



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001032400020170013000

Actores: ISABEL CRISTINA ZULETA LÓPEZ Y OTROS.

Demandados: MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE ANTIOQUIA – CORANTIOQUIA Y CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE URABÁ – CORPOURABÁ.

Referencia: SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES POR MEDIO DE LAS CUALES SE OTORGÓ UNA LICENCIA AMBIENTAL PARA EL PROYECTO CENTRAL HIDROELÉCTRICA ITUANGO.

El Despacho, en Sala Unitaria, decide la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 0155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, por medio de las cuales se otorgó licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, expedidas por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

Mediante escrito presentado ante la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, los ciudadanos **Isabel Cristina Zuleta López**, vocera

regional del Movimiento Ríos Vivos – Antioquía; **Flor María Quintero**, Presidenta de la Organización Popular de Vivienda – Asociación de Víctimas y Afectados por Megaproyectos – OPV – ASVAM Ituango; **Rito Mena**, Presidente de la Asociación de Mineros y Pescadores Artesanales de Puerto Valdivia – AMPA; **Antonio García**, Presidente de la Asociación de Mineros de Sabanalarga – ASOMINSAB; **Luis Gabriel García**; Presidente de la Asociación de Mineros de Valdivia – ASOPESVAL; **Carlos Baena**, Presidente de la Asociación de Mineros Artesanales de Valdivia – ASOMIAVAL; **Luis Cantillo**, Representante Legal de la Asociación de Barequeros del Bajo Cauca – ABC; **Rafael Arturo Virola**, Presidente de la Asociación de Pescadores del barrio La Esperanza – ASOPESCA; **Alirio Areiza**, Presidente de la Asociación de Víctimas y Afectados por Megaproyectos – ASVAM San Andrés de Cuerquia; **Fernando Posada**, Presidente de la Asociación de Víctimas y Afectados por Megaproyectos – ASVAM TOLEDO, y **Milena Flórez**, Presidenta de la Asociación de Víctimas y Afectados por Megaproyectos – ASVAM ORCHIBU, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, en contra del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia – CORANTIOQUIA y la Corporación para el Desarrollo Sostenible de Urabá – CORPOURABÁ, con miras a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“[...] PRIMERA: Se declare la Nulidad total de las Resoluciones: No. 0155 del 30 de enero de 2009 mediante la cual se concedió la licencia ambiental, No. 1034 del 04 de junio de 2009, No. 1323 del 07 de septiembre de 2009, No. 1891 del 01 de octubre del 2009, No. 2296 del 26 de noviembre del 2009, No. 1980 del 12 de octubre del 2010, No. 0155 del 05 de diciembre de 2011, No. 0472 del 15 de junio de 2012, No. 0764 del 13 de septiembre del 2012, No. 1041 del 07 de diciembre del 2012, No. 0838 del 22 de

agosto del 2013, No. 0620 del 12 de junio del 2014, No. 1052 del 09 de septiembre de 2014, No. 0198 del 20 de febrero de 2015, No. 0430 del 15 de abril de 2015, No. 0543 del 14 de mayo del 2015 y No. 0106 del 04 de febrero de 2016.

SEGUNDA: Se ordene al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - MADS, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, a la Corporación Autónoma Regional de Antioquia - Corantioquia y a las demás autoridades que se consideren competentes, así como a Empresas Públicas de Medellín - EPM realizar una nueva caracterización socio-económica y un nuevo censo a toda la población afectada por el proyecto 'Hidroituango' de acuerdo a los estándares jurídicos internacionales y nacionales, permitiendo a la comunidad y al Movimiento Ríos Vivos – Antioquia seleccionar la entidad idónea e imparcial encargada de realizarlo de acuerdo al procedimiento legal adecuado.

TERCERA: Se ordene a las entidades demandadas y a las demás que se consideren competentes, a diseñar de manera conjunta, equitativa y con igual número de personas de parte del Estado, empresa, Comunidades afectadas y el Movimiento Ríos Vivos – Antioquia, una ruta de participación del proyecto 'Hidroituango' en el que haya capacidad de toma de decisiones institucionales de alto nivel y de carácter económico en el marco de políticas públicas tendientes a materializar el derecho a la participación efectiva de las comunidades afectadas en los términos expuestos a lo largo de esta demanda.

CUARTA: Se ordene a la ANLA que reconozca como tercero interviniente en los procesos de licenciamiento ambiental LAM2233 y LAM2233 (S) al Movimiento Ríos Vivos - Antioquia y a cada Asociación que hace parte del mismo para que tengan acceso total a toda la información del licenciamiento ambiental del proyecto en tiempo real para que puedan hacer uso de los recursos legales en debida manera, ya que ningún acto administrativo de este proceso tiene restricción legal alguna. Los efectos de ese reconocimiento de terceros intervinientes no requerirán de renovación y tendrá efectos permanentes en el futuro en todo el procedimiento que continúe.

QUINTA: Se ordene a la ANLA la realización de un Estudio del Impacto Psicosocial que acoja los lineamientos de la OMS en la materia y que determine los impactos generados sobre la salud

mental individual y colectiva, el tejido social, las relaciones familiares e interpersonales causadas con la construcción del megaproyecto, haciendo énfasis en las comunidades que han sido víctimas de desalojos forzosos.

SEXTA: Se ordene a la ANLA que se implemente un sistema de alertas y de atención urgente de situaciones relacionadas con desalojos y desplazamientos ocasionados por el megaproyecto 'Hidroituango [...]' (mayúsculas fijas del original).

I.2. La solicitud de suspensión provisional

En cuaderno separado los actores solicitaron la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, por medio de las cuales se otorgó una licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, expedidas por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible.

Como fundamento de la solicitud, señalaron que “[...] *la suspensión provisional del acto administrativo y del caso en particular del megaproyecto extractivo 'Hidroituango', se solicita principalmente por las violaciones de derechos subjetivos que se ocasionan con la ocurrencia sistemática de desalojos forzosos que generan a la vez desplazamientos forzados por megaproyectos, que afectan a comunidades víctimas del conflicto armado y ahora de esta hidroeléctrica, y que tal como se señaló en audiencia ante la CIDH en 2014, el patrón de estos desplazamientos presentados en los países de este Continente está presente en Colombia y en particular en el caso de 'Hidroituango' [...].*”

Manifestaron que el perjuicio para la comunidad para este caso es evidente, por cuanto si los actos acusados no son expulsados del ordenamiento

jurídico “[...] ocurrirán con mayor frecuencia desalojos forzosos que son originados en solicitudes de amparos policivos motivados por los intereses de EPM que instan a las Alcaldías Municipales del AID y a las correspondientes Inspecciones de Policía de los municipios a tramitarlos para desalojar a campesinos, barequeros, cañoneros, paleros y comunidades que hacen parte del Movimiento Ríos Vivos que de manera pacífica, permanente e histórica han venido conviviendo, viviendo y trabajando en el cañón del Río Cauca, del que ahora son despojados y desplazados con ocasión de la construcción de 'Hidroituango' [...]”.

Mencionaron que la empresa ejecutora del proyecto “[...] no cumplió con los mínimos lineamientos internacionales y constitucionales que protejan los derechos humanos y fundamentales de las familias y comunidades desalojadas que son estigmatizadas, tratadas de ser insurgentes o colaboradoras de la guerrilla, que son señalados como opositores al desarrollo por parte de autoridades militares, policiales y de seguridad privada del proyecto [...]”.

Aunado a lo anterior, aseguraron que no han tenido todas las garantías dentro de los trámites administrativos relacionados con los desalojos de las personas afectadas con el proyecto, toda vez que no han sido notificadas de los trabajos desarrollados por los demandados.

Expusieron que a las familias y personas desalojadas tampoco se les ha dado ninguna solución de fondo en el marco de las obligaciones que les garantice vivienda, salud, trabajo, dignidad, acceso a fuentes de agua, salubridad, entre otras cosas.

Por otra parte, aseveraron que el perjuicio se puede ocasionar por los graves impactos ambientales previstos o no previstos, como la tala indiscriminada de Bosque Seco Tropical, que es un ecosistema de especial protección que está seriamente amenazado, por los impactos que la construcción de obras ha venido causando en su fragilidad, especies endémicas y flora y fauna que tiene vedas y protecciones especiales.

Recordaron que en atención a la aplicación del principio de precaución, consagrado como principio del derecho ambiental en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, no se puede desconocer el tema del caudal mínimo ecológico que debe existir al momento del llenado del embalse que puede ocasionar desde el punto de vista ambiental una disminución del cauce natural del río, impactando directamente su comportamiento hidráulico produciendo alteraciones eco-hidrológicas aguas abajo del sitio de presa.

Pusieron de presente que dichas alteraciones se presentan como modificación de la calidad de agua y disponibilidad de hábitats acuáticos, ya que aguas abajo del sitio de la presa la fuente cumple la función de cuerpo hídrico abastecedor del recurso a los colectivos humanos allí asentados.

Comentaron que las afectaciones sobre el caudal ecológico de las fuentes hídricas no sólo ponen en riesgo las características físico-bióticas del área y el ecosistema, sino que también hay que llamar la atención sobre los impactos que a nivel socioeconómico y cultural continúan causándose con el proceso de construcción del megaproyecto en los habitantes del área.

En este contexto, expresaron que *“[...] resulta de vital importancia **suspender las actividades derivadas de la licencia ambiental del megaproyecto** toda vez que ponen en riesgo la vida de las familias que*

dependen del río Cauca, pues amenazan su salud, su trabajo, su seguridad alimentaria y mínimo vital para sobrevivir [...]” (negritas fuera de texto).

I.3. Traslado de la solicitud de la medida cautelar

Mediante providencia de 14 de marzo de 2018, se dispuso dar traslado a las entidades demandadas de la solicitud de la medida cautelar presentada por la parte actora, para que en el término de cinco (5) días se pronunciara sobre ella, tal y como se observa a continuación:

I.3.1. La Corporación Autónoma Regional de Antioquia – CORANTIOQUIA

El apoderado judicial de la Corporación Autónoma Regional de Antioquia – CORANTIOQUIA, manifestó que de la confrontación de los actos demandados con las disposiciones que la parte demandante considera violadas, así como del estudio de las pruebas allegadas con la demanda, no se advierte “[...] *el surgimiento o existencia de una disconformidad del acto con los preceptos invocados [...]”*.

Adujo que la Corporación no fue la encargada de otorgar la licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, por lo que las entidades que deben acudir al proceso son el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

Aseguró que los desalojos forzados que se mencionan en la solicitud, derivados del proyecto en comento, no son materia de investigación por parte de CORANTIOQUIA, por lo que no puede hacer un pronunciamiento expreso sobre los mismos y, que, “[...] *como quiera que es el motivo principal por el cual se solicita la suspensión provisional de los actos administrativos demandados,*

no es dable a que en esta etapa procesal se haga un juicio de fondo que permita acceder a lo solicitado [...]”.

Alegó que el escrito de solicitud no tiene elementos precisos a través de los cuales se pueda concluir que existe un perjuicio derivado de la licencia otorgada en materia de recurso hídrico, por lo que se debe negar la medida de suspensión.

Expuso que de acuerdo con las competencias legales establecidas en el Decreto 3573 de 2011, es la ANLA la encargada de ejercer el control sobre las licencias otorgadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Concluyó que “[...] en esta etapa procesal cuando el medio de control apenas comienza, no se observa la infracción de las normas constitucionales y legales relacionadas en la demanda y en el concepto de violación que alega el demandante [...]”.

I.3.2. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA

El apoderado judicial de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, luego de referirse a los requisitos para decretar la suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar, manifestó que la parte actora hace consistir la supuesta nulidad de los actos administrativos expedidos por la autoridad de Licencias Ambientales en el trámite de la Licencia – Ambiental LAM2233, otorgada mediante Resolución 155 del 30 de enero de 2009, en: “[...] (i) una ausencia de determinación clara de los municipios afectados por el proyecto; (ii) a la comunidad afectada no se le brindaron espacios de participación real y efectiva para exponer sus inquietudes y observaciones frente a la obra; (iii) el conflicto armado que se

vivió en la región desde la década de 1990 guarda una relación directa con el Proyecto Hidroeléctrica Ituango, (iii) se presenta una "violación de derechos subjetivos" por cuanto se afecta la dinámica socioeconómica y cultural de la región; (iv) la construcción de megaproyectos de minería e hidroeléctricas genera graves daños ecológicos [...]".

Adujo que el estudio de legalidad de un acto administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad, requiere de un examen objetivo en el que se confronten los actos administrativos demandados frente a una norma de carácter superior, ejercicio del cual debe resultar una violación de la norma de mayor jerarquía para declarar la nulidad del acto, esto es, su desaparición del mundo jurídico.

Al respecto, advirtió que de la confrontación de los actos administrativos demandados con las normas que rigen su expedición y contenido, se determinará si la metodología del silogismo jurídico fue utilizada de manera acertada en el caso, o si, por el contrario, se presentaron falencias que llevaron al desconocimiento del ordenamiento jurídico superior y que, por ello, se impone declarar la nulidad del acto.

Así las cosas, adujo que el objeto del litigio de nulidad es demostrar fáctica y jurídicamente que con la expedición del acto administrativo demandado se actuó en contravía de las disposiciones legales y reglamentarias superiores.

Afirmó que “[...] del estudio de la demanda de nulidad simple no se halla que con la expedición de los actos administrativos en el curso de la Licencia Ambiental LAM2233, se hubiesen desconocido las normas que determinan su contenido y regulan el procedimiento de expedición, además que los cargos presentados por los demandantes permiten entrever su descontento con la

política minero energética del País y el desarrollo de megaproyectos que impulsan el desarrollo socioeconómico regional y la competitividad, política que, a su juicio, fue la causa del conflicto armado paramilitar en el noroccidente colombiano, territorio en el que se construye la Hidroeléctrica Pescadero - Ituango [...]”.

Comentó que parte del descontento manifestado por la parte actora consiste en que el megaproyecto causa el desplazamiento de los habitantes de la zona directamente, “[...] *consideraciones subjetivas de carácter social, económico y ambiental, [...] las cuales distan de ser normas jurídicas apropiadas para la realización de un examen objetivo de la legalidad de licencia ambiental del Proyecto Hidroeléctrica Ituango [...]”.*

Por lo anterior, advirtió que la parte actora no señaló cuáles son las causales que desconocen el principio de legalidad de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009, realizando un reproche de carácter subjetivo a la autorización ambiental del citado proyecto, considerando que con el otorgamiento de la licencia se desconocen derechos subjetivos por el otorgamiento de la licencia ambiental y se produjeron presuntos fenómenos de desplazamiento forzado.

Destacó que las decisiones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial al momento de otorgar la licencia ambiental al proyecto y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, no se realizaron de forma caprichosa, sino con estricta sujeción a lo establecido en la Constitución Política y en la Ley.

Por otro lado, y sin perjuicio de resaltar que la suspensión provisional hizo alusión exclusivamente a los presuntos perjuicios ocasionados con el desplazamiento forzado de la población asentada en el área de influencia del proyecto, hizo un pronunciamiento entorno a los cuestionamientos esbozados

en el escrito de demanda respecto de la falta de participación real y efectiva de la población afectada por el proyecto.

En este sentido puso de presente que a lo largo de todo el proceso de licenciamiento ambiental LAM2233, se han garantizado los mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental y en relación con el trámite de evaluación, lo cual condujo a la decisión de otorgar licencia ambiental al Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

Comentó que la Resolución 155 da cuenta del procedimiento seguido por la Administración para la expedición de la Licencia, en el que se evidencia que el día 19 de diciembre de 2008 se llevó a cabo la Audiencia Pública Ambiental del Proyecto, la cual se desarrolló conforme a lo establecido en la normativa ambiental vigente para el momento de su realización, en lo referente a su convocatoria, a la disponibilidad de los estudios ambientales; la reunión informativa; las inscripciones; el lugar de celebración; los participantes e intervinientes; y su terminación.

Aclaró que en el acta de audiencia pública ambiental se evidencia, de manera específica, la participación de los actores sociales, entre ellos: once alcaldes municipales, el gobernador del departamento de Antioquia, el Gerente del Instituto de Desarrollo de Antioquia, CORANTIOQUIA y CORPOURABÁ, y setenta y nueve (79) ciudadanos inscritos previamente para hacer su respectiva intervención, de los cuales unos no se presentaron, quedando constancia de ello, y otros cedieron su participación a ciudadanos que no estaban inscritos.

Resaltó que mediante concepto técnico 56 del 28 de enero de 2009 emitido por el Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites

Ambientales, se evaluó la totalidad de la documentación presentada junto con la solicitud de licencia ambiental para el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, el cual fue acogido a través de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009.

Lo anterior le permitió concluir que las comunidades afectadas por el proyecto hidroeléctrico, contrario a lo afirmado por los demandantes, tuvieron una participación efectiva en el otorgamiento de la Licencia Ambiental, anotando que “[...] *tan efectiva fue su intervención que las consideraciones expuestas por los participantes fueron acogidas en la Resolución No. 0155 de 2009 [...]*”.

Respecto del componente socioeconómico, expresó que la licencia ambiental impuso a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., antes del inicio de las obras, la obligación de identificar a la población que ejercía las labores económicas en el área de influencia del proyecto, para lo cual debió adelantar un censo, actividad ésta que es de responsabilidad única y exclusiva de la sociedad.

Advirtió que la función de la ANLA se encuentra asociada al control y seguimiento de las obligaciones impuesta en la licencia otorgada y, en especial, de las actividades y programas propuestos en el Plan de Manejo Ambiental, el cual se encuentra definido en un programa para el manejo del componente social.

En relación con la socialización del proyecto hidroeléctrico, anotó que el ANLA verificó varias estrategias de participación y comunicación en donde se realizan recorridos, entrevistas, conversatorios, visitas a las familias casa a casa, de acuerdo con los programas o solicitudes que se requieren para el seguimiento, a los diferentes grupos de interés del área de influencia donde se evidencian que se desarrollaron reuniones, capacitaciones, entre otras actividades, lo que

fortalece los programas y permite evidenciar que se están implementando actividades aprobadas en el plan de manejo ambiental.

En lo atinente al componente biótico, precisó que no es cierto que se haya afectado el bosque seco tropical, por cuanto la licencia ambiental otorgada a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. autorizó la intervención en el vaso del embalse de 2.329,80 hectáreas de vegetación, entre bosque seco tropical y bosque húmedo tropical, sin embargo, la referida sociedad se comprometió a compensar un área de 12.868,50 hectáreas en zona de vida de bosque seco tropical.

Respecto a la afectación de los pescadores artesanales y de los peces, argumentó que la Licencia Ambiental otorgada aprobó la ficha del Plan de Manejo Ambiental denominada “[...] 7.3.1.8 Subprograma de manejo y protección del recurso íctico y pesquero en las cuencas media y baja del río Cauca [...] y en el que se contempla las siguientes medidas de manejo: 1. Optimización y recuperación de zonas de desove y hábitats para el desarrollo de peces; (2). Mitigación por Pérdida de Zonas de Desove; (3) Repoblamiento íctico; (4) Seguimiento a la actividad reproductiva de las especies migratorias en la cuenca baja y media del Río Cauca; (5) Manejo íctico en el embalse; (6) Monitoreo a la actividad pesquera en el área de influencia del proyecto y (6) Ordenamiento Pesquero [...]”.

Finalmente, sostuvo que en el proceso de la referencia “[...] no existe una necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar y que el decreto de la medida cautelar resulta más gravoso que no decretarla [...]”. Agregó que “[...] no es claro que se trata de la controversia misma cuyos elementos de juicio de la presunta nulidad habrán de ser probados, [...] y que la afirmaciones

subjetivas que se hacen sobre la actuación de las entidades estatales, y en especial, de la ANLA, no son acordes con la realidad [...]”.

I.3.3. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Corporación para el Desarrollo Sostenible de Urabá – CORPOURABÁ

Cabe anotar que ni el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ni la Corporación para el Desarrollo Sostenible de Urabá – CORPOURABÁ, hicieron manifestación alguna durante el término del traslado.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

II.1. Los actos administrativos acusados

Lo son la **Resolución 0155 del 30 de enero de 2009**, *“Por la cual se otorga una licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango”* y *se toman otras determinaciones*”, expedida por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales (E) del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible y sus **resoluciones modificatorias** que se relacionan a continuación:

i) **Resolución número 1034 del 4 de junio de 2009** *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución No. 155 del 30 de enero del 2009”*; expedida por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible de la época.

ii) **Resolución número 1323 del 9 de julio de 2009** *“Por la cual se revoca un artículo de la Resolución 1034 de junio 4 de 2009 y se toman otras*

determinaciones”, expedida por la Directora de Licencias, Permisos y Tramites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible de la época.

iii) **Resolución número 1891 del 1 de octubre de 2009** “*Por la cual se modifica una licencia ambiental*”, expedida por el Asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Tramites Ambientales del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Sostenible de la época.

iv) **Resolución número 2296 de 26 de noviembre de 2009** “*Por medio de la cual se acepta el cambio de la razón social en la licencia ambiental otorgada por la resolución 155 del 30 de enero de 2009, modificada con la resolución 1891 del 1º de octubre de 2009*”, expedida por el Asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Tramites Ambientales del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Sostenible de la época.

v) **Resolución número 1980 del 12 de octubre de 2010** “*Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental*”, expedida por el Director de Licencias, Permisos y Tramites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible de la época.

vi) **Resolución 0155 del 5 de diciembre del 2011** “*Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental*”, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias ambientales – ANLA.

vii) **Resolución número 0472 del 15 de junio de 2012** “*Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 155 del 5 de diciembre de 2011*”, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

viii) **Resolución número 0764 del 13 de septiembre del 2012** *“Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental 155 del 30 de enero de 2009”*, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

ix) **Resolución número 1041 del 7 de diciembre de 2012** *“Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental 155 del 30 de enero de 2009”*, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

x) **Resolución número 0838 del 22 de agosto de 2013** *“Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental 155 del 30 de enero de 2009”*, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA.

xi) **Resolución número 0620 del 12 de junio de 2014** *“Por la cual se modifica una licencia ambiental vía seguimiento y se toman otras determinaciones”*, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

xii) **Resolución número 1052 del 9 de septiembre de 2014** *“Por la cual se modifica una licencia ambiental y se toman otras consideraciones”*, expedida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

xiii) **Resolución número 0198 del 20 de febrero de 2015** *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución 1183 del 10 de octubre de 2014”*, expedida por el Director General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

xiv) **Resolución número 0430 del 15 de abril de 2015** *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución 0620 del 12 de junio de 2014”*, expedida por el Director General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA.

xv) **Resolución número 0543 del 14 de mayo de 2015** *“Por la cual se modifica una licencia ambiental”*, expedida por el Director General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

xvi) **Resolución número 0106 del 4 de febrero de 2016** *“Por la cual se modifica vía seguimiento una licencia ambiental”*, expedida por el Director General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Sobre la finalidad¹ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se

¹ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015. Rad.: 2015-00022, Consejero Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la que se aseveró: *“[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón [...]”*.

adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”²

En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo “[...] por los motivos y con los requisitos que establezca la ley [...]”³.

En este punto cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA – Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “[...] proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]”.

En esta última disposición (artículo 229) se señala que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte - debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cabe advertir que al juez o magistrado ponente solo se le permite decretar **medidas cautelares de oficio**, en los procesos de tutela de conocimiento de

² Corte Constitucional. Sentencia C-834/13. Rad.: D -9509. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012, “[...] Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso [...]”. Magistrado Ponente: doctor Alberto Rojas Ríos.

³ Constitución Política. Artículo 238.

la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en aquellos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁴

Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, es claro que el funcionario judicial cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “[...] podrá decretar las que considere necesarias [...]”⁵. No obstante lo anterior, en los términos del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la

⁴ Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 230.

⁵ Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 229.

medida sea procedente el demandante debe presentar “[...] documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla [...]” (negrillas fuera del texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”⁶ (Negrillas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Providencia de 17 de marzo de 2015. Rad.: 2014 – 03799. Consejera Ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”⁷ (Negrillas fuera de texto).*

Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la

⁷ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, en la misma providencia se precisó: “[...] Se ha sostenido en anteriores ocasiones: [...] Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos. El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]’.

cautela, a saber: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, **(ii)** *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo⁸, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231 y siguientes del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “[...] evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]”⁹.

⁸ Ley 1437 de 2011. CPACA. El artículo 230 dispone que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «una o varias de las siguientes» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «*vulnerante o amenazante*», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

⁹ Providencia citada *ut supra*, Consejero Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

De otra parte, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “[...] **manifiesta infracción de la norma invocada** [...]” indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁰.

Entonces, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de “[...] *mecanismos meramente*

¹⁰ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “[...] *Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una **manifiesta infracción**, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el **surgimiento** en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva [...]*” (Resaltado es del texto).

cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto [...]”¹¹.

II.4. El caso concreto

En el caso que nos ocupa, la parte actora solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 0155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, por medio de las cuales se otorgó una licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, actos administrativos expedidos por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible.

Para sustentar su petición, los accionantes sostuvieron que el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, ha ocasionado y ocasiona el desplazamiento forzado de los habitantes de la zona directamente afectada, a quienes no se les comunicaron las actividades realizadas, ni tampoco se les ha dado

¹¹ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Rad.: 2013 - 00503. Consejero Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “[...] Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que **‘[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’**. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia [...]” (Negrillas fuera del texto).

solución, en el marco de las obligaciones adquiridas, a los problemas de vivienda, salud, trabajo, acceso a fuentes de agua, salubridad, entre otras. Además, argumentaron que la ejecución del proyecto genera graves impactos ambientales al ecosistema de la región y limita el caudal ecológico del cauce y con ello se afecta la calidad de agua y la disponibilidad de hábitats acuáticos.

En este sentido, precisó que “[...] **resulta de vital importancia suspender las actividades derivadas de la licencia ambiental del megaproyecto toda vez que ponen en riesgo la vida de las familias que dependen del río Cauca, pues amenazan su salud, su trabajo, su seguridad alimentaria y mínimo vital para sobrevivir [...]**” (negritas fuera de texto).

Al respecto y como se precisó líneas atrás, el estudio de legalidad de un acto administrativo requiere de un examen objetivo en el que se confronte aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.

Debe resaltarse que el análisis inicial, el cual se lleva a cabo con ocasión de la solicitud de suspensión provisional, permite abordar el objeto del proceso y la discusión de ilegalidad en la que se estructura la demanda, pero con fundamento en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa.

Y esa valoración preliminar, como bien lo establece el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un

estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final que llegase a proferirse.

De esta manera, el alcance del contencioso de nulidad no es otro que demostrar que con la expedición del acto jurídico se desconoce el ordenamiento jurídico superior¹² y, por ende, se busca con el mismo anular el acto administrativo por vicios en su validez¹³, o suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto que se demanda, esto es, a través de la solicitud de una medida cautelar, caso en el cual la contradicción debe ser clara, evidente y grave.

En el *sub lite*, el Despacho no advierte, **en el contexto de la argumentación plasmada en la solicitud de suspensión provisional**, que con la expedición de la licencia ambiental se hubiesen desconocido las normas que regulan el trámite y procedimiento para la formación del acto administrativo que la contiene.

En efecto, se tiene que la parte actora circunscribe su argumento de suspensión señalando la inconformidad con algunas de las actividades desplegadas para la ejecución y cumplimiento de la licencia ambiental y, de manera alguna, hizo referencia a disposiciones concretas que se encuentran siendo transgredidas y frente a las cuales se debe hacer el examen preliminar.

¹² Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 137 “[...] Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse [...]”.

¹³ *Ibídem*.

Nótese cómo la parte actora diferenció los cargos de violación¹⁴ con la sustentación de la medida cautelar, en la que, se repite, se circunscribe a manifestar, principalmente, su desacuerdo con el presunto desplazamiento de los habitantes de la zona directamente afectada.

Bien lo consideró la Corporación Autónoma Regional de Antioquia – CORANTIOQUIA cuando señaló que “[...] *los desalojos forzados que se mencionan en la solicitud, [...] es el motivo principal por el cual se solicita la suspensión provisional de los actos administrativos demandados [...]*”.

En igual sentido, el apoderado judicial del ANLA indicó que “[...] *la parte actora no señaló cuáles son las causales que desconocen el principio de legalidad de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009, realizando un reproche de carácter subjetivo a la autorización ambiental del citado proyecto, considerando que con el otorgamiento de la licencia se desconocen derechos subjetivos por el otorgamiento de la licencia ambiental y por el presunto desplazamiento forzado [...]*”.

Así las cosas, el Despacho sostiene que los argumentos plasmados en el escrito de medida cautelar evidencian el descontento de la parte actora respecto de las “[...] **actividades derivadas de la licencia ambiental del megaproyecto [...]**” y no frente a la legalidad de la Resolución 0155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias.

Recuerda el Despacho que es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se ha sostenido que el juicio de legalidad del acto

¹⁴ Cargos de violación que cifró en: (i) la violación del derecho fundamental a la participación efectiva; (ii) expedición irregular de la licencia ambiental de la resolución 155 de 2009; y (iii) daños y afectaciones a la cultura cañonera.

administrativo debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición. Al respecto explicó la Sección:

*“[...] Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta jurisdicción, **toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición,** y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contencioso administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en este ámbito, sino la excepción anotada [...]”¹⁵.*

En este orden de ideas, el Despacho consdierada que jurídicamente resulta improcedente acceder al decreto de la suspensión provisional deprecada por la parte actora.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el Despacho de manera oficiosa¹⁶ estima necesario hacer las siguientes consideraciones preliminares en torno a la legalidad del acto administrativo contentivo de la licencia ambiental del proyecto hidroeléctrico:

¹⁵ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 27 de mayo de 2010. Rad.: 2005 - 01869. Consejero Ponente: doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

¹⁶ Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 229. “[...] Procedencia de medidas cautelares. [...] Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio [...]”.

En primer lugar, se debe destacar que de una aproximación inicial a las circunstancias fácticas y jurídicas vigentes al momento de la expedición de la licencia por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se puede advertir que dicho ente ministerial siguió el procedimiento establecido en la Ley 99 de 1993¹⁷ y en los Decretos 216 de 2003¹⁸, 3266 de 2004¹⁹, 1220 de 2005²⁰ y 500 de 2006²¹.

Al respecto, el Despacho advierte que de la propia Resolución 155 se desprende el procedimiento adelantado por la Administración para la expedición del acto administrativo en comento, tal y como se observa a continuación:

- Que mediante escrito radicado ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con el número 3110-121381 de 29 de diciembre de 1999, **la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P., solicitó Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.**

- Que mediante escrito radicado con el número 3111-1-2153 de 11 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE

¹⁷ “[...] 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 [...]”.

¹⁸ “[...] Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones [...]”.

¹⁹ “[...] Por el cual se modifica la Estructura del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [...]”-

²⁰ “[...] Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales [...]”.

²¹ “[...] Por el cual se modifica el Decreto 1220 del 21 de abril de 2005, reglamentario del Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales [...]”.

PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto enunciado.

- Que mediante escrito radicado con el número 3111-1-2896 de 22 de febrero de 2000, la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P., remitió información adicional relacionada con el proyecto.

- Que mediante **Auto 186 de 27 de abril de 2000, se realizó cobro por concepto del servicio de evaluación ambiental** a la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P.

- Que mediante **Auto 187 de 27 de abril de 2000, se avocó conocimiento de la solicitud de Licencia Ambiental** realizada por la empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P., **para la construcción y operación del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango** ubicado en jurisdicción de los municipios de Ituango, Peque, Buriticá, Briceño, Toledo, Sabanalarga y Liborina, en el departamento del .Antioquia, **auto que fue publicado en el periódico El Colombiano en el mes de mayo de 2000.**

- Que mediante **Auto 432 de 6 de junio de 2001, se declaró que el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango,** localizado en jurisdicción de los municipios de Ituango, Peque, Buriticá, Briceño, Toledo, Sabanalarga y Liborina, en el departamento de Antioquia, **no requería Diagnóstico Ambiental de Alternativas y fijó los términos de referencia para la realización del Estudio de Impacto Ambiental.**

- Que al empresa PROMOTORA DE LA HIDROELÉCTRICA DE PESCADERO - ITUANGO S.A. E.S.P., mediante escrito radicado con el número V'4120-E1-127638 de 3 de diciembre de 2007, informó que cambió su razón social por HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., como consta en la escritura pública No. 2193 de noviembre 28 de 2000 de la notaría 21 de Medellín y certificado de Existencia y Representación de la cámara de comercio de Medellín No. 5302791 del 12 de diciembre de 2000.

- Que **mediante escrito radicado con el número 4120-E1-127638 de 3 de diciembre de 2007, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto y anexó: (i) copia de la certificación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; (ii) copia de la certificación de la Gerencia de Negritudes del departamento de Antioquia en la que consta que en el área del proyecto no existen organizaciones de base o consejos comunitarios; (iii) certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que si existen comunidades negras en el área del proyecto; y (iv) certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afrodescendientes.**

- Que mediante escrito radicado con el número 4120-E1-15485 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del pago realizado por concepto del servicio de evaluación del proyecto.

- Que **mediante escrito radicado con el número 4120-E 1-15479 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia de la certificación del 14 de febrero de 2008 del Ministerio del Interior y de Justicia, en la que consta que en los municipios de Buriticá, Peque, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Yarumal no se registran comunidades indígenas, y en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Yarumal no se registran comunidades negras, como tampoco se registran organizaciones de base o Consejos Comunitarios en estos municipios.**

- Que **mediante escrito radicado con el número 4120-E1-15487 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia de los radicados del 8 de febrero de 2008 ante la Corporación para el Desarrollo Sostenible de Urabá - CORPOURABÁ, y ante la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia CORANTIOQUIA, del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, para efectos de solicitar el concepto técnico relacionado con el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales para el mismo.**

- Que **mediante escrito radicado con el número 4120-E1-15489 de 14 de febrero de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió certificación del Instituto de Desarrollo Rural - INCODER de fecha 27 de marzo de 2008, en la que consta que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado presencia de comunidades afrodescendientes.**

- Que mediante escrito radicado con el número 4120-E1-32059 de 31 de marzo de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia del oficio mediante el cual el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, informó que el "Informe de prospección arqueológica del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango fue evaluado y aprobado por el Grupo de Arqueología de la institución.

- Que mediante escrito radicado con el número 4120-E1-46112 de 29 de abril de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió el documento "Plan de Inversión Forzosa del 1% del proyecto".

- Que mediante Auto 1917 de 16 de junio de 2008, se solicitó a la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. información adicional, y suspendió el trámite del proceso de licenciamiento tratado.

- Que mediante escrito radicado con el número 4126-E1-92192 de 15 de agosto de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió la información complementaria al Estudio de Impacto Ambiental solicitada en el Auto 1917 de 2008.

- Que mediante escrito radicado con el número 4120-E1-1 09523 de 24 de septiembre de 2008, la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., remitió copia de los radicados de la información adicional solicitada mediante Auto 1917 de 16 de junio de 2008, el 4 de septiembre de 2008 ante la Corporación para el Desarrollo Sostenible de Urabá - CORPOURABA, el 8 de septiembre de 2008 ante la Corporación

Autónoma Regional del Centro de Antioquia - CORANTIOQUIA, para que se pronunciaran en relación con el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales a utilizar por el proyecto en cada una de sus jurisdicciones.

- Que mediante **Auto 3053 de 7 de octubre de 2008, se declaró reunida la información en relación con la solicitud de Licencia Ambiental presentada por la empresa HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P.**, para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Que mediante **Auto 3066 de octubre 10 de 2008, se revocó el Auto 3053 de 7 de octubre de 2008, por el cual se declaró reunida la información, teniendo en cuenta que estaba pendiente la realización de una Audiencia Pública Ambiental.**

- Que mediante **Auto 3110 de octubre 16 de 2008, se ordenó la celebración de una Audiencia Pública Ambiental** solicitada por el Procurador Judicial Agrario de la Procuraduría Judicial Agraria de Antioquia, proceso de licenciamiento ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango. Así mismo, se fijó un edicto el día trece (13) de noviembre de 2008 en la cartelera de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, en los municipios de Liborina, Ituango, Toledo, San Andrés de Cuerquia, Yarumal, Briceño, Valdivia, Buriticá, Olaya, Sabanalarga, Peque, CORANTIOQUIA y CORPOURABÁ, y fue desfijado a las cinco de la tarde del día veintisiete (27) de noviembre de 2008.

- Que en la **Audiencia Pública Ambiental convocada se dio cumplimiento a lo establecido en el Decreto 330 de 2007, en lo referente a su convocatoria, a la disponibilidad de los estudios ambientales; la**

reunión informativa; las inscripciones; el lugar de celebración; los participantes e intervinientes; y su terminación. Tal como consta en la carpeta Audiencia Pública Ambiental expediente 2233.

- Que el **Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, una vez revisada, analizada y evaluada la información allegada por la empresa HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., y del resultado de la visita técnica de evaluación ambiental** al Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango ubicado en jurisdicción de los municipios de ubicado en jurisdicción de los municipios de Buriticá, Peque, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia, Yarumal, Olaya, Ituango y Valdivia, en el Departamento de Antioquia, realizada del 9 al 11 de abril de 2008, **emitió el Concepto Técnico 056 de enero 28 de 2009.**

- Que **mediante Auto 157 de enero 30 de 2009, se declaró reunida la información en relación con la solicitud de Licencia Ambiental presentada** ante el Ministerio por la empresa HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, ubicado en jurisdicción de los municipios de Buriticá, Peque, Liborina, Satanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia, Yarumal, Olaya, Ituango y Valdivia, procediendo a la expedición a la licencia ambiental 155 de 2009.

Con base en lo anterior, el Despacho pone de relieve el trámite de presentación de la solicitud de la licencia, el procedimiento adelantado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para avocar conocimiento de la misma y la gestión realizada para la publicación que se surtió con la finalidad de comunicar

a los habitantes de la región del inicio de la actuación administrativa respecto del proyecto de hidroeléctrica.

Asimismo, deben resaltarse: (i) las certificaciones del Ministerio del Interior y de Justicia y del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER en las que se deja constancia que en el área del proyecto no existen organizaciones de base o consejos comunitarios, comunidades negras y, mucho menos, comunidades indígenas; y (ii) la copia del oficio mediante el cual el Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH señaló que el "*Informe de prospección arqueológica del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango*" fue evaluado y aprobado por el Grupo de Arqueología de la institución.

Por otra parte, el Despacho pone de presente que el día 19 de diciembre de 2008 se realizó la Audiencia Pública Ambiental del Proyecto, la cual, de una primera revisión, se observa siguió el trámite establecido en los artículos 72 de la Ley 99 de 1993²², 1^o²³, 3^o literal a)²⁴ y 5^o²⁵ del Decreto 330 de 2007.

²² Artículo 72. "[...] De las Audiencias Públicas Administrativas sobre Decisiones Ambientales en Trámite. El Procurador General de la Nación o el Delegado para Asuntos Ambientales, el Defensor del Pueblo, el Ministro del Medio Ambiente, las demás autoridades ambientales, los gobernadores, los alcaldes o por lo menos cien (100) personas o tres (3) entidades sin ánimo de lucro, cuando se desarrolle o pretenda desarrollarse una obra o actividad que pueda causar impacto al medio ambiente o a los recursos naturales renovables, y para la cual se exija permiso o licencia ambiental conforme a la ley o a los reglamentos, podrán solicitar la realización de una audiencia pública que se celebrará ante la autoridad competente para el otorgamiento del permiso o la licencia ambiental respectiva. La audiencia de que trata el presente artículo se celebrará con anticipación al acto que le ponga término a la actuación administrativa, bien sea para la expedición, la modificación o la cancelación de un permiso o licencia ambiental. La audiencia de que trata el presente artículo se celebrará con anticipación al acto que le ponga término a la actuación administrativa, bien sea para la expedición, la modificación o la cancelación de un permiso o licencia ambiental. La audiencia pública será convocada por la autoridad administrativa ante la cual se solicita, mediante edicto, con una anticipación de por lo menos 30 días a la toma de la decisión a debatir. [...] En la audiencia podrán recibirse las informaciones y pruebas que se consideren conducentes. [...]. También podrá celebrarse una audiencia pública, durante la ejecución de una obra que haya requerido permiso o licencia ambiental, cuando fuere manifiesta la violación de los requisitos exigidos para su otorgamiento o de las normas ambientales [...]"

Cabe resaltar que de la lectura de las referidas disposiciones es dable inferir: i) que la celebración de la audiencia pública ambiental es facultativa; ii) que requiere para su celebración de una solicitud a la autoridad ambiental ya sea por el Procurador General de la Nación o el Procurador para Asuntos Ambientales y Agrarios, por el Defensor del Pueblo, por el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por los Directores Generales de las demás autoridades ambientales, por los gobernadores, por los alcaldes o por lo menos cien (100) personas o tres (3) entidades sin ánimo de lucro; iii) que solamente podrá celebrarse a partir de la entrega de los estudios ambientales y/o documentos que se requieran y de la información adicional solicitada.

Sobre el particular, el Despacho encuentra que de la revisión preliminar de la licencia ambiental se evidencia que la Audiencia Pública Ambiental del Proyecto fue solicitada por la Procuraduría Judicial Agraria de Antioquia,

²³ Artículo 1°. “[...] Objeto. La audiencia pública ambiental tiene por objeto dar a conocer a las organizaciones sociales, comunidad en general, entidades públicas y privadas la solicitud de licencias, permisos o concesiones ambientales, o la existencia de un proyecto, obra o actividad, los impactos que este pueda generar o genere y las medidas de manejo propuestas o implementadas para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar dichos impactos; así como recibir opiniones, informaciones y documentos que aporte la comunidad y demás entidades públicas o privadas [...]”.

²⁴ Artículo 3°. “[...] Oportunidad. La celebración de una audiencia pública ambiental procederá en los siguientes casos: a) Con anticipación al acto que le ponga término a la actuación administrativa, bien sea para la expedición o modificación de la licencia ambiental o de los permisos que se requieran para el uso y/o, aprovechamiento de los recursos naturales renovables [...]”.

²⁵ Artículo 5°. “[...] Solicitud. La celebración de una audiencia pública ambiental puede ser solicitada por el Procurador General de la Nación o el Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, el Defensor del Pueblo, el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, los Directores Generales de las demás autoridades ambientales, los gobernadores, los alcaldes o por lo menos cien (100) personas o tres (3) entidades sin ánimo de lucro. La solicitud debe hacerse a la autoridad ambiental y contener el nombre e identificación de los solicitantes, el domicilio, la identificación del proyecto, obra o actividad respecto de la cual se solicita la celebración de la audiencia pública ambiental y la motivación de la misma. Durante el procedimiento para la expedición o modificación de una licencia, permiso o concesión ambiental, solamente podrá celebrarse la audiencia pública a partir de la entrega de los estudios ambientales y/o documentos que se requieran y de la información adicional solicitada [...]”.

programada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante Auto 3110 de octubre 16 de 2008, y se realizó el 19 de diciembre de 2008, esto es, con posterioridad a la entrega de los estudios ambientales, la cual se produjo mediante escrito radicado por la empresa el 15 de agosto de 2008.

Aunado a lo anterior y como bien lo anotó el apoderado del ANLA, se evidencia inicialmente que *“[...] de manera específica la participación de los actores sociales, entre ellos: once alcaldes municipales, el gobernador del departamento de Antioquia, el Gerente del Instituto de Desarrollo de Antioquia, CORANTIOQUIA y CORPOURABÁ, y setenta y nueve (79) ciudadanos inscritos previamente para hacer su respectiva intervención, de los cuales unos no se presentaron, quedando constancia de ello y otros cedieron su participación [...]”*.

En cuanto al Estudio de Impacto Ambiental – EIA – para centrales hidroeléctricas, el Despacho recuerda que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante Resolución 1280 de 30 de junio de 2006, estableció los términos de referencia genéricos para la elaboración de los mismos, los cuales fueron identificados con el código HE-TER-1-01.

Se pone de relieve que el artículo 13 del Decreto 1220 de 21 de abril de 2005, señaló que *“[...] los términos de referencia son los lineamientos generales que la autoridad ambiental señala para la elaboración y ejecución de los estudios ambientales que deben ser presentados ante la autoridad ambiental competente. Los estudios ambientales se elaborarán con base en los términos de referencia que sean expedidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [...]”*.

En este sentido, el solicitante de la licencia ambiental deberá utilizar los términos de referencia, de acuerdo con las condiciones específicas del proyecto, obra o actividad que pretende desarrollar.

No debe olvidarse que los estudios ambientales a que se hace referencia, son el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental.

Ahora bien, en los términos de referencia HE-TER-1-01 se estableció, entre otros elementos, que todo proyecto hidroeléctrico debe contener una caracterización del área de influencia del proyecto; demanda, uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales; evaluación ambiental; plan de manejo ambiental; y plan de seguimiento y monitoreo del proyecto.

Sobre el tema, el Despacho encuentra que, mediante Auto 432 de 6 de junio de 2001, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible declaró que el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, localizado en jurisdicción de los municipios de Ituango, Peque, Buriticá, Briceño, Toledo, Sabanalarga y Liborina, no requería Diagnóstico Ambiental de Alternativas.

Por lo anterior, se advierte que la empresa promotora de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., mediante escrito radicado con el número 4120-E1-127638 de fecha 3 de diciembre de 2007, cumplió con la normatividad al presentar el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, de acuerdo con los términos de referencia antes mencionados.

Igualmente, se tiene que una vez revisada y analizada la información allegada por la empresa y luego de la visita técnica de evaluación ambiental al Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, el Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales emitió el concepto

técnico 56 del 28 de enero de 2009, mediante el cual evaluó y aprobó el estudio en comento.

Posteriormente, en la Resolución 155 del 30 de enero de 2009 se acogió el anterior concepto técnico, en el cual, en lo atinente al caudal mínimo ecológico, a la afectación de hábitats y organismo y al manejo del aspecto socioeconómico, se dispuso:

“[...] ARTÍCULO NOVENO. - La Licencia Ambiental otorgada mediante el presente acto administrativo, sujeta al beneficiario de la misma al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, en el Plan de Manejo Ambiental a la normatividad vigente, así como al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1. En lo referente a Medidas de Manejo Ambiental

1.1. Llenado del Embalse

1.1.1. Etapa de llenado: El caudal que se debe garantizar desde la estructura de la presa sin operar la casa de máquinas deberá ser de 450 m³/s.

1.2. Operación:

1.2.1. Para la etapa de operación del proyecto y operando la casa de máquinas con descarga de caudales, los sistemas de descarga deberán garantizar un caudal mínimo de tal manera que sumado al caudal del río Ituango se mantenga una lámina de agua entre la presa y la casa de máquinas para permitir el tránsito de los peces entre el río Cauca y el río Ituango, ya que la cuenca de este último río fue como una de las zonas alternativas de migración y reproducción de los peces del río Cauca.

1.2.2. Para lo indicado en el numeral anterior, la Empresa deberá proponer los diseños y obras del río Cauca, (entre el sitio de presa, la descarga de casa de máquinas), garantizando un caudal superior a 21 m³/seg a través de la descarga

intermedia y el caudal del río Ituango de tal manera que permita mantener una calidad de agua adecuada y una lámina de agua permanente en este lugar.

1.2.3. La empresa en un plazo no mayor a un contado a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, deberá presentar los ajustes requeridos para el diseño y caudales de las obras indicadas los numerales 1.2.1. y 1.2.2. anteriormente indicados

1.3. Programa de Manejo de Hábitats y Organismos

1.3.1. De la educación ambiental, en el primer Informe de Cumplimiento Ambiental deberá allegar las temáticas a tratar, las técnicas a implementar, duración y sitios de realización de actividades y actas de asistencia de participantes.

1.3.2. Como parte del proyecto de rescate de fauna terrestre, **la Empresa deberá actualizar los inventarios de fauna** con base en información primaria e igualmente la información referente a usos de la misma.

1.3.3. **Para garantizar la protección de individuos de fauna silvestre, las vías deberán contar con una señalización adecuada en áreas en que han fragmentado ecosistemas o nichos de especies faunísticas** que obligue a la implementación de medidas orientadas a la reducción de la velocidad por parte de los conductores de vehículos y equipos que transiten por estas áreas.

1.3.4. **Se deberá dar prelación al paso de individuos de fauna por la vía:** Este aspecto debe ser profundamente detallado en las actividades de educación ambiental.

1.3.5. **Se deberán implementar las medidas de protección a fuentes de generación de alto voltaje,** dado que en otros proyectos hidroeléctricos se han reportado muertes a nivel de grupos faunísticos, por el ingreso de los animales en zonas con equipos que producen altos voltajes, como transformadores.

1.3.6. Con el fin de rescatar individuos atrapados por la inundación, se **debe contar con un programa de salvamento contingente, basado en la búsqueda de animales mediante patrullajes en el río.**

1.3.7. La Empresa deberá presentar en un plazo máximo de dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, un estudio ecológico preliminar de los sitios de reubicación de fauna, considerando oferta de hábitat, tipo de cobertura vegetal, determinar rutas de fuga y corredores biológicos, área y accesibilidad, análisis de la capacidad de carga de los ecosistemas que recibirán fauna.

1.3.8. La Empresa deberá presentar e implementar simultáneamente a las actividades de construcción, un programa de señalización de vías, que obligue a la reducción de velocidad por parte de los conductores de vehículos y equipos que transiten por estas área y a que se dé prelación al paso de individuos de fauna por la vía. Este aspecto debe ser profundamente detallado en las actividades de educación ambiental, impartido a conductores, por lo que se deberán presentaren los Informes de Cumplimiento Ambiental, las respectivas actas de los talleres realizados, donde se informe el personal participante., temáticas tratadas, tiempo de duración de los talleres, sitios de realización, y técnicas utilizadas en la capacitación.

1.3.9. Con el fin de garantizar el rescate de individuos de fauna terrestre atrapados por la inundación, la Empresa deberá diseñar e implementar un programa de salvamento contingente, basado en la búsqueda de animales en el río y por tierra en los bordes del embalse mediante patrullas, a fin de lograr el mayor número de avistamientos de fauna atrapada. El diseño de dicho programa deberá ser entregado a este Ministerio en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administraos, y su implementación deberá iniciar con las actividades de construcción, adecuación y llenado del embalse.

Para el Proyecto de Protección y Conservación de Hábitats Terrestres, la Empresa deberá adquirir 17.286,82 Ha localizadas en los ecosistemas bosque húmedo tropical (Bh-T) y bosque seco tropical (Bs- T). Esto involucra, la compra de predios en las cuencas del río Ituango y las quebradas Chiri, Santa María, Peque y Las Cuatro. Teniendo en cuenta que las cuencas de estas tres últimas quebradas corresponden con el territorio habitado por las poblaciones de Guacamaya verde oscura, estas deberán ser objeto de un proyecto de seguimiento y conservación.

1.3.11. **Para el Proyecto de Protección y Conservación de Hábitats Terrestres, se deberá incluir la cuenca del río Espíritu Santo, que hace parte del sistema del río Cauca, ya que esta se considera como zona alternativa para el desove de las especies de peces migratorios y que se verán afectados por la construcción de la presa.**

1.3.12. **Para el proyecto Rescate de Peces Durante el Llenado, se deberán establecer brigadas de rescate, que realicen inspecciones visuales para localizar los peces atrapados en charcas someras y en los sectores del río donde por efecto de la reducción del caudal, se puedan crear sitios de lecho seco, para proceder a su captura y traslado inmediato aguas abajo, donde se garantice su supervivencia.**

1.3.13. *La Empresa deberá constituir un Programa Manejo y Protección del Recurso Ictico y Pesquero, en las cuencas Baja y Media del Río Cauca.*

[...]

Como medida de compensación por la pérdida de 4.140,42 Ha de suelo que generarán las actividades de construcción de infraestructura y llenado del embalse, la Empresa deberá, implementar acciones de recuperación, manejo y conservación en 4.140,42 Ha. *Es necesario precisar que esta compensación es adicional, a la establecida por la afectación de la cobertura vegetal. Para esto, la Empresa deberá presentar a este Ministerio, en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, para evaluación y aprobación un Plan de compensación por la pérdida del recurso suelo.*

1.5. Desde el Punto de Vista Socioeconómico

1.5.1. **Deberá cumplir con las políticas y normas sociales para el manejo de los impactos por la construcción del Proyecto Hidroeléctrico, mediante la ejecución del Programa de Manejo del Medio Social y la implementación de estrategias que garanticen la participación ciudadana, los procesos de interlocución, el impulso a las veedurías ciudadanas y su representación, conjuntamente con las personerías municipales**

en los procesos de concertación de las comunidades y en los convenios interinstitucionales.

1.5.2. La Empresa deberá cumplir con estrategias de comunicación dirigidas a los diferentes actores sociales garantizando la participación y la socialización oportuna y veraz de las acciones y medidas de manejo que se llevarán a cabo. Se dará especial atención a los requerimientos y solicitudes de aquellas personas o grupos organizados que no comparten las medidas adoptadas por el proyecto con el fin de escuchar y atender conocimientos y visiones que puedan suministrar aportes para el proyecto todas las actividades planteadas serán realizadas oportunamente, con una periodicidad adecuada al desarrollo del proyecto y a las inquietudes que surjan entre los actores sociales por la ejecución de las obras y aplicación de las medidas de manejo, con la invitación previa a las personerías municipales correspondientes.

1.5.3. Deberá cumplir con la evaluación de los sitios viables para efectuar el reasentamiento, el diseño, la infraestructura básica de servicios, las estrategias para la recomposición de la trama de relaciones sociales y culturales de las poblaciones de Orobajo, Barbacoas, de las familias identificadas en los municipios de Ituango, Sabanalarga y San Andrés de Cuerquia y de las que puedan acogerse al proceso de reasentamiento

1.5.4. Deberá establecer los lineamientos de indemnización y acompañamiento social, económico y jurídico, para las familias que serán afectadas por la eliminación de la minería en el río Cauca o por la afectación de las fuentes de ingresos en particular de familias pertenecientes a los asentamientos de La Aurora, Remartín, Nohavá, Membrillal, Barrio el Carmelo "Colegurre" (Sabanalarga), Brugo, Puente de Pescadero (Toledo), Sector de Buenavista (Ituango), y Lomitas, sectores Bastilla, Guayabal y El Llanón (Peque), por la construcción del proyecto y que no es objeto de reasentamiento y desarrollo de un proceso de negociación transparente y equitativo.

1.5.5. Se acogen las medidas y/o procedimientos establecidos por la Empresa para la contratación de mano de obra, dando prioridad a los pobladores del área de influencia del proyecto que cumplan con los perfiles y requisitos

necesarios del cargo, limitando el número de empleos por familia, dando participación a un Comité Técnico para la preselección del personal, y la definición de las funciones y competencias de las partes en la contratación.

1.5.6. En el subproyecto de información y comunicaciones del Proyecto de Apoyo para el Manejo del Medio Social, deben incorporarse mecanismos de interlocución con las comunidades, como el establecimiento de lugares de recepción de quejas y reclamos relacionados con los hechos o con los efectos del proyecto que vulneren la integridad de las poblaciones en su seguridad social, psicológica, económica, cultural y ambiental, para lo cual debe realizarse el ajuste respectivo en la ficha correspondiente.

1.5.7. La Empresa, en el Subproyecto de Información y Comunicaciones, deberá realizar un proceso de socialización e información directa del proyecto en todos sus componentes para las autoridades y comunidades del área de influencia del proyecto, mediante estrategias de socialización que permitan asimilar los efectos del proyecto sobre la región y sobre cada municipio en particular, y comprender las medidas de manejo propuestas de tal manera que en dicha actividad se ejecute sobre los planes de manejo ambiental propuestos por la Empresa y se alcancen acuerdos que permitan ajustar los impactos negativos identificados y las medidas de manejo propuestas. El cual deberá presentarse en el primer informe de cumplimiento ambiental, mediante soportes documentales.

1.5.8. La Empresa deberá identificar, previamente las actividades productivas impactadas y a todas aquellas comunidades y personas cuyas actividades agrícolas, mineras, comerciales o pesqueras se vean afectadas, e incorporarlas en el subproyecto "Indemnización y restablecimiento de las condiciones de vida".

1.5.9. Dentro del Proyecto para el fortalecimiento institucional y apoyo a la gestión local, la Empresa buscará mecanismos de coordinación interinstitucional para hacer viables proyectos que permitan establecer la conectividad entre los centros poblados del área de influencia del proyecto, teniendo en cuenta las sugerencias formuladas por las autoridades municipales y con miras a fortalecer dinámicas económicas que

pueden activarse durante la etapa de operación del proyecto como el turismo.

1.5.10. Como parte del Proyecto para el Fortalecimiento Institucional y Apoyo a la Gestión Local, **la Empresa deberá incorporar una estrategia de coordinación interinstitucional transversal a todos los proyectos que serán desarrollados, tendiente a garantizar la efectividad de los objetivos y metas planteados, mediante acciones permanentes de identificación de la oferta institucional a nivel local, departamental, nacional e internacional para los componentes ambientales y sociales, el contacto con entidades oferentes de servicios y la realización de convenios de apoyo a las comunidades afectadas para el logro de un desarrollo sustentable.**

1.5.11. En el Subproyecto de Educación para la convivencia, **la Empresa deberá abordar los efectos ocasionados por la presión para la venta de terreno mediante una labor pedagógica con las autoridades municipales y con la población ubicada en el área de influencia, destinada a informar los beneficios del proyecto prevenir los efectos ocasionados por la presión migratoria con el objeto de fortalecer y proteger a la población afectada, para incentivar su permanencia en el territorio construido ancestralmente e integrarla a los proyectos de desarrollo económico durante la construcción y operación del proyecto hidroeléctrico.**

1.5.12. Dentro del subproyecto Emprendimientos Productivos del proyecto Fortalecimiento Institucional y Apoyo a la Gestión Local, **la Empresa dará prioridad a la formulación de un proyecto turístico con la participación de las comunidades afectadas y organizado de tal manera que éstas no se vean doblemente afectadas por el impacto de la actividad turística, en su propósito de dar apoyo al establecimiento y fortalecimiento de otros emprendimientos económicos de comercio y servicios**

1.5.13. **La Empresa deberá desarrollar un proceso de información para las personas que se verán afectadas con el fin de esclarecer las medidas de manejo que se llevarán a cabo para mitigar, compensar, corregir e indemnizar por la afectación de sus predios y de su modo de vida.**

1.5.14. La Empresa deberá articular acciones de apoyo con las autoridades territoriales en los programas que emprendan para la prevención y control de situaciones que puedan presentarse en cuanto a fenómenos de descomposición social [...] (negritas fuera de texto).

En este orden de ideas, el Despacho evidencia que se han dispuesto medidas para mitigar los riesgos socioeconómicos derivados del desplazamiento de la población afectada por el proyecto, su integración a los proyectos de desarrollo económico e, incluso, el reasentamiento de las personas afectadas, el diseño, la infraestructura básica de servicios, y la recomposición de relaciones sociales y culturales, entre otras actividades.

Asimismo se han previsto medidas dirigidas a garantizar un caudal mínimo, de tal manera que se mantenga una lámina de agua para permitir el tránsito de los peces entre el río Cauca y el río Ituango, ya que la cuenca de este último río fue una de las zonas alternativas de migración y reproducción de los peces del río Cauca.

Para el desarrollo del proceso se establecieron actividades para la protección y conservación de hábitats terrestres y acuáticos, para la compensación por la pérdida de suelo y se dispusieron acciones para garantizar la participación y la socialización oportuna y veraz de las medidas de manejo que se llevarán a cabo, protección de la población ancestral.

Así las cosas, el Despacho advierte que si bien es cierto que con el proyecto se van a realizar obras que impactan las condiciones ambientales de la zona, también lo es que tal situación fue prevista no sólo en los términos de referencia para los proyectos hidroeléctricos, sino también en los estudios de impacto medio ambiental realizados para el proyecto en estudio, así como

en las medidas de mitigación aprobadas en la misma licencia ambiental, circunstancias que de una primera lectura no evidencian un desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente.

No debe olvidarse que el artículo 80 de la Constitución Política señala que el Estado debe planificar “[...] *el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución [...]*”. Así mismo, dispone que le corresponde “[...] *prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental [...]*”.

Por su parte, el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, establece que la licencia ambiental se requieren para “[...] *la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje [...]*” (negrillas fuera de texto).

Bien lo consideró el apoderado de la ANLA cuando recordó que la Corte Constitucional en sentencia C-746 de 2012, al pronunciarse sobre las licencias ambientales de proyectos que afectan el medio ambiente sostuvo que “[...] ***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. 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. [...]*** La finalidad de la licencia ambiental no es otra que la protección de los derechos individuales y colectivos, mediante el ejercicio oportuno del control estatal [...] Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de

*prevenir y controlar el deterioro ambiental, es el establecimiento de estudios ambientales previos que permitan a la autoridad 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 [...]***” (negrillas fuera de texto).

En este contexto, el hecho de que la licencia ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango comporta posibles impactos ambientales a la zona de influencia de conformidad con los estudios de impacto ambiental evaluados y aprobados por la autoridad ambiental, no permite concluir, *per se*, que la resolución que la contiene se encuentra viciada en su validez y, por ende, la misma es contraria a las disposiciones que regulan la materia.

Debe recordarse que para que se declare la nulidad de los actos administrativos resulta necesario que se acredite la procedencia de algunas de las seis (6) causales establecidas en el artículo 137 del CPACA, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, lo cual, en el *sub lite*, sólo podrá ser evidenciado en una etapa posterior del proceso, cuando se recaude todo el material probatorio y una vez los demandados e intervinientes presentes sus argumentos garantizando el derecho fundamental al debido proceso.

Finalmente, el Despacho no desconoce el hecho notorio consistente en la emergencia nacional que atraviesa el proyecto como consecuencia de los

taponamientos de los túneles que desvian el agua del cauce del río y el desprendimiento de parte de la montaña que soporta la estructura principal de la presa, no obstante considera que, como se precisó líneas atrás, el control de legalidad del acto administrativo que contiene la licencia ambiental se realiza de acuerdo con las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición.

II.5. Decisión

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho considera que si bien es cierto que los argumentos plasmados en el escrito de medida cautelar evidencian la inconformidad de la parte actora respecto de las “[...] *actividades derivadas de la licencia ambiental del megaproyecto [...]*” y no frente a la legalidad de la Resolución 155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, también lo es que de un estudio preliminar oficioso no se observa que la licencia ambiental se hubiera expedido con desconocimiento del ordenamiento jurídico.

Cabe advertir que el anterior razonamiento no constituye un prejuzgamiento, por cuanto la decisión parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión de fondo, como se anotó líneas atrás.

Ahora bien, lo anterior tampoco impide para que el juez, con posterioridad, de acuerdo con las facultades que le otorga el artículo 229 del CPACA²⁶, en el evento en que lo considere necesario decrete una medida cautelar, esto es,

²⁶ Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 229. “[...] *Procedencia de medidas cautelares. [...] Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio [...]*”.

cuando con los nuevos elementos de juicio se desprenda la flagrante irregularidad o contradicción de la licencia ambiental con el ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición.

Para los fines anteriores, dando cumplimiento al deber consagrado en el artículo 42, numeral 4º del Código General del Proceso – CGP²⁷ y en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 213 del CPACA²⁸, el Despacho estima procedente emplear los poderes que el ordenamiento jurídico le otorga en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados, máxime cuando se trata de un proceso en el cual se discute la legalidad de un acto administrativo ambiental de carácter general. En este sentido se ordenará que por Secretaría se oficie a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA para que remita con destino a este proceso, en medio magnético, los siguientes documentos:

- Copia de la solicitud presentada por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.
- Certificación en la cual conste que el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango no requería Diagnóstico Ambiental de Alternativas.

²⁷ Ley 1564 de 2012. CGP. Artículo 42 “[...] Deberes del juez. Son deberes del juez: [...] 4. Emplear los poderes en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes [...]”.

²⁸ Ley 1437 de 2011. CPACA. Artículo 213. “[...] Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad [...]”.

- Copia de la Resolución 1280 de 30 de junio de 2006, mediante la cual se establecieron los términos de referencia genéricos para proyectos hidroeléctricos, identificados con el código HE-TER-1-01.

- Copia del Estudio de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo Ambiental presentados por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Copia de los Estudios y Evaluaciones de Referencia que se elaboraron como base para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Copia de la caracterización de la zona de construcción e influencia del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, presentados por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental.

- Certificación de cumplimiento técnico y normativo de los estudios geológicos y geotécnicos que soportaron la solución de ingeniería para la presa y su entorno, presentados por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Certificación de cumplimiento técnico y normativo de los estudios hidráulicos e hidrológicos y demás análisis de ingeniería que soportaron el dimensionamiento y estructuración del proyecto, presentados por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Copia del Concepto Técnico 56 del 28 de enero de 2009 expedido por el Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales mediante el cual se evaluó y se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental presentado por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P.

- Certificación en la cual se informe la existencia de organizaciones de base o consejos comunitarios; comunidades negras, afrodescendientes, minorías étnicas y culturales en el área del proyecto.

- Copia del Plan de Inversión Forzosa presentado por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Copia del Auto 157 de 30 de enero de 2009, mediante el cual se declaró reunida la información en relación con la solicitud presentada por la sociedad Promotora Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para el otorgamiento de Licencia Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Certificación y soportes de la realización de la Audiencia Pública Ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango en especial, el trámite de convocatoria, la fecha de realización, la disponibilidad de los estudios de impacto ambiental, su desarrollo, los participantes e intervinientes y su terminación. Anexar copia de l

- Copia de la Resolución 0155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, por medio de las cuales se otorgó licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

- Copia de los procesos sancionatorios adelantados en el marco del Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 0155 del 30 de enero de 2009 y sus modificatorias, por medio de las cuales se otorgó licencia ambiental para el Proyecto Central Hidroeléctrica Ituango, expedidas por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Por Secretaría **OFICIAR** a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, para que remita con destino a este proceso, en medio magnético, los documentos relacionados en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, se **CONCEDE** a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA el término de diez (10) días para que se remita la información solicitada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado