

RESOLUCIÓN No. 0007 DE 2010
(04 ENE. 2010)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

EL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA - CORPOGUAJIRA, en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por los Decretos 3453 de 1983, modificado por la Ley 99 de 1993, 2811 de 1974, 1753 de 1994, 541 de 1994, 1594 de 1984, 948 de 1995, 1220 de 2005 y demás normas concordantes, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución No 002280 de fecha 13 de Octubre de 2009, la Corporación Autónoma Regional de La Guajira – CORPOGUAJIRA otorgó un Permiso de Aprovechamiento Forestal, un Permiso de Exploración de Pozo Subterráneo y se adoptaron otras disposiciones a favor de la empresa BANEX S.A.

Que la precitada Resolución fue notificada por edicto desfijado los días 9 y 10 de Noviembre de 2009, al Procurador Judicial II, Agrario y Ambiental de La Guajira y al doctor RAFAEL NARVAEZ ALVAREZ en su condición de apoderado de la empresa BANEX S.A., respectivamente.

Que el doctor NARVAEZ ALVAREZ, con escrito recibido en esta Corporación el día 11 de Noviembre de 2009, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No 002280 de fecha 13 de Octubre de 2009.

FUNDAMENTOS DEL RECORRENTE:

El recurrente señala en su escrito alguno de los siguientes considerandos:

Los informes técnicos derivados tanto de la evaluación del documento de las Medidas de Manejo Ambiental como el de la visita de campo conceptúan favorablemente al respecto de nuestras peticiones, cuyas valoraciones aportan a la Oficina Jurídica de la Corporación, los lineamientos debidamente soportados, para que dentro de su ámbito de competencia plasme a través de la Norma dichos conceptos técnicos en un Acto Administrativo que resuelva favorablemente lo solicitado.

Nos sorprende que la Oficina Jurídica se aparte del concepto técnico y desconozca su contenido, entrando a resolver sin tener en cuenta lo conceptuado a nuestro favor, resolviendo además con una serie de contradicciones entre lo considerado y lo resolutivo, en una clara y abierta contraposición de conceptos y apreciaciones, y en contravía de lo que debe ser un acto administrativo, en el cual las consideraciones permitirán fundamentar lo que finalmente resulte resuelto.

La Oficina Jurídica en el acto administrativo recurrido, recoge el informe técnico, e incluso lo transcribe en la parte considerativa, pero al entrar a

resolver no acoge dicho contenido e introduce en forma equivocada claras imprecisiones de algunos conceptos que no corresponden ni están contenidos en el texto del informe técnico señalado en la parte considerativa, situación esta que nos llama la atención y nos sorprende, toda vez que revisado el expediente, no se encontró ninguna glosa al estudio presentado ni al informe de la visita técnica, como tampoco existe otra valoración o evaluación sobre el documento y mucho menos otro informe de visita que hubiera surgido ante la eventual duda que la oficina jurídica hubiera señalado.

Esta actuación de la Corporación traducida así en una falsa motivación, se constituye en una clara y evidente violación al debido proceso, al cual nos referiremos así:

Respecto al Artículo Primero impugnado tenemos:

Aprovechamiento forestal

La Resolución recurrida en su Artículo Primero nos otorga el respectivo permiso de aprovechamiento forestal y establece un volumen **(385,09 mts³)** que no corresponde a lo que efectivamente apareamos en el predio. Los técnicos de CORPOGUAJIRA toman como referente único para sus cálculos volumétricos el inventario forestal presentado, pero no tienen en cuenta que la totalidad del material reportado no será sometido a intervención y es así que la mayoría de los árboles que se ubican sobre los bordes perimetrales del dique que conforma el reservorio, no serán intervenidos. De igual manera los árboles de sombrío y frutales que se encuentran ubicados alrededor de las viviendas del predio y aquellos que brindaran sombra a las instalaciones del área donde se construye la sal se empaque tampoco serán talados.

Por lo anterior le solicitamos que se sirvan revisar el inventario total presentado y se confronte con la realidad de la intervención esperada en terreno. Esto necesariamente debe conducir por lo tanto a que se modifique el porcentaje, de por sí alto, que se estableció como aprovechamiento de la biomasa relacionada con especies latifoliadas, el cual se fijó en un 40% como incremento sobre el volumen total del aprovechamiento esperado, lo que significó un volumen adicional exagerado de 110,2 mts³.

Como es de esperarse, al modificarse el volumen final del aprovechamiento, de la misma manera deberá establecerse como medida compensatoria la obligatoriedad de la siembra de un menor número de plántulas como compensación, ya que se dejaran árboles de gran porte que con seguridad, como se dijo anteriormente, fueron incluidos para ser talados.

Queremos además expresar que en la Resolución recurrida el número de árboles a sembrar que se fija como medida compensatoria es exagerado y desborda toda relación lógica entre la intervención a realizar y la medida impuesta. Debe fijarse un número que corresponda proporcionalmente a la intervención esperada y máxime cuando el predio está totalmente descuajado por corresponder a potreros que servían de albergue a la actividad ganadera.

Adicionalmente, siendo igualmente necesaria la reforestación de la quebrada Guaracaquita o Ramal Robles, cuya deforestación fue causada de tiempo atrás, las especies próximas a sembrar deben concentrarse dentro del mismo predio.

Respecto al Artículo Cuarto impugnado tenemos:

Concesión de Aguas Superficiales

En lo que respecta a la concesión de aguas superficiales de manera clara se señaló en la solicitud que estas serán captadas de una derivación del Canal Robles, lo cual lo confirman los técnicos como resultado de la visita de campo y establecen que la derivación se presenta a partir del repartidor hidráulico construido por CORPOGUAJIRA en cercanías del peaje El Ebanal, comprobando además que a partir de dicha estructura hidráulica el Canal Robles se bifurca, distribuyéndose su caudal en dos corrientes que en el informe presentado son identificadas como continuación del **Canal Robles** en sí y **Ramal Robles**. Los técnicos de CORPOGUAJIRA aclaran que estas dos corrientes, desde el punto de la bifurcación hidráulica construida por CORPOGUAJIRA, son conocidas también como **Canal Guaracaca** y **Canal Guaracaquita**, respectivamente.

El Ramal Robles o Guaracaquita, inicia su recorrido en la derivación y transita por varios predios hasta entrar a la finca Don Carlos, en cuyo punto de ingreso ha recibido ya sobrantes provenientes de varios drenajes que aportaron los predios recorridos aguas arriba.

Luego de transitar por el predio Don Carlos, donde a su vez recibe también drenajes de aguas naturales provenientes de predios vecinos, continúa su curso aguas abajo hacia el Oeste, ingresando al predio Las Mercedes hasta desembocar en el Arroyo Viejo, afluente del Río Tapias.

La Resolución recurrida, tanto en sus consideraciones jurídicas como en el **ARTICULO CUARTO** de la parte resolutive señalan como fuente de captación para la concesión solicitada a la corriente denominada **Río Tapias**, lo cual no es cierto y en virtud de lo cual se enfrenta dicho acto administrativo a un error grave, configurándose como tal una falsa motivación que viola lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo, cuando obliga a que las decisiones responderán al respaldo de una motivación plenamente sustentada.

De igual manera, esa inconsistencia y abierta contradicción entre lo considerado y lo decidido, pone de manifiesto también una violación al debido proceso, ya que según la jurisprudencia constitucional, el proceso es debido cuando se ajusta a las previsiones legales, se acomoda a las formas propias de cada trámite y garantiza el derecho de defensa de los asociados.

Otro error presente en la Resolución recurrida es lo concerniente a la equivocada interpretación que hacen del estudio hidráulico presentado por C.I. BANEX S.A. cuando señalan erróneamente que en el punto de confluencia del Ramal Robles y el canal de drenaje se presenta un caudal de 25 lts/seg, lo que

no es cierto, ya que el Consultor se refería a que en ese momento de la visita preliminar de reconocimiento del área, como producto del estancamiento de las aguas que se encontraban represadas por una gran cantidad de “basuras vegetales” presentes en su lecho, se hacía alusión a que el caudal que se “escapaba”, “fugaba” o seguía aguas abajo era de aproximadamente 25 lts/seg, lo cual si era cierto para esas condiciones imperantes, pero no significaba esto que el caudal a transitar en condiciones normales debía ser ese, el que efectivamente se modificó como resultado de realizar la limpieza del cauce por parte del predio vecino al despejar los obstáculos.

Los técnicos de **CORPOGUAJIRA** incurrieron en un error de interpretación, como resultado de no comprobar en campo los datos aportados en el Estudio y además no practicaron el aforo una vez se limpió el Ramal Robles, pruebas estas que de haberse realizado, hubiera aclarado la equivocación cometida.

Continúa señalando:

De haberse practicado la comprobación de campo, cuya carga probatoria en este caso pesa sobre la administración, los funcionarios de CORPOGUAJIRA no hubiera incurrido en error, ya que una vez se realizó la limpieza, de manera automática aumentó el caudal y como prueba se tiene el aforo realizado el día 17 de Octubre de 2009 que arrojó un caudal de 180 lts/seg, resultado que indica que hay suficiente disponibilidad de aguas para atender y satisfacer la solicitud de concesión presentada a esa Corporación.

En el acápite de pruebas se aporta como tal, el documento técnico preparado por el Ingeniero Hidráulico Roberto Montiel, quien de manera detallada y con sólidos argumentos técnicos, resultado de un riguroso análisis de comprobación en campo, describe la real situación que se presenta en la bocatoma de captación sobre el Rio Tapias que alimenta al Canal Robles y las obras complementarias allí instaladas. De igual manera también reporta la situación que se presenta en el repartidor hidráulico, donde se deriva el Ramal Robles o Canal Guacaraquita y lo que acontece al discurrir dicho ramal al interior del Predio Don Carlos, incluyendo además al canal de drenaje en su análisis.

El documento técnico que se aporta clarifica lo referente a los caudales observados y aforados en diferentes puntos de la red hidráulica que aborda el informe, el cual se constituye en una valiosa herramienta para la reconsideración del Acto Administrativo que se recurre, ya que de manera fehaciente se demuestra que sí existe un caudal suficiente para atender la concesión solicitada por **C.I. BANEX S.A.** de 100 lts/seg.

Desde la adquisición del predio en enero de 2009, se ha venido monitoreando el caudal y se observa que se mantiene en unos niveles que sobrepasa al solicitado de 100 lts/seg. Las variaciones que se registran están en función de los aportes de las aguas de drenaje que se incorporan al Ramal Robles y a las de servidumbre natural, que caen al otro canal de drenaje de los predios vecinos, el que a su vez confluye al Ramal Robles o Guaracaquita.

No obstante el error de interpretación, señalado anteriormente y la falta de comprobación de datos en que incurrieron los técnicos al evaluar el documento, CORPOGUAJIRA entró de todas maneras a conceptuar favorablemente, tomando como caudal de tránsito el de 25 lts/seg y en virtud del cual surgieron se concesionaran 20 lts/seg por un término de cinco (5) años.

De igual manera el Artículo Cuarto de la Resolución recurrida sustenta la suspensión del trámite de solicitud de concesión de aguas superficiales aduciendo lo establecido en la parte considerativa, donde señala que la corriente Río Tapias, se encuentra en proceso de reglamentación y por lo tanto hasta cuando no se termine la misma, quedan suspendidos los trámites de concesión que se adelanten sobre dicha corriente.

Al respecto hay que aclarar lo siguiente:

Nuestra solicitud tiene como fuente de captación el Ramal Robles o Canal Guaracaquita que actualmente se abastece principalmente de los drenajes que recoge en su tránsito por diferentes predios, lo cual en todo momento y de manera precisa reconocen los técnicos de CORPOGUAJIRA y así lo señalan en su informe técnico; en ningún momento hacen referencia que se tenga como fuente al Río Tapias, tal como efectivamente no corresponde.

En concordancia con lo anterior no puede suspenderse el trámite, en virtud que la fuente no se refiere a la corriente en proceso de reglamentación. No se puede alegar que la reglamentación incluye a la totalidad de la cuenca, y que por encontrarse el Ramal Robles al interior de la misma, de manera indirecta se le aplican las restricciones provisionales de suspensión de trámite de concesión de aguas superficiales.

La reglamentación como su nombre lo indica es establecer cual es el comportamiento hidráulico del Río Tapias respecto de sus caudales en función de la estacionalidad de las lluvias y de esa manera poder atender las demandas, asignando los caudales que permita que los usuarios actuales y potenciales dispongan del recurso hídrico para atender las necesidades que demandan sus cultivos. Lógicamente que esa distribución tendrá que asignarse de manera proporcional a la disponibilidad del recurso.

Otro objetivo a que está dirigida la reglamentación es establecer un uso racional y eficiente del recurso hídrico, busca además el poder programar en caso de escasez los turnos de riego en procura de facilitar el acceso a los usuarios en condiciones de igualdad y proporcionalidad, la reglamentación entrega las herramientas técnicas para que pueda en un momento determinado, si las condiciones así lo demuestran y ameritan, el poder declarar agotada la fuente, lo que conduce a que CORPOGUAJIRA informe oportunamente a quienes pretendan desarrollar proyectos agrícolas en el sector y que tengan pensado surtirse de las aguas del Río Tapias, que esto no será posible y por lo tanto se de la disponibilidad de las aguas subterráneas, cuyo aprovechamiento sería a través de la explotación de un pozo profundo.

Frente a nuestro caso, es necesario señalar que si CORPOGUAJIRA tenía contemplado en su Plan de Acción para el año 2009 realizar la reglamentación de la corriente Río Tapias, ha debido prever e informarles de antemano a los solicitantes de concesión de dicha fuente, entre los cuales nos incluimos, que las mismas no se estaban recibiendo en virtud del proceso que se tenía programado adelantar, esto con el fin que los inversionistas reprogramaran sus proyectos y por lo tanto contemplaran su desarrollo solo a partir del momento de los resultados que arrojará la reglamentación.

A pesar que no solicitamos concesión de la corriente Río Tapias, CORPOGUAJIRA no nos informó de antemano sobre la reglamentación a realizar, admite nuestra solicitud, nos liquida los derechos, cancelamos los derechos, ordena ejecutar una evaluación, la cual fue favorable, ordena la práctica de visita al predio sobre la cual se conceptúa favorablemente, pero de manera clara viola el debido proceso al dictar la Resolución No 0001378 de 01 de Julio de 2009 donde en su Artículo Segundo ordena suspender las solicitudes, cuando la nuestra que no se refiere al Río Tapias, estaba inclusive ya bastante adelantada en su trámite, de ahí que la Norma que invocan para la suspensión del trámite de solicitud de concesión, Artículo 114 del Decreto 1541 de 1978, corresponde su aplicación a los aprovechamientos existentes, por lo tanto no nos cobija la suspensión de trámite ordenado.

Y es que cabe advertir igualmente que nuestra petición data del mes de Abril del 2009, debiendo incluso al mes de Julio de 2009 haber sido resuelta, y el no hacerlo así igualmente vulnera la normatividad legalmente aplicable, que fija plazos perentorios para que la autoridad ambiental resuelva las solicitudes que le son formuladas.

El legislador ha asegurado que como cada proceso o actuación tiene sus propias características, las disposiciones aplicables en uno de ellos, con sentido específico, según mandato legal, no pueden ser trasladadas a otro, a no ser que la propia ley lo consienta expresamente, caso que no es aplicable a nuestra solicitud, que de aplicarse se estaría incurriendo en una evidente vía de hecho.

Entre otros apartes.

Por otra parte, CORPOGUAJIRA no puede cambiar las reglas de un trámite sobre las marcha, ya que como se dijo esa reglamentación debe responder a unos procedimientos preestablecidos y señalados en la Ley, partiendo de un estudio preeliminar previo que indique la necesidad de adelantar dicho proceso de reglamentación; además la ordenación de la cuenca no forma parte de una reglamentación; además la ordenación de la cuenca no forma parte de una reglamentación lo que se hace a través de un Plan de Ordenamiento y Manejo de la Cuenca – POMCA, ya que se estaría incurriendo una violación al debido proceso.

...Hay que precisar que no nos oponemos al proceso de reglamentación, ya que precisamente en el estudio que presentamos en el mes de Abril pasado, planteamos la necesidad que CORPOGUAJIRA reglamente hacia futuro todas

las aguas del sector, incluyendo los canales que tengan derivación indirecta del Río Tapias, pero con sorpresa ordenan la reglamentación desconociendo nuestra solicitud en curso y ya adelantada en sus trámites, incluyéndonos en las afectaciones que señala la Norma, cuando nuestro caso está por fuera de la reglamentación que se adelanta.

Como quiera que no nos afectan las restricciones derivadas de la reglamentación, la Oficina Jurídica de CORPOGUAJIRA debe respetar y acatar el concepto técnico, el que a pesar de su error de interpretación, conceptúa favorablemente para que se nos concesiones un caudal de 20 litros por segundo del Ramal Robles o Canal Guaracaquita, lo que en últimas aceptaríamos, pero manifestando que una vez se termine la reglamentación se considere nuestra solicitud y nos sean concesionados los 100 litros por segundo y aceptando además que si CORPOGUAJIRA determina incluirnos como usuarios del Río Tapias no nos oponemos a dicha clasificación, siempre y cuando se nos permita captar del Ramal Robles o Canal Guacaraquita el caudal de los 100 litros por segundos solicitados.

Respecto al Artículo Quinto impugnado tenemos:

Respecto del Artículo Quinto de la resolución recurrida, que suspende el trámite del Permiso de Ocupación de cauce, queremos manifestar nuestro desacuerdo frente a tal decisión, ya que por no afectarnos el proceso de reglamentación podemos realizar las obras y poder captar las aguas solicitadas en concesión. Los diseños y cálculos de las obras civiles programadas fueron aprobadas por el departamento técnico de CORPOGUAJIRA y en tal razón debe autorizarse la realización de las mismas, ya que corresponden a una programación estricta que no permite un desfase entre la obra programada y la iniciación de siembra.

Ante la eventual decisión en contrario por parte de CORPOGUAJIRA frente a nuestra pretensión de obtener la concesión solicitada, lo que de todas maneras se constituirían en una clara violación al ordenamiento jurídico, solicitamos que las obras civiles de captación que implican ocupación de cauce sean autorizadas, permitiendo así ante esa violatoria eventualidad, que una vez concluya la reglamentación del Río Tapias y se ordene continuar con el trámite de concesión, dichas obras estén listas y no representen retrasos a la programación del proyecto, pero siendo necesario precisar que de todas maneras las obras hay que ejecutarlas al amparo de la normatividad que regula la servidumbre natural que se constituye sobre nuestra propiedad al permitir que las aguas provenientes de los predios vecinos drenen libremente hacia el nuestro a través de un canal y al soportar esos drenajes naturales podemos hacer uso adecuado de las aguas, constituyéndose en un imperativo la obra de captación.

Para sustentar lo anterior examinaremos a la luz de las normas aplicables la situación que se presenta en nuestro predio, lo que nos permite no solo utilizar las aguas sino adelantar las obras necesarias para su captación, protección de posibles inundaciones y manejo adecuado.

Las aguas de drenaje que de manera natural discurren al interior de nuestro predio Don Carlos a través de un canal, el cual a su vez confluye al Ramal Robles, se constituyen en una servidumbre que venimos soportando respecto de los predios vecinos y en virtud de lo cual tenemos el derecho de su aprovechamiento para el riego de nuestra propiedad, sustentando dicho uso en las siguientes consideraciones jurídicas:

Tal como lo señala el Código Civil Colombiano en su artículo 879, servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño.

Los predios que circundan a la finca Don Carlos son los siguientes: Al Norte con la finca la Soledad, sembrada en Banano Orgánico, propiedad de la sociedad Ecofair; al Sur con la finca Rosa Paulina, sembrada en Banano Orgánico propiedad del Grupo Daabon; al Este con la finca El Pozo, actualmente sembrada en Banano Orgánico propiedad de la sociedad Ecofair y al Oeste con la finca Las Mercedes, del Grupo Daabon, sembrada en parte en Palma Africana Orgánica y parte en banano orgánico.

Como se puede comprobar no tenemos ninguna otra propiedad vecina y si analizamos la situación presente en nuestro predio en concordancia con la Norma precitada (art. 879 CCC) tenemos constituida una servidumbre a favor de predios dominante vecinos (Sur: finca Rosa Paulina y Este: finca El Pozo), ya que como predio sirviente soportamos actualmente como gravamen el recibir sus aguas de drenaje que de manera natural ingresan, discurren y salen de nuestro predio hacia el Oeste, entregándolas a la finca Las Mercedes.

Señala el artículo 880 CCC que se llama predio sirviente el que sufre el gravamen y predio dominante el que reporta la utilidad.

Con respecto al predio dominante, la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, se llama pasiva.

En concordancia con el artículo 882 del CC, en estos momentos recae sobre nuestro predio una servidumbre positiva, que es aquella en la cual se le impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer y que consiste en permitir que los predios vecinos puedan disponer al interior del predio Don Carlos las aguas que son desagües naturales para que discurren a través del nuestro y puedan ellos así drenar sus cultivo, siendo además la servidumbre del tipo aparente, ya que está a la vista representada en el canal natural por donde actualmente a través de nuestro predio discurren las aguas sobrantes provenientes de los predios vecinos.

Esta particularidad de servidumbre aparente le imprime además la inseparabilidad del predio.

Otro condicionante de la servidumbre es aquel que nos obliga no solo a permitir que transiten las aguas a través de nuestro predio, sino además tal como lo señala el artículo 887 del CCC, no podemos en calidad de predio sirviente,

alterar, disminuir, ni hacer más incomoda para el predio dominante la servidumbre con que estamos gravados.

Como quiera que los predios dominantes por razones de topografía se encuentran ubicados a un nivel superior respecto del nuestro, esto conlleva a que necesariamente al evacuar sus excesos de aguas estas tengan que dirigirse a nuestro predio, lo que le da la característica de una servidumbre natural que son aquellas que provienen de la natural situación de los lugares, confirmando lo expresado a párrafo anterior.

De igual manera como somos conscientes de la imperiosa necesidad que los predios tiene que evacuar sus excesos de aguas a la que tienen pleno derecho sin imposición de la Ley que les otorgue la servidumbre, de manera voluntaria aceptamos que drenen hacia nuestro predio, lo que clasifica de servidumbre que otorgamos como servidumbre voluntaria, según lo señalado en el artículo 888 del Código Civil Colombiano.

Concluye el recurrente:

Por ultimo queremos señalar que respecto a las aguas de drenaje que se constituyen en servidumbre, estas provienen de predios que disfrutaban de la concesión de las mismas, que son aguas que ya han sido usadas y las tasas por concepto de su uso ya han sido canceladas, no siendo posible por lo tanto que se nos concesiones y mucho menos el que se nos imponga un nuevo cobro por su uso.

Manifestamos de igual manera que asumimos la responsabilidad por los perjuicios que se puedan presentar ante la ausencia fortuita de las aguas de drenaje y somos conscientes de los riesgos a que estamos expuestos por su eventual escasez.

Sabemos que la disponibilidad de las mismas no está garantizada por no corresponder a un caudal estable producto de una concesión, soportamos la servidumbre, pero también asumimos el riesgo de regar nuestro cultivo con dichos drenajes, de ahí la necesidad del reservorio para emergencias y la necesidad del pozo profundo para reponer los consumos por riego y compensar las pérdidas por filtración y evaporación, cuya explotación de aguas subterráneas se perfila como exitosa en virtud que las excavaciones realizadas al interior del predio nos muestran a un escaso nivel de profundidad una tabla de agua que aflora con fluidez y alta presión, lo que nos indica la riqueza del acuífero del sector.

PETICION

Que su Despacho, **modifique** el Artículo Primero de la Resolución No 002280 de Octubre 13 de 2009, en el sentido que al ser revisado el volumen fijado para el aprovechamiento forestal único, el que se constituye en la base para liquidar los derechos de dicho aprovechamiento y sirve de guía para fijar el número de árboles nuevos a sembrar como medida compensatoria, en procura que este nuevo volumen se ajuste a la real intervención que se realizará sobre

el componente forestal, a la vez que se especifique que los nuevos ejemplares se plantaran de forma exclusiva al interior del predio en el que se desarrollará el proyecto.

Que su despacho, **revoque** el Artículo Cuarto de la Resolución No 002280 de Octubre 13 de 2009, ordenando levantar la suspensión de la solicitud de Concesión de aguas del Río Tapias, que hiciere la empresa BANEZ S.A. para un caudal de cien litros por segundo (100 lts/seg), otorgando así la concesión solicitada y aclarando en la parte resolutive del nuevo acto a expedir que la concesión tiene como fuente de suministro el Ramal Robles y no el río Tapias como erróneamente consigna la resolución recusada.

Que su Despacho **revoque** el Artículo Quinto de la Resolución No 002280 de Octubre 13 de 2009, ordenando levantar la suspensión de la solicitud de permiso de ocupación de cauce del Ramal Robles que hiciere la empresa **CI BANEX S.A.** y concediendo así dicho permiso.

COMPETENCIA DE ESTA CORPORACION PARA RESOLVER

Que de conformidad con el artículo 8 de la Constitución Política de 1991 es obligación del Estado y de los particulares proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Que la Constitución Política elevó a rango constitucional la obligación que tiene el Estado de proteger el medio ambiente, y el derecho que tienen todos los ciudadanos a gozar de un ambiente sano (Art. 79 de la C.N.). El medio ambiente es un Derecho colectivo que debe ser protegido por el Estado, estableciendo todos los mecanismos necesarios para su protección.

Que adicionalmente el Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. (Art. 80 C.N.). La planificación se realiza mediante una serie de mecanismos que permitan analizar, evaluar y prever unas circunstancias que faciliten la toma de decisión, con el fin de alcanzar un objetivo propuesto, en este caso, el Desarrollo Sostenible.

Que el artículo 50 del decreto 01 de 1984, dispone que el recurso de reposición debe interponerse ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que lo aclare, modifique o revoque.

Que el recurso de reposición fue interpuesto dentro del término legal previsto para tal efecto con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, por tal motivo este Ministerio procederá a resolverlo, teniendo en cuenta cada una de las cuestiones planteadas por el recurrente.

Que de conformidad con el Artículo 56 y ss del Código Contencioso Administrativo, la administración procederá a decidir de fondo sobre los argumentos planteados por el recurrente.

Que los mencionados requisitos que deben cumplir los recurrentes, tiene por finalidad hacer posible y eficaz el control de legalidad por parte de la administración pública ante quien se interponen. Y respecto de los motivos de inconformidad, se tiene con criterio no unánime de la jurisprudencia contenciosa administrativa que, deben coincidir, necesariamente, con los conceptos de violación en caso de demanda.

ANALISIS DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA

Que una vez analizada la información contenida en el expediente y los argumentos presentados por el apoderado de la Sociedad C.I. BANEX S.A., se hace necesario por parte de CORPOGUAJIRA el siguiente pronunciamiento:

Aprovechamiento Forestal

Analizando lo solicitado por el Abogado representante de la Empresa mencionada, es importante que tenga en cuenta que el valor ecológico que representa un árbol es incalculable ya que en el Ecosistema de Bosque Ripario de la microcuenca Canal Robles-Cuenca del Rio Tapias, el sistema natural será desequilibrado ocasionando daños irreparables a la Avifauna (Nidos, Pichones y hábitat), a la Actividad Microbiana del Suelo (remoción en masa de grandes comunidades de insectos encargados de transformar y mantener la fertilidad de los suelos), inicio del proceso de entorpecimiento en la dispersión de semillas de las especies intervenidas debido a la desaparición de la fuente semillera, evitando de este modo la renovabilidad del recurso forestal y a su vez la pérdida de la regeneración natural y/o Masa remanente.

Desde el punto de vista de la Fauna esta también se vera afectada obligando a migraciones de reptiles, mamíferos y demás seres vivos ubicados en esta bioma, convirtiendo lo que antes era un albergue de animales y plantas (áreas de potrero arbolado en proceso de recuperación debido a periodos de barbecho) en un sitio con establecimiento de un monocultivo agrícola con metas netamente comercial, lo anterior quiere decir que en términos ecológicos se desequilibrara un sistema ambiental ya establecido pero de todos modos bajo parámetros de mitigación en el aprovechamiento de los recursos naturales objeto de la solicitud de la empresa C.I BANEX S.A., esto se reduciría, he aquí en que la Corporación Autónoma Regional de La Guajira-CORPOGUAJIRA jugara un papel muy importante en velar por el cumplimiento tanto de la legislación en términos ambientales como de las estrategias a implementar por la empresa solicitante, para de esta manera lograr la armonización desde el punto de vista productivo y ambiental

En cuanto al numero de árboles a apear por la empresa solicitante en procura de lograr la adecuación del terreno para el posterior establecimiento del cultivo de banano orgánico, en el momento de las actividades relacionadas con procesos de interventoria forestal en aprovechamientos forestales, los inventarios generan la información precisa tanto del numero de árboles, especies y área que se va a intervenir. Lo anterior quiere decir que una vez relacionado el numero de árboles en un capítulo de una solicitud de

aprovechamiento forestal y el marcaje de los mismos constatados en campo se entiende que estos en su totalidad serán derribados, o al menos que se realice un marcaje especial en campo con una pintura de color diferente que clasifique los individuos que se aprovecharían y los que no, cosa que la empresa solicitante no realizó, razón por la cual se considero que los árboles referenciados serían en su totalidad objeto de tala, que ya que si no fueran a ser tenidos en cuenta para el posterior apeo no fuese necesario relacionarlos. Con base en la apreciación anterior por eso fue que se calculo el volumen a aprovechar y por ende aspectos como pago por concepto de la tasa forestal y medidas de compensación. Para dar solución a la pretensión por parte de la empresa C.I. BANEX S.A., se sugiere la presentación del inventario forestal preciso de los individuos que realmente serán aprovechados, una vez constatada en campo dicha información, se realizara los debidos cálculos del volumen total a aprovechar, pago por concepto de tasa forestal y las medidas de compensación.

En cuanto a la zona que la empresa C.I. BANEX S.A. plantea para ser tenida en cuenta para el posterior establecimiento de las medidas de compensación en este caso El Ramal Robles, se considera viable aceptar la pretensión de la empresa en mención ya que la intervención se realizara en inmediaciones de esta microcuenca, cabe anotar que esta desde el punto de vista de la cobertura vegetal se ha visto afectada por acciones antrópicas y talas indiscriminadas, razón por la cual se considera viable que CORPOGUAJIRA acepte esta petición.

Concesión de Aguas Superficiales

Revisados los argumentos técnicos presentados por el apoderado de la empresa C.I. BANEX S.A. en el recurso de reposición analizado y las pretensiones del mismo respecto a la solicitud de concesión de aguas superficiales, nos permitimos responder en los siguientes términos:

No se incurrió en error de interpretación por parte de los funcionarios de Corpoguajira al expresar que el caudal en el punto de confluencia del Ramal Robles y el canal de drenaje en la hacienda Don Carlos, estimado por parte del consultor de la empresa C.I. BANEX, era de 25 lts/sg, ya que esta información estaba consignada en el “Informe final” de los “ESTUDIOS HIDRÁULICOS, MSC ROBERTO MONTIEL”, ANEXO No. 1 del documento de PMA presentado, tal como se señala en el concepto técnico emitido y que se transcribe literalmente.

- a) La fuente de suministro de las aguas solicitadas en concesión para riego en el predio Don Carlos, provienen de un canal natural de drenaje que se deriva del canal Robles, llamado también “Guaracaquita”, el cual discurre hasta el arroyo o río viejo, afluente del río Tapias. Por lo tanto, la concesión no tiene como fuente de suministro directa el río Tapias, sino un canal que forma parte de la cuenca del río Tapias y cuyas aguas en gran parte provienen directa o indirectamente de dicha corriente.

- b) Respecto a la cantidad de agua solicitada en concesión, consideramos que efectivamente se deberían practicar nuevos seguimientos a los caudales del canal Guaracaquita o Ramal Robles, sobre todo en épocas de estiaje y ahora que ya se realizaron labores de limpieza aguas abajo del predio Don Carlos, situación que no se presentaba al momento de practicar la visita de solicitud de concesión. No obstante y teniendo en cuenta que este canal y el predio Don Carlos están incluidos dentro del proceso de reglamentación del río Tapias, solo hasta que este proceso se culmine, se determinará efectivamente el caudal que se puede concesionar a la empresa C.I. BANEX S.A.

En lo que hace al procedimiento de reglamentación del río Tapias, a la fecha, la misma se encuentra en su etapa final, esto es estructuración del proyecto de distribución de caudales, la cual esta prevista antes de finalizar el mes de Enero de 2010, el cual será publicado como lo ordena la norma, Artículo 111 del Decreto 1541 de 1978, por dos veces, en un periódico de amplia circulación, en el Departamento, con un intervalo de diez (10) días entre el uno, y el otro, con el fin que se presenten las objeciones a que haya lugar y se consideren pertinentes, así mismo, se hará la socialización del mismo con los usuarios y equipo técnico encargado de la reglamentación, para una mejor publicidad del proyecto de distribución.

Revisado el censo de usuarios del río Tapias, levantado en campo, allí aparece la empresa recurrente, como potencial usuario de la referida corriente, para beneficio del predio don Carlos, garantizando de esta manera, que el mismo ya se hizo parte de la reglamentación de la corriente en cuestión, por lo tanto no se ha incurrido en imprecisión alguna, ni se ha ocasionado perjuicio alguno al recurrente por parte de la entidad.

CONSIDERACIONES JURIDICAS DE LA CORPORACION

Que el acto administrativo impugnado, era susceptible únicamente del recurso de reposición, el cual fue interpuesto dentro del término legal de los cinco (5) días, dado que notificado por edicto desfijado el día 10 de Noviembre de 2009; a fecha 11 del mismo mes y año, la sociedad C.I. BANEX S.A., interpuso el mencionado recurso, dando cumplimiento a los requisitos exigidos en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.

Que la vía gubernativa constituye una prerrogativa de los particulares o interesados que mueve a la administración pública expedidora del acto para que lo revise en una misma instancia o en control jerárquico, mediante la interposición de los recursos procedentes, para que corrija los errores o falencias en que pudo incurrir al proferir el acto administrativo, o confirmar sus propias decisiones.

Que los recursos por la vía gubernativa no han sido establecidos como oportunidades puramente formales destinadas a agotar una etapa indispensable para acudir a la jurisdicción, sino que cumplen una función material, en cuya virtud se brinda al administrado la oportunidad procesal para ejercer el derecho de controvertir y plantear los motivos de inconformidad que

le asistan, a efectos de lograr conforme a derecho que la administración reconsidere la decisión tomada a efectos de revocarla, modificarla o aclararla.

Que es deber de la administración decidir en derecho el acto impugnado, habiéndose ejercido en oportunidad legal el derecho de contradicción, para garantizar el debido proceso y sujeción al principio de legalidad consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

Que el Decreto 1541 de 1978 establece en su artículo 107: “El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -Inderena-, con el fin de obtener una mejor distribución de las aguas de cada corriente o derivación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 156 y 157 del Decreto -Ley 2811 de 1974, reglamentará cuando lo estime conveniente, de oficio o a petición de parte, el aprovechamiento de cualquier corriente o depósito de aguas públicas, así como las derivaciones que beneficien varios predios. Para ello se adelantará un estudio preliminar con el fin de determinar la conveniencia de la reglamentación, teniendo en cuenta el reparto actual, las necesidades de los predios que las utilizan y las de aquellos que puedan aprovecharlas. (Subrayado fuera del texto)

Que según el Parágrafo 1 del Artículo 98 de la Ley 99 de 1993: “ElINDERENA continuará cumpliendo las funciones que su ley de creación le encomendó en todo el territorio nacional hasta cuando las Corporaciones Autónomas Regionales creadas y/o transformadas puedan asumir plenamente las funciones definidas por la presente Ley.

Este proceso deberá cumplirse dentro de un término máximo de dos (2) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley”.

Que transcurrido el término señalado en la normatividad ambiental (2 años), las Corporaciones Autónomas Regionales asumieron las funciones correspondientes.

Que en este orden de ideas, CORPOGUAJIRA dedujo la conveniencia de adelantar la reglamentación, ordenándolo mediante providencia motivada, tal como se hizo mediante Resolución No 0001378 de fecha 1 de Julio de 2009.

Que sorpresivamente encontramos la afirmación del recurrente al señalar que se debió prever e informar de antemano a los solicitantes de concesión de dicha fuente la reglamentación que se adelantaba, si en cumplimiento de la normatividad CORPOGUAJIRA realizó la publicación en medios de amplia circulación nacional y local (Periódicos y emisoras), así como también en la Alcaldía de Dibulla, Alcaldía de Riohacha, Corregimiento de Matitas, Corregimiento de Juan y Medio Corregimiento de Las Flores, Corregimiento de Choles, Corregimiento de Mingueo, y en un lugar visible en las instalaciones de esta entidad.

Que con relación a los términos que señala usted fueron violados por CORPOGUAJIRA en atención a su solicitud, me permito manifestarle que si bien la normatividad ambiental no consagra un tiempo preciso para adelantar

un trámite específico, esta entidad en obediencia a los principios de la función pública vela por su estricto cumplimiento.

Que de igual forma, se hace necesario referirse al supuesto cambio de reglas de un trámite sobre la marcha, al que usted hace mención, donde el artículo 114 del Decreto 1541 de 1978 establece *“Toda reglamentación de aguas afecta los aprovechamientos existentes, es de aplicación inmediata e implica concesiones para los beneficiarios, quienes quedan obligados a cumplir las condiciones impuestas en ellas y sujetos a las causales de caducidad de que trata el Decreto - Ley 2811 de 1974 y el presente Decreto”*.

Que de todo lo expuesto, se deduce que CORPOGUAJIRA no ha incurrido en falsa motivación, error de interpretación, así como tampoco su actuar ha sido de manera caprichosa, por el contrario en cumplimiento a la normatividad ambiental busca establecer un uso racional y eficiente del recurso hídrico.

Que con relación a la falsa motivación, el Consejo de Estado plantea lo siguiente:

“La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

De otro lado, en lo que atañe a la carga probatoria de la citada causal de anulación, la Corporación ha expresado lo siguiente:

“La falsa motivación, quien la aduce tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos”.

Que si bien el concepto técnico fue favorable, este no es obligante cuando existen normas o reglas que van en contravía al mismo, para el caso concreto era viable otorgar la concesión de agua al cumplir el interesado con los requisitos de ley, pero al existir una reglamentación de las aguas de la corriente de uso público denominada Río Tapias, dada mediante Resolución No 001378 de fecha 1 de Julio de 2009, mal haría esta administración en conceder la precitada concesión, siendo la autora de dicha reglamentación.

Que esta Corporación accede parcialmente a la solicitud planteada por el recurrente, tal como se expuso en las consideraciones técnicas del presente acto administrativo.

Que en razón y mérito de lo anteriormente expuesto el Director General de CORPOGUAJIRA,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar el Artículo Primero de la Resolución 002280 de 2009

PARAGRAFO: Se sugiere la presentación del inventario forestal preciso de los individuos que realmente serán aprovechados, una vez constatada en campo dicha información, se realizara los debidos cálculos del volumen total a aprovechar, pago por concepto de tasa forestal y las medidas de compensación.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el sitio de implementación de la medida compensatoria, siendo en El Ramal Robles, ya que la intervención se realizara en inmediaciones de esta microcuenca, cabe anotar que esta desde el punto de vista de la cobertura vegetal se ha visto afectada por acciones antrópicas y talas indiscriminadas.

ARTÍCULO TERCERO: Confirmar el Artículo Cuarto de la Resolución No 002280 de 2009, según las razones expuestas en esta providencia.

ARTÍCULO CUARTO: Confirmar el Artículo Quinto de la Resolución No 002280 de 2009, según las razones expuestas en esta providencia.

ARTÍCULO QUINTO : Queda vigente y aplicable la Resolución No 002280 de 2009 en lo no modificado por la presente providencia.

ARTÍCULO SEXTO: Por la Subdirección de Calidad Ambiental, notificar personalmente o por edicto al Representante Legal de la Sociedad BANEX S.A, o a su apoderado.

ARTICULO QUINTO: Por la Subdirección de Calidad Ambiental de esta Corporación, notificar personalmente o por edicto al Procurador Judicial, Agrario y Ambiental – Seccional La Guajira.

ARTICULO SEXTO: Esta Resolución deberá publicarse en la página WEB y en el Boletín oficial de CORPOGUAJIRA.

ARTICULO SEPTIMO: Córrase traslado a la Subdirección de Gestión y Desarrollo Ambiental para los fines pertinentes.

ARTICULO OCTAVO: Contra el presente acto administrativo no procede ningún recurso.

ARTÍCULO NOVENO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Riohacha, Capital del Departamento de La Guajira, a los

ARCESIO ROMERO PEREZ
Director General