RESOLUCION

POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN UNAS DETERMINACIONES

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

En uso de sus atribuciones legales, estatutarias, funcionales y

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, tienen el deber funcional de Administrar los Recursos Naturales Renovables y propender por el Desarrollo Sostenible, además de 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 a través de la Resolución radicado N° 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, se otorgó Licencia Ambiental a la Empresa ISAGEN S.A E.S.P, identificada con Nit N° 81100740-4, apoderada por CATALINA MACIAS GARCES, identificada con cedula de ciudadanía N° 32.255.044, portadora de la Tarjeta Profesional N° 150.106 del Consejo Superior de la Judicatura; para el proyecto de generación de energía hidroeléctrica, denominado "Palagua", a desarrollarse en Jurisdicción de los Municipios de San Carlos, Puerto Nare y Caracolí, en el departamento Antioquia.

Que el artículo décimo sexto del referido acto administrativo se advirtió a ISAGEN SA ESP que: *"En caso que la Empresa ISAGEN SA ESP, en el término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, no haya dado inicio al proyecto aquí licenciado, se procederá a dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.2.3.8.7 del Decreto 1076 del 2015, en relación con la declaratoria de perdida de vigencia de la Licencia Ambiental."*

Que a través de la Resolución con el radicado N° 112-4785-2018 del 7 de noviembre de 2018, esta Corporación resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución con el radicado N° 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, reponiendo parcialmente la misma y dejando en firme la Licencia Ambiental otorgada.

Que a través de oficio radicado N° CS-13473-2023 del 15 de noviembre de 2023, esta corporación dio traslado por el término de quince (15) días a ISAGEN SA ESP, con el fin de que se pronunciara con respecto a la causal de pérdida de la Licencia Ambiental, de que trata el artículo 2.2.2.3.8.7. del Decreto 1076 de 2015.

Que a través del radicado N° CE-19269-2023 del 27 de noviembre de 2023 y dentro del término de traslado concedido, ISAGEN SA ESP se pronuncia con

respecto a la causal de pérdida de vigencia de la Licencia Ambiental referida, expresando lo siguiente:

1- Firmeza del acto administrativo:

ISAGEN SA ESP sostiene que el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, es una norma general de procedimiento administrativo aplicable en lo no previsto en el decreto 1076 de 2015 y procede a citar las causales de firmeza de los actos administrativos establecidas en aquella normatividad.

La firmeza del acto administrativo, además de su presunción de legalidad, es requisito indispensable para que este pueda ejecutarse o, en otras palabras, para que produzca los efectos jurídicos derivados de la decisión adoptada.

Dicho lo anterior y frente al caso que nos ocupa, tenemos que mediante Resolución No. 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, notificada a ISAGEN ese mismo día, CORNARE otorgó licencia ambiental al proyecto de generación de energía Palagua.

En el Artículo Vigésimo Cuarto de la citada Resolución se indició que contra el mismo procedía recurso de reposición, el cual podía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su notificación, conforme a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

ISAGEN interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido mediante Resolución No. 112-4785-2018 del 7 de noviembre de 2018, notificado a ISAGEN en esa misma fecha.

Por lo anterior, las decisiones adoptadas a través de la Resolución No. 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, quedaron en firme, con fuerza ejecutoria o produciendo efectos jurídicos, a partir del 8 de noviembre de 2018.

2- De la figura de la pérdida de vigencia de la licencia ambiental:

Con respecto a la figura de pérdida de vigencia establecida en la Licencia Ambiental y en el Decreto 1076 de 2015, sostiene que se deben acreditar los siguientes requisitos para su aplicación:

i. Haber transcurrido 5 años desde la ejecutoria de la Licencia Ambiental;
ii. Que no se haya dado inicio a la construcción del proyecto, obra o actividad; y
iii. Que se haya dejado constancia en el acto administrativo de otorgamiento de la licencia sobre la consecuencia del no inicio de actividades en el lapso de 5 años, desde la firmeza de la resolución que otorgó la misma.

"Frente al primer requisito tenemos que la Resolución por la cual se otorgó licencia ambiental al Proyecto Hidroeléctrico Palagua, quedó ejecutoriada el 8 de noviembre de 2018, por lo que el término de los 5 años se computa a partir de esta fecha; frente al segundo, ISAGEN de manera diligente ha realizado diferentes actividades necesarias y que son prerequisito para la ejecución de un

proyecto hidroeléctrico, de lo cual ha informado periódicamente a la autoridad ambiental, además de presentarse situaciones externas, que escapan a su control y que han dilatado el inicio de la construcción (obra civil) como lo expondremos a continuación; y finalmente, frente al tercero, se tiene que en el artículo décimo sexto de la Resolución No. 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018 se dejó constancia de lo establecido en el Artículo 2.2.2.3.8.7. del Decreto 1076 del 2015. Así las cosas, se tiene que se cumplen los prerrequisitos establecidos en la norma para emitir un pronunciamiento de fondo."

Seguidamente, establece que, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.2.3.8.7. del Decreto 1076 de 2015, la autoridad ambiental podrá declarar o no la pérdida de vigencia, es decir, el verbo "podrá" indica una posibilidad, lo cual implica que la declaratoria de pérdida de vigencia de una licencia ambiental es una consecuencia jurídica que no se aplica de manera automática por el transcurso del tiempo, toda vez que se deben evaluar las diferentes circunstancias que han determinado que dentro del lapso de cinco (5) años no se ha haya iniciado la construcción del Proyecto, entendida esta como la construcción de la obra civil y que en el caso de un proyecto hidroeléctrico, que es el que nos ocupa, va más allá de lo civil, toda vez que se requiere la concurrencia de diferentes elementos, incluso externos a ISAGEN, para que se pueda dar inicio a la construcción.

3- Antecedentes y actuaciones administrativas:

ISAGEN SA ESP, procede a realizar un recuento de todas las actuaciones y antecedentes administrativas que reposan dentro del expediente contentivo de la Licencia Ambiental, sosteniendo de manera inicial que el proyecto hidroeléctrico Palagua es interdependiente de la Licencia Ambiental otorgada por Corantioquia para la línea de conexión de energía:

La sociedad sostiene que, el 18 de abril de 2023, el Ministerio de Minas y Energía notificó a ISAGEN la Resolución No. 40318 de 2023, a través de la cual se negó la solicitud de declaratoria de utilidad pública e interés social del proyecto. La razón principal para adoptar esta decisión es que el Proyecto Hidroeléctrico Palagua no cuenta con capacidad de transporte asignada por la UPME.

4- Causas externas a ISAGEN:

4.1. Problemáticas de conexión y cambios regulatorios

ISAGEN SA ESP, sostiene que, para el año 2018, fecha en que se obtuvo el licenciamiento ambiental del Proyecto, la conexión había sido solicitada y gestionada ante el Operador de Red EPM; de acuerdo con la Resolución CREG 106 de 2006, norma que regulaba y reglamentaba el procedimiento de conexiones en Colombia para esa fecha.

Seguidamente, argumenta que, bajo esta norma, el procedimiento establecía que el estudio de conexión debía someterse al análisis de viabilidad por parte del Transportador Nacional -TN- o del Operador de Red -OR-, según fuere el caso y luego sería el TN o el OR quien remitiría a la UPME el respectivo estudio de conexión con sus comentarios para su pronunciamiento; es decir, el estudio de

conexión requería del análisis de factibilidad técnica por parte del TN o OR para luego ser evaluado por la UPME, quien asigna la conexión.

Es así como el Proyecto Hidroeléctrico Palagua se diseñó y concibió proyectando la opción de conectarse al Sistema de Transmisión Regional (STR) a través de la subestación Cocorná, propiedad de Empresas Públicas de Medellín -EPM-, ubicada en el corregimiento de Puerto Perales del Municipio de Puerto Triunfo. El estudio de conexión del Proyecto Palagua fue radicado ante EPM como operador de red en el año 2018 y después de varios meses de análisis por parte de la entidad, la conexión del Proyecto fue aprobada por la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME) a esta Subestación, siendo esta la línea de conexión licenciada por CORANTIOQUIA en el año 2020.

El usuario considera que la aprobación al punto de conexión dada por UPME quedó supeditada, por las condiciones y restricciones energéticas presentes en la zona, a que se construyera y entrara en operación comercial la Subestación San Lorenzo 230/110 kV y la reconfiguración de los enlaces Esmeralda-San Carlos 230 kV, Esmeralda-San Lorenzo 230 kV y San Lorenzo- San Carlos 230 kV.

Es decir, que para que el Proyecto Hidroeléctrico Palagua pudiese tener la viabilidad de conexión al sistema interconectado regional a través de la subestación Cocorná, se requería de la construcción de obras eléctricas de expansión por parte de terceros, las cuales debían cumplir con los requerimientos, trámites y permisos aprobados por la Unidad de Planeamiento Minero Energético UPME y ser incorporadas dentro del Plan de Expansión de Transmisión Nacional.

Adicional a esta condición, sostiene que se tiene que los términos de las convocatorias que realiza la UPME, el cronograma de las obras y la ejecución de obras también se vieron impactas por las restricciones generadas por el COVID-19, lo cual generó atrasos y ha impactado la viabilidad de desarrollar varios proyectos de generación en el País.

En ese orden de ideas, concluye que no estaban dadas las condiciones para iniciar la construcción del Proyecto durante el periodo de pandemia, pues este dependía de obras eléctricas de expansión y cronogramas de terceros para la conexión del Proyecto, que no tenían una fecha clara de culminación, lo cual colocaba en grave riesgo al Proyecto Hidroeléctrico Palagua, pues de haberse construido, la energía generada no se hubiese podido incorporar al Sistema Interconectado.
Es de resaltar que, a la fecha, las obras indicadas como condición previa para la conexión del Proyecto, no han sido desarrolladas por parte de terceros.

Por lo anterior y con fundamento en los lineamientos de política pública establecidos en la Resolución 40311 de 2020, que ordenaba hacer el ajuste de la regulación sobre temas a cargo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, se expidió la Resolución CREG 075 de junio 21 de 2021, mediante la cual se estableció un nuevo procedimiento y reglamentación para los proyectos que quisieran optar por la aprobación de conexión (capacidad de transporte), de cualquier proyecto de Generación en Colombia.

Arguye el titular de la Licencia Ambiental que, esta nueva reglamentación incluyó cambios importantes. Uno de ellos es que la UPME es la única entidad responsable de recibir y resolver las solicitudes de asignación de capacidad de transporte en el SIN, trámite que debe adelantarse a través de una ventanilla única. Adicionalmente, el estudio de conexión debe incluir un análisis de viabilidad física del punto de conexión de interés para el proyecto de generación.

Así mismo, los cambios de procedimiento implican una organización y priorización de asignación de las conexiones. Es así como los proyectos que tengan asignadas obligaciones en el marco de una subasta de expansión (cargo por confiabilidad o subasta de largo plazo); cuenten con la licencia ambiental y línea de conexión, tienen prioridad frente a otros proyectos en competencia para las asignaciones posibles.

Se espera, de acuerdo con los cronogramas de la UPME (Ver anexo 12), tener un pronunciamiento para el primer semestre de 2024, con el fin de poder definir una fecha de inicio de construcción del Proyecto.

Finalmente, concluye que, este cambio normativo acredita la existencia de un hecho externo a ISAGEN frente al cual no se puede resistir y que impacta en el inicio de la construcción del proyecto hidroeléctrico Palagua, siendo la sociedad quien debe soportar los efectos de este cambio normativo.

4.2. Problemáticas asociadas a la pandemia generada por el COVID-19:

La pandemia generada por el COVID-19 implicó desafíos significativos para la construcción y desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica, debido a la adaptación a las condiciones cambiantes; la gestión de la cadena de suministro y la protección de la salud de los trabajadores, los cuales se convirtieron en prioridades clave para el sector energético durante este período. A lo anterior se suma:

- Retrasos en la cadena de suministro: Las restricciones de viaje y cierres de fábricas en todo el mundo llevaron a retrasos en la fabricación y entrega de equipos esenciales para proyectos de energía, como turbinas y componentes eléctricos.

- Escasez de mano de obra: Las restricciones de movilidad y las medidas de distanciamiento social redujeron la disponibilidad de mano de obra para la construcción de proyectos. Esto llevó a retrasos en la ejecución de proyectos y, en algunos casos, al incumplimiento de plazos.

- Adaptación a nuevas normas de salud y seguridad en el trabajo: Los proyectos de energía tuvieron que adaptarse a las pautas de salud y seguridad establecidas a diferentes niveles gubernamentales por los efectos de la pandemia en el territorio, lo que incluyó medidas adicionales de protección personal para los trabajadores.

La crisis energética en China tuvo un impacto significativo en el desarrollo y construcción de proyectos de energía renovable a nivel mundial al afectar la

cadena de suministro, los costos y la disponibilidad de equipos y materiales clave. Esto se evidencia en:

- Disminución de la disponibilidad de equipos y materiales: China es un importante productor de componentes clave para proyectos de generación de energía eléctrica. Durante la crisis energética, las restricciones en la producción y el suministro de equipos y materiales afectaron la disponibilidad a nivel global, lo que llevó a retrasos y aumentos en los costos para este tipo de proyectos en el mundo.

- Aumento de los precios de equipos: La escasez de equipos y materiales debido a la crisis energética en China llevó a un aumento en los precios, lo que afectó la viabilidad económica de proyectos de generación de energía en muchas regiones.

- Desafíos en la cadena de suministro: La interrupción en la cadena de suministro global, especialmente en la logística y el transporte, dificultó la adquisición y entrega de materiales y equipos, y llevó a retrasos en la construcción de los proyectos.

Los cambios en el panorama económico de los últimos años también han impactado el desarrollo y construcción de proyectos de generación de energía eléctrica, debido principalmente a la disponibilidad de financiamiento, la devaluación del peso frente al dólar y el gran aumento de las tasas de interés, tal y como se explica a continuación:

- Disponibilidad de financiamiento: Los cambios en las tasas de interés, el aumento en la percepción de riesgo y la poca disponibilidad de financiamiento han afectado la viabilidad de los proyectos. Particularmente el incremento de las tasas de interés ha influido en la postergación de la ejecución de proyectos esperando un momento más propicio para invertir.

- La altísima devaluación del peso frente al dólar y la alta variación de las tasas de cambio: En el último año el dólar ha presentado un fuerte fenómeno de apreciación frente a otras monedas afectando la viabilidad financiera de los proyectos, debido principalmente a que las compras de materiales y equipos en el exterior siempre se hace en esta moneda, encareciendo significativamente los presupuestos de inversión. Así mismo, la alta variabilidad en las tasas de cambio incrementa el riesgo por la incertidumbre sobre los montos reales de la inversión en el momento de hacer los desembolsos de capital.

4.3. Retos por la Declaratoria de Utilidad Pública e interés social:

Para el caso del Proyecto Hidroeléctrico Palagua, la solicitud de Declaratoria de Utilidad Pública fue realizada el día 3 de febrero de 2021, fecha para cual estaba vigente el Decreto 1073 de 2015.

Dentro del proceso de solicitud, la Dirección de Energía del Ministerio solicitó en dos ocasiones a ISAGEN complementar la información dentro del proceso para el Proyecto Hidroeléctrico Palagua, información que fue remitida al Ministerio

mediante comunicación E-2021-003537 del 11 de mayo de 2021 y mediante comunicación E-2022-003700 del 9 de mayo de 2022.

Finalmente, mediante la Resolución 40318 de 2023 del Ministerio de Minas y Energía, decidió negar la solicitud de Declaratoria de Utilidad Pública para el Proyecto Hidroeléctrico Palagua porque no cuenta con capacidad de transporte asignada por la UPME.

Con base en la experiencia de ISAGEN en el desarrollo de proyectos, uno de los elementos jurídicos más importantes y de apoyo para el tema de la gestión predial para la ejecución de un Proyecto, es contar con la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social otorgada por el Ministerio de Minas y Energía. Esta se convierte en un elemento esencial dentro del proceso de negociación de los predios requeridos para el desarrollo del Proyecto y la línea de conexión.

La región donde está ubicado el Proyecto Hidroeléctrico Palagua tiene complejidades sociales y prediales que hacen absolutamente necesario contar con este elemento jurídico por parte del dueño del Proyecto para facilitar el relacionamiento entre la empresa y las comunidades.

En total se requiere realizar la gestión predial para el emplazamiento del proyecto en 379,5 Ha, por lo que contar con la declaratoria de utilidad pública es esencial para llevar a cabo la negociación de los derechos que permitan el desarrollo del Proyecto.

ISAGEN ha consolidado la información que le permita solicitar nuevamente la Declaratoria de Utilidad Pública, pero dado que uno de los requisitos del nuevo decreto que rige la solicitud requiere que el proyecto cuente con el concepto de aprobación de la capacidad de transporte (es decir la aprobación de la conexión), es necesario esperar el concepto de la UPME para proceder a solicitar nuevamente la Declaratoria de Utilidad Pública del Proyecto ante el Ministerio.

En ese sentido, reiteramos que ISAGEN ha adelantado las gestiones que están a su cargo y le son exigibles como es el trámite ante la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME de la solicitud de asignación de capacidad de Transporte, la cual fue solicitada desde el pasado 5 de junio de 2023 con radicado UPME 20231540097742.

De acuerdo con las fechas establecidas por la CREG mediante la Resolución 101-017 -2023, la fecha máxima para la decisión final del concepto es el día 5 de Julio de 2024.

Una vez ISAGEN obtenga este concepto de conexión, se procederá a evaluar la necesidad de modificar la licencia ambiental de la línea de conexión y establecer el momento oportuno para solicitar la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social ante el Ministerio de Minas y Energía, teniendo en cuenta que solo se tienen 2 años desde su otorgamiento para realizar la gestión predial en el marco de procesos de negociación directa, que es lo deseable.

5- Aplicación de los principios que rigen la actuación administrativa:

El usuario, al respecto expresa que. *"(numeral 11, Artículo 3º de la Ley 1437 de 2011) que el principio de eficacia establece que "las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."*

Considera el titular de la licencia que, en este caso, la finalidad de una licencia ambiental es habilitar la ejecución de un proyecto obra o actividad, luego de una evaluación ambiental rigurosa, tal y como sucedió durante el trámite de licenciamiento ambiental del proyecto hidroeléctrico Palagua, el cual, por su naturaleza no puede ejecutarse solo con la licencia ambiental, pues para la ejecución del mismo deben concurrir otros elementos como son la conexión al sistema interconectado nacional; la licencia ambiental de la línea de conexión; la declaratoria de utilidad pública e interés social requerida para la gestión predial; el crecimiento de la demanda de energía del país y el cierre financiero.

La sociedad, por su parte, sostiene que el principio de economía señala que las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. En el caso hipotético que se decidiera declarar la pérdida de vigencia de la licencia ambiental, se deberá invertir recursos adicionales por parte de la autoridad ambiental e ISAGEN para adelantar un nuevo trámite de licencia ambiental, lo cual iría en contravía de este principio sin justificación, sumado a que se afectaría la capacidad de respuesta oportuna para atender, como se ha mencionado, la demanda energética del país.

Petición:

Finalmente, ISAGEN SA ESP solicita a CORNARE, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2.2.2.3.8.7. Pérdida de vigencia de la licencia ambiental del Decreto 1076 de 2015, mantener los efectos jurídicos de la Resolución No. 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, modificada por la Resolución No. 112-4785-2018 del 7 de noviembre de 2018, toda vez que no han desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición de la licencia ambiental y que contar con la misma permitirá atender de manera oportuna la demanda de energía del país y que ISAGEN mantiene su interés en llevar adelante este proyecto, para lo cual está adelantando las gestiones requeridas, según el marco normativo aplicable.

Sostiene además que,

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Que la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 79 establece: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un Ambiente sano" y en el artículo 80, consagra que "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración

o sustitución, además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados".

Que el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente Decreto - Ley 2811 de 1974, consagra en su Artículo 1°: "El Ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social".

Que el artículo 2.2.2.3.1.3. del Decreto 1076 de 2015, consagra que, la licencia ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o 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; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad.

El uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo estudio de impacto ambiental.

Que el artículo 2.2.2.3.8.7. del referido Decreto, establece que, la autoridad ambiental competente podrá mediante resolución motivada declarar la pérdida de vigencia de la licencia ambiental, si transcurrido cinco (5) años a partir de su ejecutoria, no se ha dado inicio a la construcción del proyecto, obra o actividad. De esta situación deberá dejarse constancia en el acto que otorga la licencia.

Para efectos de la declaratoria sobre la pérdida de vigencia, la autoridad ambiental deberá requerir previamente al interesado para que informe sobre las razones por las que no ha dado inicio a la obra, proyecto o actividad.

Dentro de los quince días (15) siguientes al requerimiento el interesado deberá informar sobre las razones por las que no se ha dado inicio al proyecto, obra o actividad para su evaluación por parte de la autoridad ambiental.

En todo caso siempre que puedan acreditarse circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito no se hará afectiva la pérdida de vigencia de la licencia.

Que la Ley 95 de 1890 y el artículo 64 del Código Civil colombiano, establecen que se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El artículo 2.2.2.3.8.7. del Decreto 1076 de 2015, establece que, la autoridad ambiental competente podrá mediante resolución motivada declarar la pérdida de vigencia de la licencia ambiental, si transcurrido cinco (5) años a partir de su ejecutoria, no se ha dado inicio a la construcción del proyecto, obra o actividad. De esta situación deberá dejarse constancia en el acto que otorga la licencia.

Para efectos de la declaratoria sobre la pérdida de vigencia, la autoridad ambiental deberá requerir previamente al interesado para que informe sobre las razones por las que no ha dado inicio a la obra, proyecto o actividad.

Dentro de los quince días (15) siguientes al requerimiento el interesado deberá informar sobre las razones por las que no se ha dado inicio al proyecto, obra o actividad para su evaluación por parte de la autoridad ambiental.

Finaliza sosteniendo que, en todo caso siempre que puedan acreditarse circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito no se hará efectiva la pérdida de vigencia de la licencia.

Desde el punto de vista de la normatividad, no existen diferencias entre fuerza mayor y caso fortuito, pero desde la parte jurisprudencial, se han establecidos ciertas distinciones (Sentencia 03883 de 2019 - Consejo de Estado):

FUERZA MAYOR	CASO FORTUITO
Acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño.	Suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño.
La irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor.	La imprevisibilidad es el criterio fundamental determinante del caso fortuito. Es sinónimo de causa desconocida. No tiene potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de actividad peligrosa.
Requisitos: 1. Ser un hecho externo; 2. Imprevisible. 3. Irresistible.	

FUERZA MAYOR:

HECHO EXTERNO: (Elemento esencial) El hecho constitutivo de fuerza mayor, debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño. Es el hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentren vinculadas al hecho dañino. No debe ser imputable a quien lo cause y a quien lo sufre.

HECHO IMPREVISIBLE: (Elemento esencial) Cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Se deben analizar las circunstancias

particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que los hechos normalmente previsibles son los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y que para determinar lo previsible de un hecho deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

- El referente a su normalidad y frecuencia.
- El atinente a la probabilidad de su realización.
- El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo.

En cuanto al hecho irresistible, se tiene que consiste en la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La imposibilidad absoluta de evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. La imposibilidad relativa no permite calificar un hecho de irresistible, pues la dificultad personal del deudor para tender sus compromisos, o aquellas situaciones que pese a que sean generalizada y gravosas, no frustran in radice la posibilidad de cumplimiento.

La fuerza mayor implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos, lo que será suficiente para excusar al deudor sobre la base de que nadie está obligado a lo imposible. Por tanto, es irresistible algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

De otro lado, la Sentencia SU449/16 sostuvo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

Ahora bien, en cuanto al concepto de la pérdida de vigencia de las Licencias Ambientales, se puede identificar que este fenómeno no es una figura nueva en la normatividad desde el Decreto 1076 de 2015, pues la ley 1437 de 2011 ya había previsto el fenómeno del decaimiento de los Actos Administrativos en general, en el siguiente caso (entre otros):

Artículo 91 de la ley 1437 de 2011:

"Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos."

Esta causal, reviste una dualidad:

- Por un lado, se ataca la falta de accionar por parte de la administración, a la hora de ejecutar un acto administrativo. Por ejemplo, cuando se impone una multa a un usuario y esta no se hizo efectiva (iniciando proceso coactivo) dentro de los 5 años siguientes a la ejecución de la sanción.

- De otro lado, para el caso puntual de las licencias ambientales y en armonía con el artículo 2.2.2.3.8.7. del Decreto 1076 de 2015 (pérdida de vigencia de las Licencias Ambientales); ataca directamente la inactividad por parte del usuario, en el inicio de la construcción del proyecto, obra o actividad, siendo posible alegar circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, como ya se vio con anterioridad, para lo cual se brindará al usuario el término de 15 días.

La pérdida de vigencia de las Licencias Ambientales, cuando pasados cinco (5) años de su ejecutoria, no se haya dado inicio a su construcción, tiene sentido en la medida que la inactividad por parte del usuario estaría negando la posibilidad de que la Corporación evalúe otras propuestas distintas a la presentada por el beneficiario de la Licencia Ambiental para la Generación de Energía, pero se debe tener en cuenta, además, que, según el artículo 16 de la ley 56 de 1981, los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales, así como las zonas a ellos afectadas; son de utilidad pública e interés social, por lo que no constituye una decisión que se pueda tomar de manera aislada a otros factores fácticos y jurídicos decisivos.

Ahora bien, en cuanto al pronunciamiento realizado por ISAGEN SA ESP, a través del oficio con el radicado N° CE-19269-2023 del 27 de noviembre de 2023, se tiene que las problemáticas de conexión y los cambios regulatorios por la CREG, son causas externas al accionar del titular de la Licencia Ambiental otorgada para el proyecto hidroeléctrico Palagua, toda vez que, la aprobación al punto de conexión dada por UPME quedó supeditada, por las condiciones y restricciones energéticas presentes en la zona, a que se construyera y entrara en operación comercial la Subestación San Lorenzo 230/110 kV y la reconfiguración de los enlaces Esmeralda-San Carlos 230 kV, Esmeralda-San Lorenzo 230 kV y San Lorenzo- San Carlos 230 kV.

Adicional a lo anterior y tal como lo sostiene ISAGEN SA ESP en su escrito, para que el Proyecto Hidroeléctrico Palagua pudiese tener la viabilidad de conexión al sistema interconectado regional a través de la subestación Cocorná, se requería de la construcción de obras eléctricas de expansión por parte de terceros, las cuales debían cumplir con los requerimientos, trámites y permisos aprobados por la Unidad de Planeamiento Minero Energético UPME y ser incorporadas dentro del Plan de Expansión de Transmisión Nacional.

Los hechos enunciados se configuran como imprevisibles, pues según la jurisprudencia, para tal efecto deben considerarse los siguientes criterios: (i) el referente a su normalidad y frecuencia, (ii) el atinente a la probabilidad de su realización y (iii) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo. Por otra parte, el elemento de la irresistibilidad alude tanto al evento mismo como a sus consecuencias. La inevitabilidad del hecho debe ser absoluta, por lo que no es suficiente la imposibilidad relativa del deudor.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en Sentencia con radicado 08001 23 31 000 2011 00768-01 del 29 de junio de 2017, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, acerva de la imprevisibilidad y la irresistibilidad de la fuerza mayor, sostuvo lo siguiente:

"La imprevisiblidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado…. Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad".

Y la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, "el hecho […] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias".

De otro lado, también es claro que, la pandemia generada por el COVID – 19 efectivamente, generó retrasos en la cadena de suministros, adaptación a nuevas normas de salud y la escases de mano de obra, que dificultaron la realización de cualquier proyecto que se hubiera planeado con anterioridad al referido evento mundial, generando sobrecostos para su ejecución y situaciones que específicamente tornaban la viabilidad y construcción como una incertidumbre hacia el futuro.

Asimismo, es claro que ISAGEN ha consolidado la información que le permita solicitar nuevamente la Declaratoria de Utilidad Pública, pero dado que uno de los requisitos del nuevo decreto que rige la solicitud requiere que el proyecto cuente con el concepto de aprobación de la capacidad de transporte (es decir la aprobación de la conexión), es necesario esperar el concepto de la UPME para proceder a solicitar nuevamente la Declaratoria de Utilidad Pública del Proyecto ante el Ministerio.

Es así como la declaratoria de utilidad pública es indispensable para la realización del proyecto, toda vez que, la zona en la que se emplazaría cuenta con conflictos socioeconómicos importantes que podrían dificultar la fase constructiva, siendo indispensable en algunos casos acudir ante la jurisdicción con el fin de iniciar procesos de expropiación.

Finalmente, la documentación allegada por ISAGEN se despende que, se han venido adelantado las gestiones que están a su cargo y le son exigibles como es el trámite ante la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME de la solicitud de asignación de capacidad de Transporte, la cual fue solicitada desde el pasado 5 de junio de 2023 con radicado UPME 20231540097742 y que, de acuerdo con las fechas establecidas por la CREG mediante la Resolución 101-017 -2023, la fecha máxima para la decisión final del concepto es el día 5 de Julio de 2024; lapso de tiempo que tornaría inviable del proyecto si se aplicara por parte de esta

Corporación la pérdida de vigencia de la Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico Palagua, encajándose dicha situación dentro de una causal de fuerza mayor, por tratarse de un hecho externo, irresistible e imprevisible que recae sobre el titular de la Licencia.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO DECLARAR LA PÉRDIDA DE VIGENCIA de la Licencia Ambiental otorgada a través de la Resolución con el radicado N° 112-3635-2018 del 24 de agosto de 2018, a la empresa ISAGEN S.A E.S.P, identificada con Nit N° 81100740-4, para el proyecto de generación energía hidroeléctrica, denominado "Palagua", a desarrollarse en Jurisdicción de los Municipios de San Carlos, Puerto Nare y Caracolí, en el departamento Antioquia; por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍULO SEGUNDO: ADVERTIR a ISAGEN SA ESP que, contará con cinco (5) años adicionales, con el fin de iniciar la fase constructiva del proyecto hidroeléctrico Palagua, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, al término del cual podrá darse inicio a un nuevo procedimiento de declaratoria de pérdida de vigencia de la Licencia Ambiental.

ARTICULO TERCERO: INFORMAR a ISAGEN SA ESP que deberá ir informando a la Corporación, los avances que se vayan obteniendo con respecto a la superación de las causas que dieron origen a la fuerza mayor objeto del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: ADVERTIR a ISAGEN SA ESP, que previo a las actividades constructivas del proyecto, deberá realizar las actualizaciones a que haya lugar en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por esta Corporación y que serán determinadas por Cornare en mediante acto administrativo.

Parágrafo: La anterior obligación podrá dar lugar a adelantar el respectivo trámite de modificación de licencia ambiental, de configurarse alguna de las causales establecidas en el artículo 2.2.2.3.7.1. del Decreto 1076 de 2015.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR el presente acto administrativo a ISAGEN SA ESP.

En caso de no ser posible la notificación personal se hará en los términos de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo a las administraciones municipales de San Carlos, Puerto Nare y Caracolí, en el departamento Antioquia, como también a Corantioquia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: PUBLICAR el presente acto administrativo, en el Boletín oficial de la Corporación.

ARTÍCULO OCTAVO: Contra el presente instrumento, procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER VALENCIA GONZÁLEZ
Director General

Expediente: 056491023192
Fecha: *10 de enero de 2024.*
Proyectó: *Óscar Fernando Tamayo Zuluaga/Profesional especializado.*
V/B: *Oladier Ramírez Gómez/Secretario General.*
Técnico: Laura Bravo Valencia/Bióloga.
Dependencia: Oficina de Licencias y Permisos Ambientales.

Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare "CORNARE"
Km 50 Autopista Medellín - Bogotá. Carrera 59 Nº 44-48 El Santuario - Antioquia. Nit:890985138-3
Teléfonos: 520 11 70 – 546 16 16, www.cornare.gov.co, e-mail: cliente@cornare.gov.co
Cornare • @cornare • cornare • Cornare
icontec ISO 9001 SC 1544-1
icontec ISO 14001 SA 159-1