA, no obstante, que estos también utilizan agua de fuente natural, y que generan impactos semejantes o mayores que los que se encuentran amparados en una licencia ambiental, con lo cual se generan situaciones de inequidad, que deberían ser resueltas en una norma que tenga el alcance que se requiere para el efecto, lo cual podría hacerse efectivo, a iniciativa del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Además, el citado Decreto 1900 de 2006, reglamentario del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, no desarrolló en su integridad lo dispuesto por dicha ley, teniendo en cuenta que mientras el citado parágrafo consagra que el porcentaje de no menos del 1% se debe tasar sobre la totalidad de la inversión del proyecto, el Decreto 1900 de 2006 establece que dicho cálculo se realizará únicamente sobre los costos de las inversiones realizadas en la etapa de construcción y montaje (parágrafo del artículo 3 del Decreto 1900), excluyendo la etapa de operación, que en la mayoría de los proyectos cubre grandes periodos de tiempo, en los cuales se

continúan realizando inversiones, y se sigue utilizando agua de las fuentes hídricas, generando consecuentemente impactos negativos al medio ambiente.

Así mismo, resulta importante señalar que el momento y oportunidad de la inversión en comento (1%) no fue establecida en el Decreto Reglamentario, lo que ha permitido diversas interpretaciones, tanto de los particulares obligados a realizar la inversión como de la misma Autoridad Ambiental, como se señaló en respuesta de la ANLA a las observaciones de la CGR en desarrollo de Actuación Especial de Fiscalización (allegada mediante oficio con radicado No.2013-ER-0001823 de 10 de enero de 2013), en la cual citó como fundamento la Sentencia C-220 de 2011, señalando que la inversión del 1% se podrá realizar, inclusive durante la etapa de desmantelamiento y abandono, aspecto que fue abordado por la Corte pero en otro sentido, así:

“Por último, para la Sala, del texto del párrafo demandado se puede deducir que la inversión forzosa debe realizarse una sola vez; no es una obligación periódica como afirma uno de los intervinientes. En efecto, la disposición señala que el obligado debe destinar al menos el 1% del valor de la inversión a la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca. El párrafo no indica que ese 1% deba liquidarse periódicamente en la medida que el valor de la inversión cambie o que las obras deban volver a ejecutarse con cierta periodicidad”.

6

Es de anotar, que si se acogiera la posición de la Autoridad Ambiental en el sentido de poder realizar la inversión al final de los proyectos *“inclusive durante la etapa de desmantelamiento y abandono”* no se estaría cumpliendo con los fines perseguidos por el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, esto es, la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, aspectos sobre los cuales se pronunció el Consejo de Estado en la Sentencia que resolvió la acción popular antes citada (Rad. No. 2005-01330-01), en la cual se amparan los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano y al equilibrio ecológico, a la moralidad administrativa, al patrimonio público y a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, así:

“Así las cosas, la Sala considera que la conducta endilgada al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial representa una seria amenaza a los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico, por cuanto no contribuye a paliar la grave degradación de las cuencas hídricas y frustra la expectativa de la comunidad relacionada con el urgente desarrollo de programas de preservación y recuperación de las fuentes hídricas.

Sin embargo, a juicio de la Sala, además de la puesta en peligro de los derechos colectivos señalados, la morosidad e incumplimiento de la obligación establecida en el párrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 a cargo de los beneficiarios de las licencias ambientales y la falta de seguimiento efectivo por parte de la entidad ambiental, también amenazan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al



patrimonio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

En efecto, de conformidad con el acervo probatorio recaudado, en el asunto sub judice resulta evidente que la insuficiencia en el seguimiento y control sobre la inversión forzosa establecida en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993, desconoce abiertamente las obligaciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al respecto, a la vez que defrauda las expectativas de la comunidad en relación con la eficiente administración y prioritaria inversión de los recursos destinados al mantenimiento de elementos integrantes del patrimonio público tales como las fuentes hídricas.

Asimismo, la falta de seguimiento de tal obligación lesiona gravemente los intereses de la comunidad relativos a la preservación y recuperación de bienes indispensables para la vida humana y la sostenibilidad del ecosistema, así como el derecho colectivo a que se desarrollen programas preventivos que eviten la causación de graves daños y perjuicios para la comunidad derivados de fenómenos naturales catastróficos" (...).

5. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

1. El Consejo de Estado, mediante Sentencia del 20 de agosto de 1998, declaró la nulidad del Decreto 883 de 1997, entre otros aspectos, consideró que:

7

"En efecto, al comparar el contenido de las disposiciones transcritas, las cuales fueron el fundamento legal del decreto acusado, con el contenido de los considerandos del mismo, resulta evidente que le asiste razón a los demandantes al afirmar que aquellas otorgan al Ministerio del Ambiente la facultad de reglamentar las actividades que causen impacto o deterioro ambiental, en tanto que el decreto acusado precisamente reglamenta las actividades que no causan deterioro o impacto ambiental" (resaltado fuera de texto).

Así mismo, señaló el Alto Tribunal que el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, dispone que requerirán de licencia ambiental las actividades que de acuerdo con la ley y los reglamentos puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o que introduzcan modificaciones notorias al paisaje, dentro de las cuales se encuentran comprendidas, de conformidad con el numeral 10 del artículo 5o. las actividades mineras, industriales, de transporte y en general todo servicio o actividad que pueda generar directa o indirectamente daños ambientales.

Sin embargo, a las citadas actividades el decreto acusado las exime de obtener licencia ambiental, ya que en los artículos 3 y 4 dispuso que quienes quieran adelantar, entre otros, proyectos de hidrocarburos, de minería, energéticos, de comunicaciones, de infraestructura vial, portuarios y de infraestructura fluvial y marina, de rehabilitación y mejoramiento de vías férreas, industriales y agropecuarios, etc., deberán elaborar un documento de evaluación y manejo

ambiental, **documento que en manera alguna sustituye la licencia ambiental para las actividades mencionadas**, exigida por el artículo 49 de la Ley del Medio Ambiente, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en el fallo de nulidad.

2. En relación con la liquidación, aprobación e inversión del 1% de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 1900 de 2006, existe abundante jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, que aclaran y dan alcance a dichas normativas, para el presente caso se relacionan algunos de dichos pronunciamientos, así:

- Corte Constitucional: Sentencias C-495 de 1996 y C-220 de 2011.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 8 de junio de 2011. Radicación No. 2005-01330-01 (AP).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Primera. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, 30 de agosto de 2012, Radicación No. 2006-00398-00, Actor: Ángel Gabriel Arrubla Ortiz

6. ADVERTENCIA

Teniendo en cuenta que la función de la Contraloría General de la República, no sólo está en pronunciarse de forma posterior y selectiva sobre la gestión y resultados del manejo de los recursos y bienes públicos; sino además, de advertir con criterio técnico o proactivo a los gestores públicos del posible riesgo que se puede presentar por conductas que afecten la integridad del patrimonio público y el fin social que su destino demanda.

Se advierte que la falta de exigencia de licencia ambiental a los proyectos, obras o actividades que en su momento se sometieron a DEMA y no iniciaron actividades en vigencia del Decreto 883 de 1997, ocasiona un detrimento al patrimonio público, por la no inversión del 1% de que trata el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y por la falta de compensación de los impactos y riesgos que han ocasionado dichos proyectos a los recursos naturales renovables y a las comunidades humanas aledañas a los mismos, como se indicó en la parte motiva.

Así mismo, existe el riesgo de daño por la falta de ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa ambiental, por no haberse tramitado o exigido oportunamente las respectivas licencias ambientales al momento del decaimiento del Decreto 883 de 1997, teniendo en cuenta que las actividades aún no se habían iniciado y, en consecuencia, no se habían consolidado los derechos de los titulares de estos proyectos.

Igualmente es procedente adelantar procedimientos administrativos sancionatorios e imponer las medidas que correspondan, en los casos que no cuentan con licencia ambiental y, por ende, se hayan podido ocasionar daños ambientales a los recursos naturales renovables y al medio ambiente.

Por otra parte, en lo relacionado con el hecho de que solo se le exija la inversión del 1% a proyectos sujetos a licencia ambiental lo cual deja por fuera otros proyectos que vienen utilizando el Plan de Manejo Ambiental – PMA, se reitera lo dicho en el sentido que deberían ser resueltos en una norma que tenga el alcance que se requiere para el efecto, lo cual podría hacerse efectivo a iniciativa del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

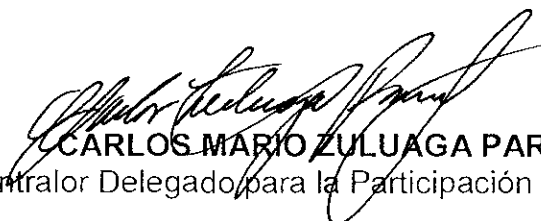
De igual manera se recomienda estudiar los ajustes del caso al Decreto 1900 de 2006, reglamentario del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, el cual no desarrolló en su integridad lo dispuesto por dicha ley, como se señaló anteriormente.

Por lo tanto, la respectiva Autoridad Ambiental deberá estudiar las medidas administrativas, jurídicas y técnicas a implementar para corregir las debilidades de gestión relacionadas con las conductas omisivas anteriormente señaladas.

Desde ahora se informa, que la Contraloría General de la República ejercerá el control posterior sobre las acciones adelantadas por el Sujeto advertido para contrarrestar los hechos que fundamentan el pronunciamiento de advertencia.

9

Cordialmente,



CARLOS MARIO ZULUAGA PARDO
Contralor Delegado para la Participación Ciudadana

Aprobó: Jorge Enrique Cruz Feliciano, Contralor Delegado para el Medio Ambiente

Revisó: Iván López Dávila, Coordinador de Gestión, y Pedro Pablo Padilla Castro, Profesional Especializado, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana.

Proyectó: Olga Lucía Mesa Espinel, Profesional Universitario, Contraloría Delegada para el Sector Medio Ambiente
Yesid Antonio Pulido Molina, Profesional Especializado, Contraloría Delegada para el Sector Medio Ambiente.

Equipo de Trabajo de la Actuación Especial de Fiscalización:

Enid Peña Webber y Jorge Eliécer Galindo Gómez, Profesionales Universitarios, Clara Isabel Vega Rivera, contratista de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana; Patricia Quiroga Caicedo, Profesional Universitario, de la Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía.

