

RESOLUCION N. 00312

“POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN Y SE TOMAN OTRAS DETERMINACIONES”

LA DIRECCIÓN DE CONTROL AMBIENTAL DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE

En uso de las facultades legales conferidas por la Ley 99 de 1993, con fundamento en la Ley 1333 de 2009, en concordancia con el Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, el Decreto Distrital 109 del 16 de marzo de 2009 modificado por el Decreto 175 de 2009 y en especial, las delegadas por la Resolución 01865 del 6 de julio de 2021, modificada por las Resoluciones 046 del 13 de enero de 2022 y 00689 del 03 de mayo de 2023 de la Secretaría Distrital de Ambiente y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

JULIÁN SALCEDO BENAVIDEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.209.866 de Bucaramanga, representante legal de la CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. identificada con NIT 800.028.206-4, mediante radicado 2012ER048069 del 13 de abril de 2012, solicitó permiso de ocupación de cauce del Humedal Jaboque, para el proyecto denominado “CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DE ALMAZAN” para la descarga del alcantarillado pluvial del mismo y de varios sumideros de las vías anexas al Humedal Jaboque en la localidad de Engativá

La Subdirección de Control Ambiental al Sector Público de la Secretaría Distrital de Ambiente, emitió concepto técnico No. 04733 del 26 de junio del 2012, el cual hace constar que el día 16 de mayo de 2012, funcionarios de la Subdirección de Control Ambiental al Sector Público, realizaron visita al proyecto “CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DE ALMAZAN”, con el fin de evaluar la solicitud de la CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A., para obtener el permiso de ocupación de cauce, en cual se indicó:

“(…) 5. ANALISIS TÉCNICO

De acuerdo a la información allegada mediante el Radicado SDA NO. 2012ER048069 del 2012- 04-13, la Constructora Parque central S. A., se efectuó la visita técnica conjunta entre la SCASP y la SER a través del Ing. Leonardo Gutiérrez, al sitio del proyecto el día 16-05-2012 y con representación

de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP.. El profesional de la EAAB ESP, en el sitio del proyecto, amplió la información, así como el alcance de las obras. De igual manera se incluye los insumos dados por la Subdirección de Ecosistema y Ruralidad – SER en el comunicado interno 2012IE073130 de fecha 14 de junio de 2012.

Se evidencia en dicha visita la intervención por parte de la Constructora Parque Central S. A. de la Zona de Manejo y Preservación Ambiental ZMPA del Humedal Jaboque, con la ejecución de obras consistentes en la excavación e instalación de aproximadamente 10 mts. De tubería de 24”, faltando aproximadamente 4mts., de tubería para descargar en la pared del talud del Humedal, sin el permiso correspondiente, por tanto en el tramo intervenido no se implementaron las medidas de manejo ambiental exigidas por la autoridad ambiental en aras de la protección de la estructura Ecológica Principal, tales como:

Tener presente los programas y acciones de manejo ambiental a implementar por parte de la Constructora Parque Central S. A., especialmente para la ejecución de las siguientes actividades de obra:

- Excavaciones.
- Manejo de sedimentos y lodos. Manejo de capa vegetal.
- Acceso al cuerpo de agua del Humedal Jaboque, Zona de Manejo y Preservación Ambiental ZMPA del mismo. –

De acuerdo con lo anterior, se deberán implementar todas las medidas de manejo ambiental relacionadas con los siguientes ítems: - Control de contaminación del cauce.

- Manejo de escombros y materiales de construcción.
- Manejo adecuado de residuos sólidos.
- Control de olores ofensivos.
- Manejo adecuado de los lodos originados por las obras de excavación: la Constructora Parque Central S.A., deberá realizar el tratamiento y disposición final de lodos, de acuerdo con las características fisicoquímicas y bacteriológicas que presenten los mismos. - Control de la emisión de ruido.
- Preservación de especies nativas (vegetales y animales).
- Se debe tener en cuenta que en el humedal Jaboque habitan distintas especies de animales susceptibles a sufrir algún tipo de daño en sus poblaciones, como es el caso de la especie Gallinula melanops, comúnmente conocida como tingua moteada. La cual según el Libro Rojo de Aves de Colombia está catalogada en peligro crítico, es decir que enfrenta un riesgo extremadamente alto de extinción en estado silvestre en el futuro inmediato, se solicita a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB ESP, que el manejo de las especies de fauna y flora y en especial de aquellas que se encuentren en alguna categoría de amenaza como es el caso de la tingua moteada, se ciñan a los protocolos internacionales para el manejo de dichas especies, junto con el acompañamiento de la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre y de la Subdirección de Ecosistemas y Ruralidad de la SDA.
- Control de la emisión de material particulado. 3

La Constructora Parque Central S. A. deberá realizar el cerramiento en las zonas de obra y ubicar las estructuras de control necesarias para evitar el aporte de sedimentos y/o materiales de construcción o cualquier tipo de afectación al Humedal. De igual manera en la puesta en operación

de la red, se deben implementar los mecanismos y/o las obras necesarias que eviten el aporte de sedimentos al espejo de aguas del Humedal.

Por lo anterior se concluye que la intervención sin el permiso (sic) correspondiente y sin tener las recomendaciones que se enunciaron anteriormente produjo impactos negativos al Humedal Jaboque que constituye una Estructura Ecológica Principal de la Ciudad, tales como aporte de material de arrastre de excavación y/o material particulado en suspensión, mal manejo de la capa orgánica retirada, alteración del paisaje, en conclusión la alteración del ecosistema. (...)

7. CONSIDERACIONES FINALES

Se le sugiere al grupo jurídico evaluar y si se da inicio al proceso sancionatorio a que haya lugar por la intervención de la Zona de Preservación Ambiental ZMPA del Humedal Jaboque, por parte de la Constructora Parque Central S. A., sin el permiso correspondiente. Dado que se generó impactos negativos por el proceso constructivo, sin atender las medidas de mitigación que se exigen a través del permiso que otorga la Secretaría, una de las actividades que más impacta es la excavación (remoción de cobertura vegetal), la cual también genera material particulado, mal manejo de capa vegetal, arrastre de materiales y residuos al espejo de aguas del Humedal. (...)

Mediante Auto No. 01484 del 21 septiembre 2012, se inició proceso sancionatorio de carácter ambiental en contra de la Constructora Parque Central S.A., con NIT. 800.028.206-4, con el fin de verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción ambiental.

El anterior Auto fue notificado personalmente al señor JOSE WILLIAM PEREZ MARTINEZ, identificado con cédula de ciudadanía 93.360.648 de Ibagué, quien funge como cuarto suplente del gerente de la compañía CONSTRUTORA PARQUE CENTRAL S.A., el día 29 de enero de 2013 y comunicado al Procurador Delegado Para Asuntos Ambientales y Agrarios, mediante radicado 2013EE033025, del 27 de marzo de 2013.

El Auto No. 1484 del 21 de septiembre de 2012 fue publicado en el boletín legal de esta Secretaría el día 30 de diciembre de 2014.

A través del Auto 2488 del 08 de octubre de 2013, se formuló pliego de cargos contra la CONSTRUTORA PARQUE CENTRAL S.A, a título de dolo, así:

“Cargo único: Realizar obras constructivas en la Zona De Manejo y Preservación Ambiental –ZMPA- del Humedal Jaboque sin el respectivo permiso de ocupación de cauce, en desarrollo del proyecto “Conjunto Residencial Parques de Almazan”, incumpliendo con esto el artículo 102 y 132 del Decreto 2811 de 1974, en concordancia con el artículo 96 del Decreto 190 de 2004.”

El anterior Auto fue notificado personalmente el día 24 de abril de 2015, al señor JOSE WILLIAM PEREZ MARTINEZ, identificado con cédula de ciudadanía 93.360.648 de Ibagué, quien actúa en calidad de suplente del representante legal de CONSTRUTORA PARQUE CENTRAL S.A (folio 58 anverso y 62).

Poor medio del escrito con radicado 2015ER78892 del 08 de mayo de 2015, el señor JULIAN SALCEDO BENAVIDEZ, en calidad de Gerente General de la CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A., radica descargos contra el Auto 2488 del 08 de octubre de 2013, estando entro del término legal.

Por medio del Auto 03531 del 25 de septiembre de 2015, esta Secretaría ordenó abrir el periodo probatorio, decretando como pruebas además del Concepto Técnico 04733 de 2012 las indicadas en el escrito de descargos a excepción del correo electrónico del 14 de febrero de 2012 (Folio 120-125).

El anterior Auto fue notificado personalmente al señor JOSE JULIAN PEREZ MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía número 93.360.648 en su calidad de cuarto suplente del representante legal.

Mediante radicado 2015ER253615 del 16 de diciembre de 2015 el Gerente General de la Constructora JULIAN SALCEDO BENAVIDES presentó recurso de reposición contra el Auto 03531 del 25 de septiembre de 2015, al no decretar como prueba el correo electrónico del 14 de febrero de 2012 suscrito por LUIS SUAREZ de la EAAB.

A través del Auto 03068 del 11 de agosto de 2019, esta Secretaría decidió el recuro interpuesto en el cual señaló modificar el artículo 3 del Auto 03531 de 2015 e incorporar como prueba el correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2012. Dicho auto fue notificado personalmente el 169 de agosto de 2019 al señor JOSE WILLIAN PEREZ, cuarto suplente del Gerente de CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL SA.

Por medio de la Resolución No. 3921 del 31 de diciembre de 2019, esta autoridad ambiental encontró responsable a la sociedad investigada, declarándola responsable ambiental, imponiéndole una multa por la suma de \$121.437.388 entre otros aspectos, decisión que le fue notificada personalmente al representante legal de la sociedad investigada el 16 de enero de 2020 y comunicada a la Procuraduría General de la Nación por medio del radicado 2020EE30290.

Inconforme con la anterior decisión, el representante legal de la sociedad investigada presentó escrito de reposición con radicado 2020ER14043.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

De los Fundamentos Constitucionales

Que, la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 29 a saber refiere;

"(...) 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 (...)”.

Que, el artículo 79 de la Constitución Nacional consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, estableciendo que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Que, el Artículo 80 de la Constitución Política, prevé que corresponde al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, indica que el Estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Que, respecto al tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-0535 de 1996, ha reconocido frente a la Publicidad Exterior Visual que:

“(...) la colocación de vallas y avisos afecta esencialmente el paisaje, que ha sido clasificado dentro de los denominados recursos naturales renovables. De otro lado, el paisaje es un recurso natural renovable que guarda una íntima relación con la identidad cultural y social de los municipios y territorios indígenas. La Corte concluye que el tema de la publicidad exterior visual hace parte de la noción de “patrimonio ecológico” local, por lo cual se está frente a una competencia propia de los concejos municipales y distritales, así como de los órganos de gobierno de los territorios indígenas, la cual les es asignada en función del interés territorial subyacente, pues los problemas de primariamente un ámbito local, por lo cual su regulación corresponde también, en principio, a las autoridades municipales y de los territorios indígenas (...)”

De los principios

Que, la Carta Política en su artículo 209 del Capítulo 5; de la función administrativa, establece que:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Que en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-892 de 2001, fundamentando la aplicación de principios de la siguiente manera:

“(...) De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y para ello debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Es claro que para garantizar la vigencia de los anteriores principios, la ley impone una serie de restricciones a la Administración, que hacen más lenta y compleja su marcha, pero que se justifican precisamente en razón de la finalidad de interés público que ellos comportan.”

Que, el Estado como ente del poder público, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de garantizar la "seguridad jurídica" al ejercer su poder político, jurídico y legislativo.

Que, la seguridad jurídica es un principio universalmente reconocido del Derecho que se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

Que, la seguridad jurídica es la garantía dada al individuo por el Estado, de que tanto la persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por su protección y reparación.

Que, en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente.

Que así mismo, el artículo tercero del Decreto 01 de 1984, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que " Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera".

Que, en el numeral 2 del mencionado artículo se establece que en virtud del principio de economía se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

Que, igualmente en el numeral 5 del precitado artículo, se determina que en virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

Que, por otra parte, los principios orientadores del derecho constituyen postulados rectores de las actuaciones administrativas, codificados para garantizar un eficaz y justo obrar de las entidades a través de sus funcionarios públicos, quienes deben observarlos, en su condición de servidores del Estado y de la comunidad, para asegurar el cumplimiento de los contenidos estatales y demás directrices que determina el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

Que estos principios, por ser prevalentes deben observarse en las actuaciones administrativas que los requieran con las condiciones de forma y fondo, que constituyen verdaderas garantías para los administrados y los particulares.

Del recurso de reposición

Que, el Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo, en su artículo 74, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 50. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)

Que, el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 consagra que;

“...Oportunidad y Presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición. Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios.”

Que, el Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo, en su artículo 52 indica lo siguiente:

“...Requisitos. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.

2. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley.

3. Relacionar las pruebas que se pretende hacer valer.

4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente. Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si la recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.”

Que, el artículo 53 del Decreto ídem establece:

“ARTÍCULO 53. Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.”

Fundamentos procedimentales aplicables al caso en estudio.

Que, en virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos y conforme al principio de eficacia se deberá tener en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo los obstáculos puramente formales con el fin de evitar las decisiones inhibitorias.

Que, desde el punto de vista procedimental, el Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, regula las acciones o procedimientos administrativos.

Que, en lo atinente a principios, el Decreto 01 de 1984 consagra en su Artículo 3 que;

“(…) Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

(…) En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley. En virtud del

principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales. (...)

Que, de acuerdo a los preceptos constitucionales, el contenido y alcance de las regulaciones existentes en materia de protección ambiental y manejo de los recursos naturales en nuestro país, debe esta Autoridad Ambiental adelantar sus actuaciones dentro del marco de las finalidades de la función administrativa ambiental, propendiendo por el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, teniendo de presente que el desarrollo económico no se convierta en una amenaza a la preservación de los recursos naturales renovables, garantizado adicionalmente que sus pronunciamientos se darán de la mano de los principios precitados

III. DE LA OPORTUNIDAD DEL RECURSO

Que de acuerdo con los artículos 30 de la Ley 1333 de 2009 y 51 del Decreto 01 de 1984, el recurso de reposición debe interponerse en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso.

Que el recurso de reposición constituye un instrumento legal mediante el cual la parte interesada tiene la oportunidad de ejercer el derecho de controvertir una decisión, para que la administración previa su evaluación, la confirme, aclare modifique o revoque, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el efecto.

Que la **Resolución 3921 del 31 de diciembre de 2019**, fue notificada personalmente el 16 de enero de 2020 al representante legal de la sociedad investigada.

Que mediante radicado 2020ER14043 del 23 de enero de 2020, el señor JULIAN SALCEDO BENAVIDES, interpuso recurso de reposición en contra de la **Resolución 3921 del 31 de diciembre de 2019**, dentro del término legal, señalando lo siguiente:

2.1. Ausencia de dolo y actuación bajo fuerza mayor y hecho de un tercero

Conforme lo relatado en los antecedentes de este recurso y cuyas pruebas obran en la respuesta al pliego de cargos, se insiste en la fuerza mayor y el hecho de un tercero como causales eximentes de responsabilidad, conforme lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1333 de 2009.

En efecto, Constructora Parque Central tuvo que intervenir una parte (10 metros) de la zona de Manejo y Preservación Ambiental – ZMPA del humedal El Jaboque (sin ocupación de cause), mientras tenía lugar el otorgamiento del permiso, por una situación de fuerza mayor, lo que tuvo que privilegiarse frente al riesgo inminente en que se encontraba la comunidad vecina, lo que a su vez alertó y solicitó la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, entidad que para ese momento estaba en incapacidad de atender el bombeo de aguas lluvias a través de la planta Villa Gladys, por falta de redes y ante la ola de emergencia invernal que vivía para ese momento la ciudad de Bogotá.

Por lo tanto, considerando que las circunstancias de fuerza mayor y hecho de un tercero que motivaron la actuación de la Constructora fueron ajenas a su propia voluntad, se desvirtúa que ésta

hubiera actuado con dolo o con culpa, por lo que es improcedente su responsabilidad frente al cargo único de haber iniciado la intervención de la zona del humedal El Jaboque sin haber tenido lugar la expedición del permiso.

2.2. Falta de motivación de la sanción impuesta y violación del principio de confianza legítima

Efectuado el análisis del Informe Técnico No. 1986 del 17 de noviembre de 2019 y del No. 2445 del 23 de diciembre de 2019, los cuales se incorporan como parte integral de la resolución recurrida y que en razón a ello sólo se tiene conocimiento de los mismos desde la notificación de dicha resolución, se evidencia una falta de motivación de la sanción impuesta, conforme se indica a continuación:

Los informes técnicos mencionados aplican de manera equivocada el modelo matemático que regula las sanciones ambientales, contenido en la Resolución 2086 de 2010 del MAVDT, por lo siguiente:

(i) Se aplica como indicador para calificar la "probabilidad de ocurrencia de la afectación (o)" en 0.4, cuando debería ser cero, ya que no tuvo lugar ni afectación ambiental ni riesgo de afectación que hubieren sido evidenciados y que permitieran su cuantificación. O bien, en el peor de los casos, esa "probabilidad de ocurrencia de la afectación (o)" debería haber sido calificada como "muy baja", conforme lo indica el artículo 8 de la Resolución 2086 de 2010 del MAVDT, lo que da lugar al 0.2 en lugar del 0.4.

Para la calificación de la matriz de afectación potencial se hace referencia a los componentes de suelo, agua y paisaje, de manera general e indicando simplemente que las afectaciones se derivan del hecho de "realizar obras constructivas en la zona de manejo de preservación ambiental- ZMPA del Humedal Jaboque sin el respectivo permiso de ocupación de cauce."

Lo mismo ocurre con la descripción del riesgo, la cual se refiere de manera genérica, indicando la importancia de los humedales en el sistema biológico, pero sin puntualizar ni identificar en qué se materializó el supuesto riesgo ambiental que daría lugar a la sanción. En efecto, todo se sustenta en el hecho de no contar con el permiso previo y con ello se asume, de manera arbitraria, que las obras habrían generado un riesgo ambiental, cuando ello no está probado. De hecho, las obras que se ejecutaron antes de que se expidiera el permiso de ocupación, el cual fue otorgado mediante la Resolución 738 del 7 de julio de 2012, se llevaron a cabo, en la práctica, dando cumplimiento a las condiciones contenidas en dicha resolución.

(ii) Se aplica como indicador para calificar la "magnitud potencial de la afectación (m)" en 20, bajo la calificación correspondiente a "irrelevante" en el artículo 8 de la resolución mencionado, cuando debería ser cero, pues no fue evidenciada ninguna afectación ambiental ni tampoco un riesgo de afectación que permitieran dar la cuantificación mencionada.

(iii) Entonces, debiendo ser cero (0) los dos componentes del modelo matemático sancionatorio, es decir, la "probabilidad de ocurrencia de la afectación (o)" y la "magnitud potencial de la afectación (m)"; la "determinación del riesgo" debería ser cero y no 8, dando lugar a que la valoración monetaria de la "importancia del riesgo" sea cero. O bien, en el peor de los casos, la "determinación del riesgo" debería ser \square como resultado de aplicar la siguiente fórmula:

$$r = 0.2 * 20$$
$$r = 4$$

Luego de lo cual, aplicada la fórmula del artículo 8 de la Resolución 2086 de 2010 del MAVDT, la multa sería de \$36.536.478 y no \$73.072.956, conforme se indica a continuación:

$$R = (11.03 * 828.116) 4$$

$$R = \$36.536.478$$

Donde:

R = Valor monetario de la importancia del riesgo 828.116 es el SMLMV

r = Riesgo

A pesar de haber sido ilustrado y probado en la respuesta al pliego de cargos la situación de fuerza mayor (riesgo inminente de inundación de la zona) y el hecho de un tercero representado en la decisión que adoptó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en el sentido de ejecutar las obras de manera inmediata, dichas situaciones no fueron tenidas en cuenta como atenuantes dentro de la fórmula; todo lo contrario, se aplicó de manera general un agravante de 0.15 representado, nuevamente, en haber realizado la intervención de la ZMPA sin que hubiere sido expedido para ese momento el permiso.

Teniendo en cuenta el artículo 9 de la Resolución 2086 de 2010 del MAVDT, no se identifica dentro de las causales agravantes la establecida en el informe y, sin embargo, la aplican. Por el contrario, dentro de las causales atenuantes se refiere a "que con la infracción no exista daño al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o la salud humana", circunstancia que conforme lo dicha en la norma mencionada "debe ser valorada en la importancia de la afectación potencial. "; lo que no fue considerado al momento de aplicar el modelo matemático y cuantificar la sanción.

Conforme lo anterior, si se parte de la base de una sanción de menor valor según se refirió atrás (\$36.536.478) y se excluye el factor agravante que fue aplicado en 0.15, y en su lugar se incluye un factor atenuante del -0.4 (que es el atenuante referido para las demás causales en el artículo 9 de la resolución mencionada), la sanción se vería reducida así, que es la que se solicita aplicar, como pretensión subsidiaria en el presente recurso:

Beneficio ilícito

Temporalidad

Grado de afectación ambiental

Circunstancias Atenuantes

Costos Asociados

Capacidad socio económica

MULTA

El Informe Técnico No. 1986 del 17 de noviembre de 2019 se soporta a su vez en el Concepto Técnico No. 04733 del 26 de mayo de 2015, para efectos de determinar los criterios de ponderación de la supuesta afectación ambiental, pero al referir dicho concepto técnico no efectúa el informe una identificación o individualización de afectaciones o riesgos ambientales que hubieren sido evidenciados en el concepto técnico mencionado.

Por otra parte, llama la atención que mientras la resolución recurrida motiva la individualización de la multa en los informes técnicos números 1986 del 17 de noviembre de 2019 y del No. 2445 del 23 de diciembre de 2019, con las falencias referidas anteriormente, no haga referencia alguna al Concepto Técnico No. 5281 del 2 de junio de 2015, de cuyo aparte tuvo conocimiento la Constructora

con ocasión de la comunicación remitida por la Secretaría Distrital de Medio Ambiente el 10 de mayo de 2018, bajo el radicado número 2018EE106054, dentro del proceso 3839221, comunicación y concepto que establecen lo siguiente:

"En este sentido y considerando que según concepto técnico 5281 del 02-06-2015 (2015IE9687 4) el proyecto "se encuentra finalizado, por tanto no se observa afectación al medio como consecuencia de derrames o vertimientos de hidrocarburos o aguas contaminadas en el suelo o cauce del canal, ni se evidencian afectaciones como consecuencia de la emisión de material particulado gases que afecten el medio ambiente ni afectaciones por ruido o quemas a cielo abierto en el área circundante del proyecto" para poder dar cierre al expediente de la referencia, se reitera a la empresa CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. remitir soporte de pago por concepto del seguimiento al POC del proyecto en mención, como se establece en la Resolución 00738 del 07-07-2012, por valor de quinientos ochenta mil novecientos pesos (\$580. 900)."

Tampoco tiene en cuenta la resolución recurrida el Informe de Visita del 16 de octubre de 2015, en el se deja constancia de la ejecución el proyecto sin afectaciones, con menciones expresas que consta en dicho informe, el cual se adjunta como prueba, concluyendo la siguiente observación:

"Observaciones. Durante la visita de control y seguimiento ambiental al proyecto denominado cabezal de entrega de alcantarillado pluvial del conjunto residencial Parques de Almazán, se evidencia que el proyecto fue finalizado sin afectaciones al medio como resultado de la ejecución de las obras"

En conclusión, se evidencia una contradicción entre la resolución recurrida que opta por sancionar a la Constructora (incluidos los informes técnicos incorporados a la misma) y lo afirmado por la misma Secretaría Distrital de Ambiente en conceptos técnicos e informes de visita que han sido parte del proceso, lo que conduce a una falta de motivación en la imposición de la sanción pues por una misma actuación no puede ser concluida en sentidos contrarios, debiendo prevalecer, bajo el principio de confianza legítima y el debido proceso, lo concluido por la misma autoridad en Concepto Técnico No. 5281 del 2 de junio de 2015, conforme al cual, no habría tenido lugar ninguna afectación ambiental, estando pendiente únicamente el pago de la suma de \$580.900, lo que se acreditó posteriormente ante la autoridad.

2.3 Violación del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción

Se considera que bajo la imposición de una sanción por valor de \$121.437.388, cuando no tuvo afectación ambiental ni tampoco riesgo de afectación ambiental, así como tampoco ningún aprovechamiento ilícito, ni la obtención de ningún beneficio, sino todo lo contrario, se evitó un riesgo de inundación, es violatorio del principio de la proporcionalidad.

En efecto, la fuente de la sanción está representada en un cargo único que indica:

"Realizar obras constructivas en la Zona de Manejo de Preservación Ambiental -ZMPA del Humedal Jaboque sin el respectivo permiso de ocupación de cauce, en desarrollo del proyecto "Conjunto Residencial Parques de Almazán", incumpliendo con esto el artículo 102 y 132 del Decreto 2811 de 197 4, en concordancia con el artículo 96 del Decreto 190 de 2004."

Es decir, no existen cargos relativos a afectaciones ambientales ni a riesgos de amenaza ambiental; se trata de una situación formal de no haber podido acreditar el permiso de autorización que se

encontraba en trámite, antes de iniciar la intervención de la ZMPA, lo que debió tener lugar por motivos de fuerza mayor y solicitud de la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ya ampliamente ilustrados, sin que por ello se hubiera generado una afectación o un riesgo ambiental.

Conforme lo ilustrado, consideramos que el cargo único que motiva la sanción impuesta no reviste la gravedad representada en la valoración económica de la multa y en caso de considerarse la imposición de una sanción, es necesaria la aplicación de los criterios contenidos en el artículo 5 de la Ley 1333 de 2009, compilado en el artículo 2.2.10.1.2:1, lo que comprende un análisis soportado de los mismos, lo que no tuvo lugar a la hora aplicar el modelo matemático sancionatorio, si bien son referidos de manera nominal del informe técnico que se integra como parte de la resolución recurrida:

Beneficio ilícito, que fue calificado en cero.

Factor temporalidad, que fue calificado en 55 días, entre el día de la visita y el día de la obtención del permiso, asumiendo con ello, de manera equivocada, que ante la falta de permiso durante ese plazo, necesariamente se causaba un riesgo ambiental.

Grado de afectación ambiental y/o evaluación del riesgo, el cual resulta calificado en 8, cuando debería ser cero.

Agravantes y atenuantes, frente a lo cual sólo fue aplicada una situación agravante, representada en la falta del permiso, que es la misma fuente de la multa, por lo que se considera improcedente aplicarlo como agravante y en cambio no se aplica ningún atenuante, representado en la actuación de buena fe, la fuerza mayor y la ausencia de beneficio ilícito, entre otros.

Los costos asociados, que fueron calificados en cero.

La capacidad económica que fue calificada en 1 por resultar Constructora Parque Central calificada como una empresa grande.

Por último, ante la falta de gravedad de los hechos que motivan la sanción, se considera que la autoridad ambiental ha debido considerar otra sanción antes de proceder a la imposición de una sanción de orden económico, que por su valor, resulta inconsistente y desproporcionada! ante la no ocurrencia de afectación ambiental ni de riesgo ambiental

2.4 Caducidad de la acción administrativa

En atención a lo establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a los hechos motivo del proceso sancionatorio que da lugar a la resolución recurrida, se solicita aplicar la caducidad de la acción administrativa dado que la facultad que habría tenido la Secretaría Distrital de Ambiente para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años contados desde la ocurrencia de los hechos, de manera que frente a hechos ocurridos en el año 2012, ya no habría lugar a imponer sanción. (...)

Es necesario precisar la norma sustancial del régimen administrativo aplicable para el caso en particular, pues ella determinará el fundamento jurídico del presente acto administrativo. Así las cosas, es pertinente traer a colación el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 -Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, norma que establece el régimen de transición y vigencia del nuevo Código respecto al anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984 y sus modificaciones), en los siguientes términos:

"...ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior..."

Que el citado Código entró en vigencia a partir del 2 de Julio de 2012, ordenando su aplicación a todos los procesos, demandas, trámites, procedimientos o actuaciones administrativas que se inicien con posterioridad a dicha fecha, estableciendo a su vez, que los que estuvieran en curso al momento de entrar a regir, seguirían tramitándose conforme al régimen jurídico anterior.

Que en el caso que nos ocupa, resulta necesario indicar que, las actuaciones administrativas se iniciaron, con el operativo cumplido por esta autoridad ambiental, el día **16 de mayo**, cuyos hallazgos fueron plasmados en el **Concepto Técnico 4733 del 26 de junio de 2012**, debiendo tomarse como base para la aplicación de la norma procedimental el Decreto 01 de 1984. Fundamento para la generación del presente proceso, como se dijo anteriormente, lo que nos indica que aquel se da bajo la vigencia del precitado Código.

Que luego entonces y en reiteración de lo atrás dicho atendiendo el contenido de la anterior disposición, resulta evidente que el régimen jurídico administrativo aplicable al presente caso, es el dispuesto en el Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), como se indicó en el inciso anterior..

IV. FRENTE A LOS ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE, ESTA AUTORIDAD PROCEDE A PRONUNCIARSE

Que una vez revisada y analizada la información anexa al recurso de reposición a la Resolución No. 3921 del 31 de diciembre de 2019, y los argumentos expuestos por el recurrente, esta Secretaría se pronunciará en el mismo orden en el que fueron presentados los argumentos así:

Ausencia de dolo y actuación bajo fuerza mayor y hecho de un tercero

Dolo

En este argumento, el recurrente mezcla tres conceptos claramente definidos por la jurisprudencia. El primero de ellos es el dolo, definido como la Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud, entiendo para el caso particular como la conducta sancionada por la ley.

En ese sentido, la sociedad investigada sabía de antemano, que para poder intervenir el humedal Jaboque, debía solicitar la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente, que para este caso es la Secretaría Distrital de Ambiente.

Sabiendo entonces que el recurrente que su representada necesitaba la correspondiente autorización para intervenir el cuerpo de agua, decidió por su cuenta y riesgo en todo caso proceder con las correspondientes obras tal y como se menciona en el Concepto Técnico mencionado en los siguientes términos:

7. CONSIDERACIONES FINALES

Se le sugiere al grupo jurídico evaluar y si se da inicio al proceso sancionatorio a que haya lugar por la intervención de la Zona de Preservación Ambiental ZMPA del humedal Jaboque, por parte de la Constructora Parque Central S.A., sin el permiso correspondiente. Dado que se generó impactos negativos por el proceso constructivo sin atender las medidas de mitigación que se exigen a través del permiso que otorga la Secretaría, una de las actividades que más impacta es la excavación (remoción de cobertura vegetal) la cual también genera material particulado, mal manejo de capa vegetal, arrastre de materiales y residuos al espejo de aguas del Humedal.

Es preciso tener en cuenta que por medio del radicado 2012ER048069, la sociedad sancionada presentó la información para el otorgamiento del permiso de ocupación del cuerpo de agua Humedal Jaboque. De lo anterior se desprende que la mencionada sociedad sabía que era necesario solicitar el permiso para ocupar dicho cuerpo de agua, pues su conocimiento le permitió solicitar toda la información requerida por la normatividad ambiental para este tipo de obras.

Sabiendo entonces que se requería el permiso correspondiente, la sociedad investigada procedió con la intervención del cuerpo de agua sin contar con la autorización, intervención que se llevó a cabo entre el 1 de abril de 2013 fecha en la que se radicó la información para el permiso y el 16 de mayo de 2012, fecha en la que se llevó a cabo la visita por parte de esta autoridad ambiental.

Sobre el dolo en material ambiental, la Corte Constitucional, en Sentencia C-595/10, con ponencia del magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO dijo lo siguiente:

(...)

Si bien la regla general es que los sujetos procesales deben demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el ánimo de propender por la efectividad de los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, el legislador podía liberar al Estado de la carga de la prueba -redistribución de las cargas procesales-, sin perjuicio de que el presunto infractor pueda desvirtuar la culpa o el dolo mediante prueba en contrario.(...)

Y más adelante sostuvo que:

(...) No se pasa, entonces, inmediatamente a la sanción sin la comprobación del comportamiento reprochable. La presunción existe solamente en el ámbito de la culpa o el dolo, por lo que no excluye a la administración de los deberes establecidos en cuanto a la existencia de la infracción ambiental y no impide desvirtuarla por el mismo infractor a través de los medios probatorios legales.

La presunción legal puede recaer sobre la violación de las normas ambientales y el daño al medio ambiente. 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, a pesar de las dificultades que en ciertos eventos pueda representar su demostración. (...)

En ese orden de ideas, si la sociedad investigada actuó sin dolo en el presente caso, era su deber demostrar que efectivamente esa modalidad de cumpla no existió en su actuar y que por el contrario actuó bajo un deber estrictamente legal o bajo una causal eximente de responsabilidad.

Así lo prevé el artículo 167 del Código General del proceso que establece lo siguiente:

Artículo 167. Carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

En este caso, la sociedad investigada no cumplió con su deber procesal de aportar las pruebas que demostraran la ausencia del dolo o su culpa o al menos estar actuando bajo una causal eximente de responsabilidad.

Ni los argumentos expuestos ni las pruebas aportadas, lleva a esa autoridad ambiental a concluir que efectivamente esa sociedad actuó sin dolo en el presente caso. Lo anterior queda evidenciado, cuando la misma sociedad acepta que intervino el humedal Jaboque cuando estaba en trámite la correspondiente licencia ambiental, así se describe en los antecedentes de los descargos cuando se menciona que:

(...)

- (I) *Lo que hizo la Constructora estando en trámite la solicitud de permiso radicada el 13 de abril de 2012, fue adelantar las obras de intervención con miras a lograr la conexión que permitiera el desagüe al humedal El Jaboque, actividades que tuvieron que ser realizadas bajo, circunstancias especiales que justificaron haber adelantado dichas obras, habiendo radicado en debida forma la solicitud del permiso, precisamente por el riesgo de inundación que se presentó para aquella época y por solicitud de urgencia expresada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, con la que se buscaba proteger a la comunidad de la zona, conforme se ilustra más adelante. (...)*

Si bien las obras fueron autorizadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, es preciso advertir que esa entidad no es la encargada de autorizar la intervención del cuerpo de agua.

En consecuencia no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente en cuanto a la inexistencia del dolo.

Fuerza mayor

En cuanto a los argumentos de la existencia de la fuerza mayor, es preciso destacar que en este caso, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la sociedad investigada.

En este caso, en su escrito de descargos, la sociedad investigada no presentó ni solicitó entre sus pruebas ninguna que llevara a demostrar la existencia concreta de la fuerza mayor.

La Corte Constitucional citando al Consejo de Estado en sentencia SU 499 de 2012 dijo lo siguiente:

En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, la Sala en Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo:

“la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña).

(...) } lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias () En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.

() además de imprevisible e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa () cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por parte de este”(páginas 334, 335 y 337⁽¹⁵⁶⁾)”

Siendo así, interesaba a la sociedad recurrente demostrar uno a uno de los requisitos expuestos por la jurisprudencia para que se configurara la fuerza mayor. No se trata de un capricho de la Secretaría, sino que es un requisito establecido en la jurisprudencia y además por el Código General del Proceso en su artículo 167 que establece lo siguiente:

Artículo 167. Carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

Ninguna de las pruebas aportadas se dirigió a demostrar la existencia de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, por lo que dicho argumento no puede ser de recibo.

En efecto, de las pruebas allegadas, no se muestra que la conducta de la sociedad investigada haya estado amparada por un hecho externo, que fuera irresistible ni mucho menos imprevisible ni que fuera externo a dicha sociedad.

En los antecedentes de su escrito de descargos, la sociedad investigada sostuvo lo siguiente:

(...)

1.2. Si bien es cierto que Constructora Parque Central intervino una parte (4metros) de la zona de manejo y preservación ambiental ZMPA- del humedal el Jaboque, estando en tramite la expedido del permiso correspondiente, es necesario precisar lo siguiente:

- (II) *La ocupación de cauce del humedal El Jaboque no tuvo lugar son con posterioridad a la obtención del permiso, el cua fue otorgado mediante Resolución 738 de julio 7 de 2012. Tampoco se produjo alteración de los cauces, ni del régimen y la calidad de las aguas, ni se interfirió con su uso legítimo.*
- (III) *Lo que hizo la Constructora estando en trámite la solicitud de permiso radicada el 13 de abril de 2012, fue adelantar las obras de intervención con miras a lograr la conexión que permitiera el desagüe al humedal El Jaboque, actividades que tuvieron que ser realizadas bajo, circunstancias especiales que justificaron haber adelantado dichas obras, habiendo radicado en debida forma la solicitud del permiso, precisamente por el riesgo de inundación que se presentó para aquella época y por solicitud de urgencia expresada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, con la que se buscaba proteger a la comunidad de la zona, conforme se ilustra más adelante.*
- (IV) *Con la intervención realizada no se ocupó el cauce ni se causó ningún daño ambiental y la misma Secretaría de Medio Ambiente pudo constatar la realización de las obras conforme lo autorizado en el permiso de ocupación del cauce, lo que hizo en visitas realizadas con posterioridad en agosto y noviembre de 2012 (...)*

Los antecedentes expuestos por la sociedad investigada en su escrito de descargos contradicen abiertamente lo expuesto en el recurso de reposición, pues de una parte se alega que efectivamente se llevó a cabo la ocupación del cauce del humedal El Jaboque sin contar con la debida autorización, pero posteriormente se indica que no se ocupó ni que se causó un daño ambiental.

Por lo anterior no existe prueba que demuestre la existencia de la fuerza mayor alegada por la sociedad investigada.

Hecho de un tercero

El hecho de un tercero también es una causal de eximente de responsabilidad, la cual debe ser demostrada por quien la alega, pero tal causal de exoneración se encuentra encaminada a demostrar que la sociedad investigada no produjo un daño.

La configuración de esta causal impide que se pueda imputar algún tipo de responsabilidad al administrado, pero en relación con la existencia de un daño, no con la necesidad de la autorización para ocupar un cauce.

En efecto, el Consejo de Estado consideró que:

Sobre el tema, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de Febrero 25 de 1994. Expediente 7970 dijo lo siguiente: “ De acuerdo con el Consejo de Estado, *“el hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración en el derecho administrativo colombiano, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura del nexo causal”.*

En providencia del año 2020, el mismo Consejo de Estado sostuvo que:

[Que] el hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad «exige que la actuación alegada como tal sea exclusiva y determinante en la producción del daño y que además resulte imprevisible e irresistible para la Administración, para cuyo propósito debe acreditarse que el tercero participó de forma preponderante y exclusiva en la realización del injusto. Así, de probarse cada uno de estos elementos, deberá absolverse al demandado e imputarse el daño al tercero. (Consejo de Estado, sección tercera, Exp. AC 2158849 del 24 de septiembre de 2020, [C.P. María Adriana Marín]).

Como puede apreciarse, el hecho de un tercero debe cumplir con ciertos requisitos para que puede declararse en el presente asunto, requisitos que no fueron demostrados por la sociedad investigada ni en su escrito de descargos ni en el recurso de reposición.

Se reitera, lo que se reprocha a la sociedad investigada no es la producción de un daño, sino la intervención del humedal Jaboque sin contar con la correspondiente autorización.

De lo anterior se desprende que para que se configure el hecho de un tercero se requiere que el hecho del tercero sea la única causa generadora del daño, que el tercero se encuentre identificado, que el tercero no tenga ningún vínculo con la sociedad investigada y que ese hecho sea imprevisible e irresistible para el causante del daño.

Trayendo estos conceptos al caso particular, le correspondía a la CONSTRUCTURA PAQUE CENTRAL demostrar la concurrencia de todos estos requisitos, para lograr demostrar que la obra se realizó por culpa de un tercero y que no solicitó la correspondiente licencia también por culpa de un tercero. Esto nunca ocurrió, razón por la cual dicho argumento no puede ser despachado favorablemente.

Falta de motivación de la sanción impuesta y violación del principio de confianza legítima.

Con respecto a la solicitud de reconsiderar el monto de la multa impuesta se precisa lo siguiente:

La resolución 2086 de 2010 del MAVDT (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), por la cual se adopta la metodología para la tasación de multas consagradas en el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009, desarrolla el cálculo para cada una de las variables previstas en la modelación matemática definida en el artículo 4 de esta misma Resolución.

Para el caso de la “*probabilidad de ocurrencia de la afectación*” el artículo 8 de la Resolución 2086 de 2010, establece que esta se puede calificar como muy alta, alta, moderada, baja o muy baja tal y como se enuncia en la siguiente tabla:

Tabla 1. Valoración de la Probabilidad de Ocurrencia

| Criterio | Valor de Probabilidad de Ocurrencia |
|-----------------|--------------------------------------------|
| Muy alta | 1 |

| | |
|----------|-----|
| Alta | 0.8 |
| Moderada | 0.6 |
| Baja | 0.4 |
| Muy Baja | 0.2 |

De acuerdo con lo anterior, se precisa que la metodología no contempla el valor de cero (0) por lo tanto no puede ser tenida en cuenta en el presente recurso de reposición.

Ahora bien, el informe técnico No. 1986 de 17 de noviembre de 2019 aclarado por el informe técnico No. 2445 de 23 de diciembre de 2019, considero que con la infracción no se generó una afectación ambiental por lo que la infracción se concretó y se evaluó como un riesgo de afectación ambiental y por tanto una de las variables a tener cuenta es la probabilidad de ocurrencia de la afectación.

Esta variable fue valorada en 0.4 que corresponde a una probabilidad de ocurrencia baja, teniendo en cuenta que el nivel de certeza que se tiene de que las afectaciones evaluadas ocurran sea baja. Sin embargo, en la documentación que reposa en el expediente se indicó que la duración de la infracción fue de 55 días que corresponde al tiempo desde que se detectó la infracción y la fecha en la que se otorgó la autorización de ocupación de cauce y por tanto se asume como la fecha en la que cesó la infracción.

Lo anterior teniendo en cuenta que el usuario cumplió con los lineamientos técnicos solicitados por la autoridad ambiental; determinar este tiempo lapso de tiempo resulta importante ya que se realizaron obras constructivas en una zona de manejo y preservación ambiental ZMPA del Humedal sin contar con la respectiva autorización de ocupación de cauce, siendo importante contar con dicha autorización para que la autoridad ambiental supervise la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo con el fin de prevenir, mitigar o compensar los efectos ambientales que la obra pueda generar. Lo que en efecto ocurrió en el presente caso tal y como se enuncia en el concepto técnico No. 04733 de 26 de junio de 2012 en las consideraciones finales “(...). *Dado que se generó impactos negativos por el proceso constructivo, sin atender las medidas de mitigación que se exigen a través del permiso que otorga la Secretaría, una de las actividades que más impacta es la excavación (remoción de cobertura vegetal), la cual también genera material particulado, mal manejo de capa vegetal, arrastre de materiales y residuos al espejo de aguas al humedal (...)*”, que es parte de los insumos que se tuvieron en cuenta para la valoración de la variable probabilidad de ocurrencia.

Con respecto a su solicitud de incluir como atenuante “*Que con la infracción no exista daño al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o la salud humana*”, efectivamente esta ya

se tuvo en cuenta de acuerdo con lo expuesto anteriormente en el sentido que indicar que la metodología se desarrolló como riesgo de afectación ambiental y no como afectación ambiental.

Así mismo, se precisa que no se puede excluir el agravante “*Atentar contra recursos naturales ubicados en área protegidas, o declaradas en alguna categoría de amenaza o en peligro de extinción, o sobre los cuales existe veda, restricción o prohibición*” ya que la infracción se desarrolló en un área protegida a nivel distrital siendo considerado área protegida del distrito que hace parte de la Estructura Ecológica Principal de Bogotá y mundial ya que fue declarada como humedal RAMSAR.

De acuerdo con lo anterior, se considera desde el punto de vista técnico son improcedentes los argumentos expuestos por el recurrente, por lo tanto se ratifican cada una de las variables valoradas en el informe técnico No. 1986 de 17 de noviembre de 2019 aclarado por el informe técnico No. 2445 de 23 de diciembre de 2019.

En cuanto a la confianza legítima, nada dice el recurrente para sustentar sus reparos sobre este aspecto, razón por la cual no hay lugar a pronunciamiento alguno.

Respecto de la falta de motivación, no existe un argumento suficiente en el escrito de reposición sobre el particular.

En todo caso, sobre este tema es preciso tener en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en su sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 110010325000201000064 00 (0685-2010) con ponencia del magistrado Gabriel Valbuena Hernández que dijo lo siguiente:

(...)

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.(...)

Revisado el acto administrativo atacado, se advierte que en el mismo se describieron los hechos, se argumentó legal y jurisprudencialmente la procedencia de la sanción y se argumentó técnica y jurídicamente la sanción impuesta, luego la falta de motivación alegada por el recurrente no tiene la entidad para que esta Secretaría revoque el acto atacado.

En cuanto a la confianza legítima, nada dice el recurrente en su escrito. No obstante, es preciso hacer las siguientes consideraciones.

Según la Corte Constitucional en su sentencia Sentencia T-453/18, el principio de la confianza legítima se define de la siguiente manera:

(...)El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional. (...)

En la misma sentencia se dijo que:

31. Del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”. [48]

32. El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.

En el presente caso, no hubo un actuar intempestivo de esta autoridad ambiental. Por el contrario, la necesidad de requerir el permiso para poder intervenir el humedal Jaboque, proviene de normas que se remontan desde el año 1974, como lo es el Decreto 2811 de ese año y el Decreto 190 de 2004.

En ese orden de ideas, no existió una actuación intempestiva de esta autoridad ambiental ni decisiones arbitrarias en el presente caso que vulneraran los derechos fundamentales de la sociedad investigada.

Violación del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa

En sentencia C-703 de 2010, sobre el principio del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

(...)

En efecto, la Corte ha puesto de relieve que la preocupación por el medio ambiente no estriba en □un amor platónico hacia la madre naturaleza□ [39], sino en la posición que le corresponde a la persona, pues los □seres humanos constituyen el centro de preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible□ [40]

y el derecho al medio ambiente es fundamental para la existencia de la humanidad □ y no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas□, razón por la cual las actividades económicas no pueden vulnerarlo, □ no obstante lo importante que para la economía del país sea la actividad económica a desarrollar□[41].

Así pues, el principio de proporcionalidad también es aplicable cuando se trata de la imposición de sanciones ambientales, tal como ha sido reconocido por la doctrina que considera su efectiva aplicación como uno de los principales instrumentos para el cumplimiento de la normativa ambiental e indica que, por ejemplo, en relación con las más drásticas procede su imposición □ atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en el ámbito sancionador administrativo□ y □ para los supuestos más graves y lesivos del medio ambiente o de reiteraciones en el incumplimiento de la normativa protectora, es decir, en todos aquellos casos en los que la actividad o empresa se muestra, por su conducta infractora, como una grave amenaza para el interés público ambiental□[43]. (...)

El recurso de reposición se dirige a criticar el modelo matemático utilizado en el informe técnico de criterios No. 1986 del 17 de noviembre de 2019, pero no dice de manera específica en que consiste la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que el argumento del recurrente concluye que: “Por último, ante la falta de gravedad de los hechos que motivan la sanción, se considera que la autoridad ambiental ha debido considerar otra sanción antes de proceder a la imposición de una sanción de orden económico, que por su valor, resulta inconsistente y desproporcional ante la no ocurrencia de afectación ambiental ni de riesgo ambiental”

Esta autoridad ambiental encuentra que la sanción impuesta a la sociedad investigada es proporcional, pues además de ser un constructor profesional, en esa misma calidad sabe perfectamente qué requisitos exige la ley y la normatividad ambiental para poder ejecutar la ocupación de un cuerpo de agua, como en efecto sucedió.

En todo caso, las supuestas falencias del modelo matemático del informe técnico de criterios, fueron desvirtuados en el acápite inmediatamente anterior, razón por la cual no existe la necesidad de exponer argumentos adicionales.

Caducidad de la facultad sancionatoria

Con la finalidad de analizar la argumentación expuesta por el recurrente, es del caso precisar que la Resolución No. 3921 del 31 de diciembre de 2019, surgió de la visita realizada el 16 de mayo de 2012, en virtud de la cual se evidenció la intervención por parte de la Constructora Parque Central S.A., de la Zona de Manejo y Preservación Ambiental ZMPA del humedal Jaboque, con la ejecución de obras consistentes en la excavación de 10 mts. De tubería de 24”.

En este orden, se tiene que considera el recurrente que el presente trámite sancionatorio se encuentra viciado por el **fenómeno de la caducidad**, para lo cual, es preciso indicar que el ámbito de aplicación y la doctrina jurídica ha sido clara al establecer que las normas especiales prevalecen sobre las normas generales.

A partir de lo expuesto, se hace necesario precisar cuál es el término de **caducidad** aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que los hechos que dieron origen al presente proceso

sancionatorio acaecieron el 16 de mayo de 2012, como consecuencia de la visita técnica realizada por parte de los profesionales de esta Secretaría, es decir, en vigencia de la Ley 1333 de 2009.

Para tal efecto acudiendo a la norma en comento, el artículo 10 de la misma indica:

***“(…) ARTÍCULO 10. Caducidad de la acción. La acción sancionatoria ambiental caduca a los 20 años de haber sucedido el hecho u omisión generadora de la infracción. Si se tratara de un hecho u omisión sucesivos, el término empezará a correr desde el último día en que se haya generado el hecho o la omisión. Mientras las condiciones de violación de las normas o generadoras del daño persistan, podrá la acción interponerse en cualquier tiempo. (…)*”** (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

En efecto, las normas procesales son de aplicación inmediata, salvo que el Legislador establezca una excepción. Al respecto, el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispuso:

***“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*”**

***Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.*”** (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, debe tenerse presente que la naturaleza del hecho irregular que dio lugar al proceso sancionatorio ambiental, es el punto de referencia y de partida para el cómputo de la caducidad, lo cual significa que, por tratarse de un hecho de ejecución instantánea, la caducidad opera desde el mismo momento de su ocurrencia o desde la fecha en que la autoridad ambiental tuvo conocimiento del suceso, tal y como lo ha reafirmado en múltiples pronunciamientos la doctrina y la jurisprudencia.

Así las cosas, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012 que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se concluye que en el presente caso esta Secretaría conoció del hecho irregular el 16 de mayo de 2012, fecha en la cual ya se encontraba vigente la Ley 1333 de 2009, cuyo artículo 10 estableció un término de caducidad de 20 años, es decir, que esta Autoridad Ambiental dispone de un término de veinte (20) años, contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de los hechos que dieron lugar a la presente actuación, para la expedición del Acto Administrativo que resuelva de fondo la Actuación Administrativa frente al proceso sancionatorio.

Razón por la cual, no son de recibo los argumentos esbozados pues como se evidencia, la Secretaría Distrital de Ambiente ha enmarcado sus actuaciones dentro de la normatividad ambiental vigente y dentro de las facultades expresas fijadas por la Ley.

V. COMPETENCIA DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE

El artículo 5 del Decreto 109 de 2009, modificado por el Decreto 175 de 2009, en su literal d) asigna a esta Secretaría la función de ejercer la autoridad ambiental en el Distrito Capital, en cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico vigente, a las autoridades competentes en la materia.

Que, de conformidad con lo contemplado en el numeral 2° del artículo 2° de la Resolución 01865 del 6 de julio de 2021 modificada por las Resoluciones 046 del 2022 y 00689 del 2023, se delegó en el Director de Control Ambiental, entre otras funciones, la de:

“2. Expedir los actos administrativos que aclaren, modifiquen, adicionen o revoquen los recursos y solicitudes de revocatoria directa, presentados contra los actos administrativos que decidan de fondo los procesos sancionatorios.”

Que, en mérito de lo expuesto, esta Entidad,

DISPONE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 3921 del 31 de diciembre de 2019 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo, el cual quedará para todos sus efectos así:

ARTICULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente Resolución a la CONSTRUCTORA PARQUE CENTRAL S.A. EN REORGANIZACIÓN con NIT 800.028.206-4, a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, en la Carrera 45 No. 108 – 27, Torre 2, oficina 703 de la ciudad de Bogotá de conformidad con los artículos 43, 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

ARTÍCULO TERCERO: Por el Grupo Interno de Trabajo de Notificaciones y Expedientes (GITNE) de esta entidad, efectuar el correspondiente **ARCHIVO** del expediente **SDA-08-2012-1149**.

ARTICULO CUARTO: Comunicar la presente resolución a la Subdirección Financiera de la Dirección de Gestión Corporativa de esta Secretaría para lo de su competencia.

ARTÍCULO QUINTO: Comunicar el contenido de la presente Resolución al Procurador Delegado para Asuntos Judiciales Ambientales y Agrarios el presente acto administrativo, en cumplimiento del artículo 56 de la Ley 1333 de 2009.

ARTÍCULO SEXTO: Publicar la presente en el boletín ambiental, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 71 de la Ley 99 de 1993.

ARTICULO SEPTIMO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno de conformidad con el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo (Decreto – Ley 01 de 1984 y sus modificaciones), entendiéndose agotada la vía gubernativa para esta etapa procesal.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE
Dado en Bogotá D.C., a los 29 días del mes de enero del año 2024



RODRIGO ALBERTO MANRIQUE FORERO
DIRECCIÓN DE CONTROL AMBIENTAL

Elaboró:

| | | | | |
|-------------------------------|------|-----------------------------------|------------------|------------|
| DIEGO FERNANDO SASTOQUE COTES | CPS: | CONTRATO SDA-CPS-20221265 DE 2022 | FECHA EJECUCIÓN: | 03/12/2022 |
|-------------------------------|------|-----------------------------------|------------------|------------|

| | | | | |
|-------------------------------|------|-----------------------------------|------------------|------------|
| DIEGO FERNANDO SASTOQUE COTES | CPS: | CONTRATO SDA-CPS-20221265 DE 2022 | FECHA EJECUCIÓN: | 11/12/2022 |
|-------------------------------|------|-----------------------------------|------------------|------------|

Revisó:

| | | | | |
|--------------------------------|------|---------------------------|------------------|------------|
| KAREN MILENA MAYORCA HERNANDEZ | CPS: | CONTRATO 20230081 DE 2023 | FECHA EJECUCIÓN: | 04/01/2023 |
|--------------------------------|------|---------------------------|------------------|------------|

Aprobó:

Firmó:

| | | | | |
|---------------------------------|------|-------------|------------------|------------|
| RODRIGO ALBERTO MANRIQUE FORERO | CPS: | FUNCIONARIO | FECHA EJECUCIÓN: | 29/01/2024 |
|---------------------------------|------|-------------|------------------|------------|