

POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE APELACION

EL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RÍOS NEGRO Y NARE "CORNARE",

En uso de sus atribuciones legales, estatutarias, funcionales y

CONSIDERANDO

Que la Corporación Autónoma Regional de la Cuencas de los Ríos Negro y Nare, "CORNARE", le fue asignado el manejo, administración y fomento de los recursos naturales renovables dentro del territorio de su jurisdicción.

Que la ley 99 de 1993, dispone que las Corporaciones Autónomas regionales ejercerán funciones de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, y por lo tanto, podrán imponer y ejecutar medidas de policía y las sanciones previstas en la ley en caso de violación de las normas sobre protección ambiental y manejo de los recursos naturales renovables.

ANTECEDENTES

Que mediante Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015, se resolvió en el siguiente sentido el recurso de reposición presentado por el señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES**, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 711333137, contra la Resolución 112-3693 del 10 de agosto del 2015:

"ARTICULO PRIMERO: EXONERAR al señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES** del cargo primero formulado en el Auto con radicado 112-0910 del 24 de octubre del 2014, de acuerdo a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia y declarándolo responsable de los cargos Segundo y tercero, por encontrarse probada su responsabilidad en la comisión de los hechos por los cuales se formularon.

ARTICULO SEGUNDO: REPONER parcialmente el Artículo primero de la RESOLUCION con radicado 112-3693 del 10 de agosto del 2015, el cual quedará así:

"ARTICULO PRIMERO: DECLARAR RESPONSABLE al señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES** identificado con Cedula de Ciudadanía No. 711333137, de los cargos SEGUNDO y TERCERO formulados en el Auto con radicado 112-0910 del 24 de octubre del 2014 por encontrarse probada su responsabilidad por infracción a la normatividad ambiental daño y afectación de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente actuación administrativa"

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se **MODIFICA** el Artículo segundo de la RESOLUCION con radicado 112-3693 del 10 de agosto del 2015, el cual quedará así:

"ARTICULO SEGUNDO: IMPONER al señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES** una sanción consistente en multa por un valor de **OCHO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTI DOS MIL OCHO PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$8.422.008,89) M.L.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente actuación administrativa

PARAGRAFO: El señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES** deberá consignar el valor de la multa impuesta mediante la presente actuación Administrativa, en la cuenta BANCOLOMBIA corriente 02418184807 con código de convenio 5767 a nombre de Cornare"

Gestión Ambiental, social, participativa y transparente

ARTÍCULO CUARTO: Conceder el recurso de apelación ante el director General y dar traslado a esta instancia para que proceda a resolver el recurso subsidiario de apelación con radicado 131-3841 del 03 de septiembre de 2015, interpuesto por el señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES**.

ARTÍCULO QUINTO: INFORMAR que el resto de la parte resolutive de la **RESOLUCION** con radicado 112-3693 del 10 de agosto del 2015 queda tal cual aparece en esta.

SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

El señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES** estando dentro del término legal, mediante escrito con Radicado 131-3841 del 3 de septiembre del 2015 presenta recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra la Resolución 112-3693 del 10 de agosto del 2015, con base en lo siguiente:

"La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare "CORNARE" mediante la Resolución número 112 3693 del 10 de agosto de 2015 (en adelante la "Resolución"), me declara responsable por los cargos formulados en el Auto con Radicado 112-0910 del 24 de octubre de 2014, así

a) "Cargo primero: Eliminación de bosque natural secundario en sucesión en un área de 1.400m2 en predio identificado con matrícula inmobiliaria 020-1664 de la oficina de registros de instrumentos públicos de Rionegro en contraposición a lo contenido en los artículos 21 y 23 del Decreto 1791 de 1996"

b) "Cargo segundo: Aportar sedimentos al nacimiento del cual se abastece el acueducto de la Vereda El Tablazo ACUATABLAZO en el predio identificado con matrícula inmobiliaria 020-1664 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Rionegro, perdió ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, en contraposición al Decreto 2811 de 1974 en su artículo 8 literales a y e"

c) "Incumplimiento a lo establecido en el Acuerdo 265 de 2011 de CORNARE, ya que la capa vegetal y/o ceniza volcánica en el predio identificado con matrícula inmobiliaria 020-1664 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Rionegro, predio ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, perdió ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, no se aisló de tal forma que pudiera ser utilizada posteriormente en procesos de revegetalización, paisajismo, protección de taludes y el control de procesos erosivos, el talud de lleno posee una altura superior a 3.0m, sin contar con estudios geotécnicos que señalan medidas de estabilidad, compensación y mitigación necesarias dentro del predio, para la inclinación de los taludes se debe tener en cuenta el ángulo de razonamiento interno del suelo y el talud de lleno no se protegió con elementos impermeables a fin de evitar proceso erosivos y el arrastre de sedimentos" "

Con base en los cargos señalados previamente, a continuación me permito manifestar los motivos de inconformidad con la Resolución, así:

1. Falsa motivación en el cargo de tala de bosque secundario

CORNARE demuestra una falsa motivación de su Resolución, por cuanto no se compadece con la realidad lo esgrimido por esta entidad, además de que inobservó que la presunción de culpa en materia ambiental admite prueba en contrario, siendo visibles estas vulneraciones en el acápite de la valoración de las pruebas, pues no hubo una evaluación integral de todas las pruebas oportunamente allegadas a este proceso, por lo que CORNARE no ha logrado demostrar la culpabilidad en la tala del bosque secundario indicado en la resolución de formulación de cargos.

En línea con lo anterior, CORNARE no establece de manera clara el nexo causal entre la realización del movimiento de tierra y la infracción de los artículos 21 y 23 del Decreto 1791 de 1996, toda vez que en primer lugar no se prueba la existencia del recurso natural vulnerado, es decir la existencia de un bosque secundario, y que como consecuencia del movimiento de tierras éste fuera talado, para el efecto recuento la pruebas sobre las cuales CORNARE ni siquiera se pronunció, así: (i) CORNARE no valoró las fotografías aportadas de Google Earth, de fechas 10/2010 y 9/2011, que son anteriores al inicio de cualquier construcción en el predio, en tales imágenes es posible identificar plenamente el área que se había delimitado como de la comisión de la supuesta infracción, desde la primera visita de CORNARE, es no boscosa, y es distinta de la zona donde inicia el bosque del predio. (ii) CORNARE desechó mi testimonio en cuanto a indicar que en las imágenes de Google Earth de finales de 2013 aparece más verdoso porque he re-vegetalizado la zona, siendo una conducta opuesta a la de eliminar un bosque. (iii) CORNARE no valoró los levantamientos topográficos hecho antes y después del movimiento de tierra

que supuestamente ocasiono la tala del bosque secundario, y en los cuales es posible constatar la inmutabilidad de la zona boscosa.

Ahora bien, CORNARE se basa únicamente en los testimonios de los señores José Humberto Duque Cañas y Germán de los Dolores Uribe Correa, para probar la comisión de la infracción ambiental, porque manifestaron la eliminación de "maleza y helechos" en la construcción, y que esto por si sólo demuestra la

eliminación de un "bosque natural secundario en sucesión temprana", cuando ni siquiera CORNARE había constatado que esa maleza y helechos fuera un bosque, pues su informe sólo se basó en imágenes satélites de la herramienta Google Earth de diciembre de 2013, tomadas a gran distancia de la tierra, en la cuales es imposible distinguir si ese era realmente un bosque en sucesión temprana, además, debe observarse que con mi testimonio, las imágenes y el levantamiento topográfico se logró demostrar que no hubo tal eliminación de bosque. A más de lo anterior, la zona a la que se refieren los testimonios de los señores Duque y Uribe no corresponde a la zona que en el cargo primero se me imputó haber talado bosque natural, pues mientras esta zona (la referenciada en el cargo) se refiere a las adyacencias de la zona boscosa, la referenciada por los señores Uribe y Duque se refiere a la zona donde se construyó la casa, que no es la señalada en el cargo, y donde no había un bosque, ni su existencia fue nunca demostrada.

En línea con lo anterior, se observa cómo CORNARE no se ocupa de indicar de manera específica cuál es la zona de bosque eliminada, expresando que para una persona del común (lego en materia forestal, por lo que no son testigo técnicos) puede una "grama muy alta" o "ramas viejas y caídas de los árboles circundantes" no es la verdadera prueba "técnica" de la existencia de un bosque. Además CORNARE parte de la presunción de culpa, sin admitir que las pruebas no establecen la existencia de todo un bosque en sucesión al momento de iniciar el movimiento de tierras, pues si se analiza lo dicho en los testimonios se encuentra que no hablan de la pérdida del bosque georreferenciado por CORNARE, sino más bien de la "zona de la explanada", "alrededores", "al lado de la vía", a pesar de lo cual para CORNARE tales testimonios son concluyentes de que una zona de 1.400 m² adyacentes a la zona boscosa desapareció por cuenta de un movimiento de tierras.

2. Falta de motivación en el cargo de aporte de sedimento a fuentes hídricas CORNARE determina mi culpabilidad en una Resolución que carece de motivación en lo que a este aspecto se refiere, por cuanto en el trámite de la imposición de sanciones por la comisión de la infracción ambiental del artículo 8 literales a) y e) del Decreto 2811 de 1974, fundamenta la imposición de una sanción, en una supuesta aceptación implícita en la "contaminación" de las fuentes hídricas (identificadas por mi como No.1 y No.2), por el hecho de que se tomaran medidas de mitigación sobre las machas de sedimentación que aparecieron en los cuerpos de aguas, pero sin que lograra descartar: (i) la fuerza mayor o el caso fortuito por el hecho de ser una época de lluvias, igualmente la influencia de las pendientes en todos los terrenos de esa zona; (ii) que fuera una (1) sola de las dieciocho (18) fuentes hídricas que abastecen el acueducto, la causantes de la "contaminación" del recurso hídrico ocasionando una turbiedad del acueducto en un 70%, sin que ninguna medición técnica lo constatará, sólo fue suficiente la estimación (no técnica) del señor Miguel Antonio Martínez Arias rendida en su testimonio. Además, tal afirmación se encuentra descontextualizada porque el mismo testigo afirma que hubo una época de lluvias y la existencia de otros cuerpos de agua pertenecientes a la microcuenca, así:

"... Total que al día de hoy no existe ningún problema de tipo ambiental que tenga que ver con la propiedad del Dr. Federico...

La última vez que hicimos un aforo del caudal a la altura de la bocatoma, estaba en 37 litros por segundo, es un conjunto de nacimientos que conforman la microcuenca el Estoraque, de los cuales el acueducto tiene concesionados 12 litros por segundo, con esos litros estamos abasteciendo una comunidad de aproximadamente unos 2.000 habitantes...

...ese fin de semana varios de los aguaceros se presentaron a altas horas de la noche, donde ya para esa persona era un poco complicado ir hasta la bocatoma a cerrar la válvula...

...ese nacimiento específicamente puede oscilar entre 1.5 y 3 litros por segundo, pero en condiciones climáticas con alta precipitación de lluvia hemos observado por experiencia de seguimiento en la fuente el Estoraque, que ese caudal puede aumentar hasta en un 1000% estaríamos hablando de 30 litros por segundo..."

"Frente a este testimonio, conviene reiterar lo señalado en mi escrito de descargos, en cuanto a que es fáctica y físicamente imposible que un cuerpo que contribuye en un 5% al caudal del acueducto pueda participar en una contaminación del 70% del caudal total del mismo.

Hago énfasis en ello por cuanto en la dosificación de la sanción, y concretamente, en cuanto a la valoración de la intensidad de daño, dada la imposibilidad de medir la contaminación en el agua que se toma para consumo, y el

99%, pues el aporte de sedimentos al nacimiento que abastece el acueducto ACUATABLAZO, incide en una escala alta en el área de protección hídrica".

Realmente, en todo el expediente no hay una prueba que permita establecer una incidencia de tal magnitud, diferente del dicho del testigo Gómez, que no es un perito en esta materia, y que ciertamente no midió técnicamente tal incidencia, la cual es imposible, por contribuir el nacimiento en tan solo un 5% al caudal total de la cuenca que surte el acueducto (dado que son 18 los nacimientos que la alimentan, y no solo el nacimiento en comento), a más de haber concurrido muchas concausas.

Finalmente, (iii) que el hecho de un tercero, como fuera la falta de cierre de las bocatomas, que es un procedimiento que tiene establecido de tiempo atrás el Acueducto, precisamente porque en épocas lluviosas se ocasionan turbiedades del agua, ocasionara la sedimentación.

Por lo dicho hasta este punto, CORNARE no logró demostrar el nexo causal entre la sedimentación de las fuentes hídricas y las obras de construcción de la edificación, por lo que incumplió la carga de demostrar la culpabilidad en la comisión de la supuesta infracción ambiental, y desvirtuar las causales eximentes de responsabilidad probadas.

Y si, en gracia de discusión, se fuera a tomar como probado ese nexo causal, la imputación del mismo a título de dolo o culpa, que es cierto que se presume, ha quedado desvirtuada.

En efecto, como lo indica la misma resolución en el acápite de "Consideraciones Finales",

"... en el procedimiento sancionatorio ambiental se presume la culpa o el dolo del infractor y en consecuencia si éste no desvirtúa dichas presunciones será sancionado. Lo cual significa que no se establece una "presunción de responsabilidad" sino una presunción de "culpa" o "dolo" del infractor Ambiental; por lo que le corresponde al presunto infractor probar que actuó en forma diligente o prudente y sin el ánimo de infringir las disposiciones generadoras de prohibiciones, condiciones y obligaciones ambientales (...).

Es claro entonces (y lo es también para CORNARE) que un eximente de responsabilidad consiste en desvirtuar la presunción de culpa o dolo a cuyo título debe resultar imputable el nexo causal.

En este punto es preciso mencionar que está acreditado que no obré en manera alguna con dolo o intención de contaminar un nacimiento, pues está acreditado que no conocía de su existencia, ni la misma había sido siquiera referenciada en la cartografía oficial, ni en el permiso de movimiento de tierra, ni en su anexo técnico. Y en cuanto a la culpa, como bien lo dice la Corporación en este punto, la misma se desvirtúa probando que se actuó en forma diligente o prudente y sin el ánimo de infringir las disposiciones generadoras de prohibiciones, condiciones y obligaciones ambientales.

Pues bien, quisiera reiterar que es un comportamiento diligente respetar las zonas de protección delimitadas en los documentos oficiales, y en los particulares aplicables a la obra de construcción y al movimiento de tierra, en ninguno de los cuales se establecía siquiera la existencia del nacimiento del que se viene hablando, pues ya ha quedado establecido y demostrado que el único nacimiento y fuente hídrica referenciada era el que en el escrito de descargos y en los alegatos se denominó como "Fuente Hídrica No. 2", que no era el nacimiento en el cual se encontraron los sedimentos.

No puede calificarse de negligente o imprudente no conocer un nacimiento que no está georreferenciado por el municipio, ni cuya existencia esté referenciada en la documentación oficial de MASORA, y menos aún cuando el nacimiento no es visible por estar en el interior de una tupida zona boscosa, que no ha sido intervenida nunca, y a la cual no he penetrado yo nunca. Un grado de diligencia normal y adecuado no puede suponer que el particular conozca lo que no conoce la autoridad, y que además no es visible, razón por la cual mi obrar si fue diligente, y terminó de serlo cuando, al conocer de la turbiedad, y se me solicitara (incluso antes del informe técnico) la implementación de ciertas medidas, yo las acometi sin tardanza.

Eso no es una aceptación implícita de mi culpa, como lo ha sostenido CORNARE, sino mi obrar diligente. El hecho de que yo quiera mitigar una situación no significa que acepte que la misma se produjo por mi culpa.

Por otra parte, CORNARE tampoco demuestra, ni mucho menos establece el daño ambiental ocasionado en la fuente hídrica identificada como No. 1, teniéndose como daño ambiental aquel "daño grave e irreversible (...) impacto negativo en el ambiente que no es susceptible de ser enmendado ni atenuado", además de que incumple con determinar la prueba técnica el daño, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 23 de 1973. Por lo tanto y sin perjuicio de lo anterior, CORNARE desconoce que no toda

intervención al ambiente genera una responsabilidad personal que amerita sanción, y el hecho de que exista un ánimo de mitigación como muestra del compromiso que le cabe a cualquier ciudadano, no constituye una presunción legal del reconocimiento de la responsabilidad y por ende de la culpabilidad.

Además, CORNARE falta a la motivación debida en la Resolución recurrida, por cuanto tampoco se pronuncia ni valora el hecho de que la fuente hídrica No. 1, a pesar de no estar georreferenciada, ni tenida en cuenta como área de protección especial, se pudiera probar la intervención u obra que pudiera afectarla causando las manchas de sedimentación, por lo tanto insisto en los siguientes argumentos y pruebas, así:

"(.) resulta relevante mencionar que se encuentra acreditado en el expediente que el proceso de construcción, se adecuó a las exigencias de las autoridades de planeación, dentro de las que cabe destacar la licencia de construcción, y el permiso de movimiento de tierras. En dicho actos, y en concreto en el informe técnico anexo al permiso de movimiento de tierra (ver folio 13 del expediente), se referenció un nacimiento de agua ubicado por fuera de mi predio con un área de protección hídrica, diferentes al cuerpo hídrico donde se encontraron las manchas de sedimentos. Ese nacimiento y área de protección hídrica referenciados en los permisos son los que en el expediente se identificaron con las coordenadas X2, Y2, Z2 (páginas 2, 3, 5 y 6 del auto). (En adelante **"fuente hídrica No. 2"**), y son los únicos que están marcados, en cuanto a mi predio, tanto en la cartografía del municipio de Rionegro (la cual es de consulta pública, y está resaltada en color verde en la foto que se aporta como Anexo 1), como en el plan de ordenamiento territorial.

Por lo dicho, es claro que la fuente hídrica No.2 fue el único nacimiento, y área de protección acuática que se me ordenó respetar y proteger en el concepto de viabilidad técnica para movimientos de tierra en el inmueble, y que hace parte del expediente (folio 13). (...).

La fuente hídrica No.2, que es objeto de protección dentro de las indicaciones de las autoridades, específicamente en relación con el nacimiento de agua, se estableció como de 100 mts a la redonda, y como lo señalara antes, está Delimitada n color verde en la foto de la cartografía oficial aportada como Anexo 1.

Ahora bien, CORNARE identifica expresamente en el auto de pliego de cargos que la fuente de agua donde se observó alguna sedimentación (manchas de sedimento - limo), no es la correspondiente a la Fuente hídrica No. 2, que es la fuente de agua oficialmente reconocida por las autoridades competentes para hacerlo, sino que es la fuente hídrica No. 1 que, como se dijera, no está referenciada ni en la documentación legal del predio y de la construcción, ni el cartografía oficial del municipio, ni en su plan de ordenamiento territorial.

Además, según lo dicho por el ingeniero Germán de los Dolores Uribe Correa, frente a la pregunta "¿usted conocía de la existencia del único nacimiento que se encuentra en el predio y que en el expediente se conoce como fuente hídrica N°1? ... No, porque ni es visible, ni me la entregó el municipio en los planos, ni en las normas, ni estaba enterado, ni nadie me informó..." Resulta ser que es claro que el nacimiento que presentaba las manchas no es visible por estar en el interior de una tupida zona boscosa a la que no se accede con facilidad, lo cual constituye un elemento de hecho que debe ser tenido en cuenta, en la medida que por esa razón, (y por no estar referenciado en las normas del predio) no se sabía de ese nacimiento, ni mucho menos, de que surtiera al acueducto ACUATABLAZO.

3. Falta de motivación en el cargo de la capa vegetal y/o ceniza volcánica fue aislada en debida forma.

CORNARE no logró demostrar ni la culpabilidad, ni el daño ambiental ocasionado por los siguientes incumplimientos: (i) el talud del lleno posee una altura superior a 3.0 m sin contar con estudios geotécnicos que señalan medidas de estabilidad, compensación y mitigación necesaria dentro del predio para la inclinación de taludes se debe tener en cuenta el ángulo de rozamiento interno del suelo, y, (ii) El talud de lleno no se protegió con elementos impermeabilizantes a fin de evitar procesos erosivos y arrastre de sedimentos.

En la valoración de este cargo CORNARE indica que no se aportó el plan de acción ambiental para ejecución de procesos urbanísticos y constructivos, siendo que esta no fue una exigencia de la autoridad de planeación, y además, sin demostrar que por cuenta de esta obligación se hubiera configurado la infracción ambiental. Además, no se circunscribe al cargo imputado, pues nunca se cuestionó este hecho por parte de CORNARE.

Gestión Ambiental, social, participativa y transparente

Por otra parte, para la determinación de la culpabilidad en materia ambiental, debe establecerse consecuentemente, por parte de CORNARE, el daño sufrido por el medio ambiente en exceso de aquellos límites permitidos por la Ley, por lo que al imponer una sanción basada solamente en cumplimiento o no de estos requisitos, sin siquiera demostrar un daño ambiental derivado de ellos, excede su facultad sancionatoria. En consecuencia, insisto en la siguiente argumentación:

"En relación con la primera de las infracciones, esto es, el incumplimiento a lo establecido en el acuerdo 265 de 2011 sobre el no aislamiento de la capa vegetal y/o ceniza volcánica de forma que pudiera ser utilizada posteriormente en procesos de revegetalización, paisajismo, protección de taludes y el control de procesos erosivos, debo mencionar que no es cierto que la capa vegetal no se hubiera aislado de forma que pudiera utilizarse posteriormente en proceso de revegetalización y demás indicados.

(...)

Además, esto también quedó demostrado con las fotos que aporte como Anexo 6 del documento de los alegatos. Y así mismo, con ella fue cubierto el movimiento de tierra, tal y como se aprecia en las fotos que aporte como Anexo 7 del documento de los alegatos.

En relación con el segundo de los temas, esto es, que el talud del lleno posee una altura superior a 3.0 m sin contar con estudios geotécnicos que señalan medidas de estabilidad, compensación y mitigación necesaria dentro del predio, adjunto los análisis de estabilidad del talud natural (terreno original) de febrero de 2014, y el análisis de estabilidad final del terreno con la construcción y el movimiento de tierra, de octubre de 2014, elaborados por el Ingeniero John Jairo Botero Muñoz, Ingeniero Civil con especialización en Geotecnia, y 30 años de experiencia, los cuales dan cuenta del cumplimiento de las exigencias del Acuerdo 265 de CORNARE, y que fueron aportados como Anexo 8 del documento de descargos. Adicionalmente, el ingeniero en su testimonio señaló:

"...en un documento adjunto presento el análisis de estabilidad de los taludes caracterizados como los más representativos arrojando unos valores en el factor de seguridad por encima de 1.8 lo cual a la luz de la ingeniería geotécnica a nivel mundial se caracteriza como taludes estables máxime que su valor es mucho mayor que 1.

Los estudios aportados en el anexo 8 del documento de los descargos, también dan cuenta del ángulo de rozamiento del suelo, en los términos del acuerdo 265 de 2011.

Lo anterior, fue también confirmado en su declaración el ingeniero John Jairo Botero Muñoz en su declaración, en los siguientes términos:

"...En el informe anexo N°8 se presenta como ángulo de rozamiento interno el valor de 27° el cual en el programa de estabilidad arrojó los valores de estabilidad anteriormente mencionados..."

En cuanto a que el talud de lleno no se protegió con elementos impermeabilizantes, la realidad es que cuando se efectuó la visita técnica se estaba en el proceso de engramar los taludes. Al no estar reportada la fuente hídrica No. 1, ni pesar en relación con ella una obligación de conservación, como lo explicáramos al tratar del cargo segundo, no se le había dado prioridad a la grama de esos taludes, sino que se venía poniendo grama los taludes del perímetro externo del lote (el que linda con la carretera de acceso). Sin embargo, con posterioridad a la visita, y a solicitud de CORNARE, se procedió de inmediato a la postura de grama de todos los taludes, medida que se tiene concluida a la fecha. Lo anterior, fue debidamente probado conforme con el testimonio rendido por el ingeniero Germán de los Dolores Uribe Correa (...)"

Obsérvese que ni siquiera fueron valoradas, así fuera para descartarlas como prueba, las fotografías de los anexos 6 y 7 de mi escrito de descargos, donde se prueba que la capa vegetal sí fue dispuesta de modo que pudiera reutilizarse después del movimiento de tierra, y se prueba su efectivo reuso.

4. Improcedencia de la sanción

Teniendo en cuenta todo lo argumentado hasta este punto, resulta claro que CORNARE inobserva que la presunción de culpabilidad no exonera esta entidad de probar la ocurrencia de la infracción, y así lo entiende la Corte Constitucional en su Sentencia C-742/10, así:

"Cuando una presunción de culpa o dolo en materia administrativa sancionatoria es razonable y proporcionada, no desconoce el principio de presunción de inocencia; implica simplemente una

disminución de la carga probatoria en cabeza del Estado -no una exoneración absoluta, pues el Estado conserva el deber de probar la ocurrencia de la infracción.

(...)

En el caso concreto, en la sentencia C-595 de 2010, la Corte precisó que la Ley 1333 no crea un régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental en estricto sentido, sino un régimen de responsabilidad subjetiva en el que se presume la culpa o dolo del infractor, presunción que puede ser desvirtuada a través de cualquier medio de prueba admitido por la normativa vigente. Al respecto se manifestó:

"Todo lo anterior permite a la Corte afirmar que los párrafos acusados mantienen una responsabilidad de carácter subjetiva conforme a unas características especiales, particularmente porque los elementos de la culpa y el dolo siguen presentes por disposición del legislador, además de otros factores que la diferencian de la responsabilidad objetiva, esto es, la no necesaria presentación del daño -sólo incumplimiento de la ley- y finalmente la existencia de otras causales que exculpan el presunto infractor."

Solicitud

Con fundamento en las razones y consideraciones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito que se revoque la Resolución, y en consecuencia se archive el expediente del proceso sancionatorio ambiental que cursa en mi contra.

CONSIDERACIONES GENERALES

Es necesario señalar que el recurso de apelación es un medio de impugnación, a través del cual se pide que se revoque una providencia de una autoridad judicial o administrativa, este recurso a diferencia de la reposición no lo resuelve el mismo funcionario que emitió la decisión, sino su superior jerárquico, a través de este recurso éste conoce el proceso y una vez estudiado puede tomar la posición de confirmar el fallo o el auto dependiendo el caso, adicionarlo o revocarlo.

Que para que se pueda proponer el recurso de apelación, el acto administrativo que tomó la decisión deberá expresar los recursos que proceden contra éste y el término legal dentro del cual deberá ser presentando, tal como quedó consagrado en el artículo cuarto de la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015.

Que en nuestra legislación existe un importante mecanismo de protección del medio ambiente, en cuanto otorga a los Entes públicos responsables del control Ambiental, la facultad de tomar medidas e imponer las sanciones que consideren pertinentes, y así cumplir con el precepto constitucional y legal de hacer prevalecer el interés general sobre el particular que debe regir dentro de nuestro estado social de derecho.

Gestión Ambiental, social, participativa y transparente

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que la Constitución Nacional consagra en su artículo 29 "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso

En concordancia con las consideraciones de la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-538 de 1994 según las cuales "El debido proceso y el acceso a la justicia son derechos fundamentales que obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione). Si bien los derechos mencionados no se vulneran cuando se inadmite un recurso o acción por no concurrir los presupuestos legales para su aceptación, la decisión judicial no debe ser arbitraria ni irrazonable. Se impone, por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental".

PROCEDENCIA DEL RECURSO

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1333 de 2009, contra el acto administrativo que ponga fin a una investigación sancionatoria ambiental procede el recurso de reposición y siempre que exista superior jerárquico, el de apelación, los cuales deberán ser interpuestos en los términos y condiciones señalados en el Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas y en concordancia con lo establecido en el artículo 76 y 78 de la Ley 1437 de 2011 en la cual se establece la oportunidad y procedencia en la presentación de los recursos de reposición y apelación así como las causales de rechazo de los mismos, este Despacho procede a proferir decisión de segunda instancia previas las siguientes.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

No se procederá en esta instancia a realizar un análisis de los argumentos esgrimidos por el recurrente contra el cargo primero formulado en el Auto 112-0910 del 24 de octubre del 2014, toda vez, que este (el recurrente) fue exonerado del mismo en el Artículo Primero de la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

Frente al cargo 2 "Aportar sedimentos al nacimiento del cual se abastece el acueducto de la Vereda El Tablazo ACUATABLAZO en el predio identificado con matrícula inmobiliaria 020-1664 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Rionegro, predio ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, en contraposición al Decreto 2811 de 1974 en su artículo 8 literales a y e", no le asiste razón alguna al recurrente cuando manifiesta que "Falta de motivación en el cargo de aporte de sedimento a fuentes hídricas CORNARE determina mi culpabilidad en una Resolución que carece de motivación en lo que a este aspecto se refiere, por cuanto en el trámite de la imposición de sanciones por la comisión de la infracción ambiental del artículo 8 literales a) y e) del Decreto 2811 de 1974, fundamenta la imposición de una sanción, en una supuesta aceptación implícita en la "contaminación" de las fuentes hídricas (identificadas por mí como No.1 y No.2), por el hecho de que se tomaran medidas de mitigación sobre las manchas de sedimentación que aparecieron en los cuerpos de aguas, pero sin que lograra descartar: (i) la fuerza mayor o el caso fortuito por el hecho de ser una época de lluvias, igualmente la influencia de las pendientes en todos los terrenos de esa zona; (ii) que fuera una (1) sola de las dieciocho (18) fuentes hídricas que abastecen el acueducto, la causantes de la "contaminación" del recurso hídrico ocasionando una turbiedad del acueducto en un 70%, sin que ninguna medición técnica lo constatará, sólo fue suficiente la estimación (no técnica) del señor Miguel Antonio Martínez Arias rendida en su testimonio. Además, tal afirmación se encuentra descontextualizada porque el mismo testigo afirma que hubo una época de lluvias y la existencia de otros cuerpos de agua pertenecientes a la microcuenca, así..." porque, en el régimen sancionatorio ambiental se presume la culpa o el dolo del infractor, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5 de la misma ley que a su tenor reza" (...) PARÁGRAFO 1o. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla" quien ningún momento logró desvirtuar su responsabilidad de los hechos que se le imputaron; por el contrario, queda claro dentro del proceso, es que existe una aceptación de la responsabilidad por parte de este.

Frente al cargo 3 "Incumplimiento a lo establecido en el Acuerdo 265 de 2011 de CORNARE, ya que la capa vegetal y/o ceniza volcánica en el predio identificado con matrícula inmobiliaria 020-1664 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Rionegro, predio ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, predio ubicado en la Vereda Yarumal del municipio de Rionegro, no se aisló de tal forma que pudiera ser utilizada posteriormente en procesos de revegetalización, paisajismo, protección de taludes y el control de procesos erosivos, el talud de lleno posee una altura superior a 3.0m, sin contar con estudios geotécnicos que señalan medidas de estabilidad, compensación y mitigación necesarias dentro del predio, para la inclinación de los taludes se debe tener en cuenta el ángulo de razonamiento interno del suelo y el talud de lleno no se protegió con elementos impermeables a fin de evitar proceso erosivos y el arrastre de sedimentos" se evidencia que la actuación desplegada por **CORNARE** a través de su Subdirección General de Servicio al Cliente y la Oficina Jurídica, se cionó y fue desarrollada conforme a los principios Constitucionales de legalidad y debido proceso establecidos para el régimen sancionatorio ambiental en la Ley 1333 del 2009, toda vez, que el cargo se imputa por violación formal a la normatividad ambiental por el incumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Corporativo 65 de 2011 cuando se pretenda realizar un movimiento de tierra; en ningún momento, el cargo hace referencia al daño a un recurso natural renovable, lo cual constituiría violación material a la normatividad ambiental.

Ahora bien, si bien es cierto que el recurrente no presentó argumentos adicionales para sustentar la apelación a los manifestados en el recurso de reposición, se procederá en esta instancia a realizar un análisis de lo resuelto en la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, toda vez, que con lo allí decidido se hace más gravosa la situación del recurrente con la siguiente justificación: "si bien es cierto se accedió parcialmente a las pretensiones del recurrente al exonerarlo de responsabilidad por los hechos manifestados en el cargo primero, se debe tener en cuenta que el resultado de esta decisión resulta más gravosa porque corresponde a una modelación matemática establecida por el Ministerio de Ambiente a través de la resolución 2086 de 2010..." y apoyado en lo manifestado por el Consejo de Estado en sala de lo Contencioso Administrado el 9 de diciembre del 2004, en el sentido de que "el principio de la reformatio in pejus consagrado en el inciso 2 del artículo 31 de la Constitución política no obsta todo su rigorismo frente al procedimiento administrativo, pues dicho postulado hace referencia solo a la sentencia penal y se aplica a la sanción de

Gestión Ambiental, social, participativa y transparente

tipo disciplinario. En cuanto a la remisión del artículo 357 del C.P.C, no resulta de recibo en la actuación administrativa (...) en algunos casos el ad-quem, al conocer el recurso de apelación, puede ejercer su competencia funcional sin limitación alguna sobre la decisión administrativa impugnada. Ello, para permitir que la administración pueda desde su estructura interna, dar debido cumplimiento al principio de legalidad aplicando la sanción o medida descrita en la norma, como resultado de tener por probada una contravención de tipo administrativo..."

Para esta instancia (apelación), cuando se trata de apelante único la controversia en esta instancia debe limitarse de manera exclusiva a los argumentos expuestos por el recurrente para que lo resuelto inicialmente que le resultó desfavorable se modifique en el sentido de que le sea menos gravoso o si es posible, favorable en su totalidad, en concordancia con lo manifestado por la Corte Constitucional "*La prohibición de la "reformatio in pejus" o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Ella es consecuencia de la regla insita en la máxima latina "tantum devolutum quantum appellatum", en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra*" en consecuencia, lo resuelto en la resolución del recurso de apelación en primera instancia y que hace más gravosa la situación del recurrente con fundamento en una modelación matemática establecida en una norma (Resolución) y apoyado en lo manifestado por el Consejo de Estado en sala de lo Contencioso Administrado el 9 de diciembre del 2004, no tiene peso suficiente para oponerse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es por antonomasia el juez natural para realizar los juicios de constitucionalidad. De lo manifestado por la Corte Constitucional se infiere con toda claridad que el principio de la "reformatio in pejus" hace parte del derecho fundamental del Debido Proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que permea y es columna vertebral de todo el derecho procesal, por esto, no está de acuerdo quien resuelve en esta instancia (segunda) con la descripción selectiva que hace el Consejo de Estado sobre que materias del derecho son objeto de aplicación de la "reformatio in pejus" porque este es inherente a la naturaleza todos los ritos procesales establecidos en la Ley para cada materia y caso concreto.

De igual forma, considera esta instancia (segunda), que si quien resuelve el recurso de reposición percibe que su decisión va a ser más gravosa para el recurrente por la aplicación de una disposición normativa (ley, decreto, resolución etc...) , debe de abstenerse de aplicarla y ceder ante los postulados Constitucionales sobre la materia, ya que estos son los pilares de un Estado Social de Derecho como el nuestro, de lo contrario, estaríamos haciendo un retroceso en el tiempo cuando Colombia se encontraba bajo el amparo de un régimen Constitucional que lo declaraba como un Estado de Derecho.

Que de conformidad con lo expuesto anteriormente, considera este despacho que los argumentos expuestos por el recurrente NO son suficientes para exonerarlo de la responsabilidad que se le imputa en los cargos 2 y 3; empero, es clara la violación por parte del fallador de primera instancia al omitir la aplicación del principio de la "No Reformatio In Pejus" al momento de resolver el recurso de reposición y que resulta en una decisión más gravosa, elementos suficientes para que se confirme lo resuelto en los artículos primero y segundo de la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015 y se modifique el artículo tercero de esta Resolución.

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. CONFIRMAR lo resuelto en los artículos primero y segundo de la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015

ARTICULO SEGUNDO. MODIFICAR el artículo tercero de la Resolución 112-6263 del 4 de diciembre del 2015 el cual quedará así:

"ARTICULO TERCERO: CONFIRMAR el artículo segundo de la RESOLUCION con radicado 112-3693 del 10 de agosto de 2015"

ARTICULO TERCERO. NOTIFICAR la presente providencia al señor **FEDERICO ESCOBAR BENAVIDES**, Identificado con cedula de ciudadanía No 71133137, en la calle 11B No. 41-53 de la ciudad de Medellín, con Teléfono 6040433 y dirección electrónica fescobar@contextolegal.com.

Parágrafo. En caso de no poder realizarse la notificación personal, se procederá a hacerse por aviso conforme lo dispone el artículo 69 de la Ley 1437 del 2011.

ARTICULO CUARTO. PUBLICAR la presente decisión, en el boletín oficial de la Corporación, a través de la página web.

ARTICULO QUINTO. Una vez en firme el presente instrumento, entiéndase agotada la vía gubernativa.

Expediente 056150320111
Asunto: Sancionatorio
Proceso: Control y seguimiento

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MARIO ZULUAGA GOMEZ
Director General

VMVR FEBRERO 15 DEL 2016

Gestión Ambiental, social, participativa y transparente