



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**  
**Sala Cuarta de Oralidad**  
M.P. Ramiro Aponte Pino

Neiva, veintidós de febrero de dos mil dieciséis.

<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>ACCIÓN POPULAR</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>COMEPEZ S.A. Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>EMGESA S.A. E.S.P. Y OTRO</b>
<b>PROVIDENCIA:</b>	<b>AUTO INTERLOCUTORIO</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>41 001 23 33 000 2014 00524 00</b>

**I.- EL ASUNTO.**

Con fundamento en el *principio de economía* -consagrado en el artículo 5º de la Ley 472 de 1998-, en esta providencia se analizan y resuelven las diversas peticiones, recursos y nulidades formuladas por las entidades accionadas, por los coadyuvantes (activos y pasivos), por el incidentado y por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**II.- LAS PETICIONES.**

1.- *EMGESA S.A. E.S.P.*

a.- El 1º de diciembre de 2015 el representante legal para asuntos judiciales solicitó revocar "...el auto del 24 de noviembre de 2015, declarar sin valor ni efecto el auto del 12 de noviembre y la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir de dicho acto". De igual manera, fijar "...fecha y hora para adelantar la audiencia establecida en el artículo 220 del C.P.A.C.A., con el objeto de revisar el dictamen presentado por la CAM"; que se le dé cumplimiento al artículo 279 del C.G.P. (en el sentido de pronunciarse sobre todos los argumentos expuestos), y que *se permita la generación de energía* mientras se rehace toda la actuación cuya nulidad se está pidiendo.

Como sustento, adujo lo siguiente:

i).- No se analizaron con el debido rigor los argumentos que esgrimió en las peticiones del 21 de septiembre, 6 y 8 de octubre de 2015. Extrañando que no se tuvo en cuenta que la licencia ambiental fue modificada el 26 de junio de 2015 (excluyendo 937 hectáreas de aprovechamiento forestal, pero que a cambió EMGESA tenía que extraer o aprovechar los productos forestales inferiores a 5 centímetros). No se estudió el *efecto de la pluma* (ingreso de agua del

río Magdalena a Betania que no genera ningún efecto en las bahías, pero por la acumulación de los desechos generados por la explotación piscícola se facilita la *eutrofia* en dicho sector). Tampoco se tuvo en cuenta que para evitar la descomposición de la materia orgánica del embalse no es conveniente mantener estancada el agua, poniendo en riesgo la actividad piscícola, y no se analizó qué el país necesita la energía generada por *El Quimbo*.

ii).-Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, porque el dictamen pericial que rindió la CAM el 3 de noviembre de 2015 (que sirvió de sustento a la decisión), no pudo ser controvertido por las partes; ya que se omitió surtir la ritualidad consagrada en el artículo 220 del CPACA (que prescribe que éste se debe discutir en audiencia; en la cual, se podrán pedir aclaraciones, complementaciones u objetarlo por error grave).

Estima que al referido informe se le otorgó la categoría de *verdad escrita en piedra*. A su vez, extraña que se hubiese investido a la autoridad regional ambiental de potestades judiciales; porque el Despacho le asignó la función de decidir si es correcta la información que le debe reportar EMGESA para clarificar la diferencia que existe entre esas dos entidades. Incluso, dicha experticia (no controvertida), sirvió de base para inaplicar el Decreto Legislativo 1979 de 2015.

En tal virtud, concluye que la actuación surtida es nula, esgrimiendo la causal establecida en el artículo 133-5º del CGP; puesto que se omitieron las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas.

iii).-Considera que la Corporación *perdió el contexto sustancial*; porque sin realizar ninguna ponderación, utiliza el *principio de precaución* a manera de *muleta*; desconociendo que siempre quedará biomasa sumergida en el embalse (y así lo establece la licencia ambiental), aunado al hecho de que el agua que ingresa a *Betania* no alcanzará a llegar a las ensenadas donde se desarrolla la piscicultura. Por ese motivo, para garantizar la cantidad y calidad del líquido es conveniente generar energía, amén de que ésta se debe despachar por disposición y exigencia del administrador del Sistema Interconectado Nacional.

De igual manera, se descartó que el agua turbinada fuera la causa de la muerte de algunos peces, y que sí bien es cierto que se presentó una discreta mortandad de algunos de ellos (que no supera los 5 kilogramos); ello obedeció a la baja de oxígeno, que es un fenómeno perfectamente previsible (f. 1119 y ss. cuad. 6, med. caut.).

b.- El 18 de diciembre de 2015 el referido representante judicial solicitó que se "...permita la generación de energía a partir del 18 de diciembre del corriente en adelante, mientras se resuelven las peticiones en curso sobre la contradicción que sirvió de base para las decisiones adoptadas mediante auto del 12 de noviembre, así como la valoración de las demás pruebas sobre el particular, todo lo cual sin perjuicio del monitoreo y acompañamiento constante por parte de la ANLA y del Señor Procurador Delegado para Asuntos Ambientales...sobre la calidad de agua...".

Destaca que los informes técnicos que rindió EMGESA el 19 de noviembre y la ANLA el 15 de diciembre de 2015, corroboran que se retiró más de la cantidad de biomasa y de madera que se exigía en la licencia; extrañando que la CAM hubiera incumplido el término que se le concedió para clarificar si aún persiste la diferencia.

Reitera que al modificar la licencia se excluyeron varias zonas de difícil acceso (de donde proviene una parte de biomasa y madera que sale a flote); pero ello no significa que se afecte la calidad del agua (lo cual sustenta con prueba de laboratorio); amén de que la generación de energía (del 16 de noviembre al 15 de diciembre), le aportó a *Betania* un promedio diario de 200 m<sup>3</sup>/seg, sin que se hubiera causado ningún perjuicio a los piscicultores o se hubiera generado algún desastre ambiental.

Concluye que no existe ninguna razón de orden ambiental para impedir la generación de energía. Al contrario, estima que el agua estancada tiene un mayor efecto contaminante. Y frente a los rigores del *fenómeno del niño*, afirma que *El Quimbo* aportará el 5% de la producción nacional e impedirá que la concesionaria pierda un millón de dólares diarios (f. 1324 y ss cuad. 7 med. caut.).

c.-El 15 de enero de 2016 aportó copia del fallo de tutela que profirió el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Neiva el 7 de enero del año en curso (el cual, amparó los derechos fundamentales al *debido proceso, vida digna, mínimo vital, trabajo salud y ambiente sano*, y autorizó la generación de energía); aclarando, que desde que se inició el turbinado, el oxígeno disuelto superó los límites admisibles (4 ml/l) y que éste se incrementará durante el recorrido de las aguas hasta *Betania*.

Discrepa de la opinión de la CAM (quien sugiere que se debe liberar agua por el sistema de vertedero y no por las turbinas), ya que ello lesiona la estabilización de la calidad del recurso hídrico, contradice la regulación sobre uso eficiente del líquido y no consulta los intereses nacionales (f. 1602 y ss. cuad. 9, med. caut.).

d.- El 18 de enero de 2015 trae a colación una entrevista que en esa fecha le concedió uno de los más importantes piscicultores al *Diario del Huila*, solicitando que no se apaguen las turbinas en *El Quimbo*, ya que si ello sucede, se afectaría esa actividad económica en *Betania*. Por eso, reitera que la medida cautelar es a todas luces inconveniente (f. 1424 y ss. cuad. 7, med. caut.).

## 2.- *Doctor Lucio Rubio Díaz.*

Asistido de apoderado, el 1º de diciembre de 2015 el doctor Lucio Rubio Díaz interpuso el recurso de reposición contra el auto proferido el 24 de noviembre de 2015, "...junto con la petición de nulidad y las declaraciones consecuenciales...".

En concreto, deprecia que "i) Se amparen los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, defensa, debido proceso, igualdad, asociación y reconocimiento de la personalidad jurídica de EMGESA S.A. ES.P., que han sido vulnerados por la providencia atacada. ii) Revóquese el auto de 24 de noviembre de 2015, iii) Declárese la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 12 de noviembre, inclusive, iv) Fíjese fecha y hora para adelantar la audiencia establecida en el art. 220 del C.P.A.C.A., con el objeto de revisar el dictamen presentado por la CAM".

Inicialmente, hace una descripción general del proyecto hidroeléctrico *El Quimbo*, destaca su importancia en el escenario energético nacional; sintetiza la forma como se desarrolló el proceso de licenciamiento y los obstáculos que tuvo que sortear (entre ellos, la oposición de los piscicultores, quienes interpusieron otra acción popular contra la licencia). De igual manera, hace un recuento de las mutaciones que ha tenido la medida cautelar en el trámite del proceso; aclarando que los demandantes lo que pretenden es que se proteja su actividad económica (de la cual han abusado), ya que desde hace tiempo rebasaron la capacidad del embalse. Destacando que de acuerdo con la licencia ambiental, no era obligatorio retirar la biomasa antes de proceder al llenado del embalse ni al iniciar la operación de la hidroeléctrica.

Critica la forma como se incorporó y valoró el concepto técnico que rindió la CAM; el cual, sirvió de base para expedir el auto del 12 de noviembre de 2015. En primer lugar, porque no se corrió traslado para controvertirlo ni se programó la audiencia para debatirlo. En segundo lugar, porque carece de *objetividad, neutralidad y exhaustividad*. Ya que antes de su rendición, debió solicitarle a EMGESA o al ANLA que explicara las alegadas inconsistencias en la medición. Y porque no advirtió que la calidad del agua que egresa del embalse no representa ningún peligro para la flora y para la fauna.

A renglón seguido, lamenta que la CAM no haya manifestado que se encuentra inmersa en una situación de conflicto de intereses (en razón a que interpuso el recurso de reposición contra el acto que modificó la licencia ambiental; en lo tocante con las áreas de exclusión). También echa de menos que no se le haya dado ningún valor al informe del ANLA, quien da fe de la calidad del agua y que EMGESA cumplió con la remoción y extracción de una cantidad de productos forestales mayor a la prevista y requerida.

Cuestiona que se haya inaplicado el Decreto 1979 de 2015 partiendo de la comparación de las bases fácticas (que es del fuero exclusivo de la Corte Constitucional), eludiendo el análisis y la confrontación con disposiciones superiores.

Tomando como referente varios precedentes jurisprudenciales y doctrinales foráneos y nacionales, considera que la providencia recurrida se erige en una típica *vía de hecho*; como quiera que se adoptó sin tener en cuenta un mínimo juicio de *racionalidad y proporcionalidad*; destacando los siguientes yerros:

i).- *Defecto sustantivo por violación directa de norma constitucional y las disposiciones que gobiernan las medidas cautelares.* Toda vez que el Tribunal se atuvo al informe de la CAM y no solicitó aclaraciones ni acudió a otros medios de convicción. No le permitió ejercer el derecho de contradicción a EMGESA, ni advirtió los efectos del fenómeno del niño, la calidad del agua y los bajos niveles de la represa de *Betania*.

ii).- *Ausencia del postulado de racionalidad.* Sostener indefinidamente la prohibición de generar energía (para mitigar un *riesgo conjetural*), afecta negativamente la actividad agrícola y piscícola; pues impide la reposición de agua oxigenada. De suerte que la medida cautelar *representa un daño en lugar de un beneficio o una protección*.

iii).- *Ausencia del postulado de proporcionalidad.* La medida no era necesaria ni oportuna, porque paralizar la generación de energía no contribuye a mejorar la calidad del agua, no acelera el retiro del material biótico ni disminuye su degradación. A contrario sensu, la interrupción perjudica a quienes se pretenden defender (piscicultores), y le genera un cuantioso daño económico a la concesionaria (quien en su condición de miembro del sistema integrado de energía, se verá avocada a incumplir sus compromisos, soportar las correspondientes multas y asumir cuantiosos perjuicios económicos).

“Bajo la falsa convicción de proteger el medio ambiente y a los empresarios demandantes, el Tribunal no ha echado de menos que su decisión afecta el caudal del río Magdalena como un todo y lo hace en un periodo de extrema sequía, de

manera que su decisión en lugar de tener la connotación de protectora del medio ambiente resulta perjudicial para el derecho colectivo”.

iv).- *Indebida aplicación del principio de precaución.* La medida cautelar se decretó sin realizar un análisis objetivo, y sin ser sometida a un mínimo test. Ya que no existe una base científica que permita predicar el deterioro ambiental. Como quiera que el agua que llega a *Betania* es de buena calidad y la CAM no ha rendido una experticia de la descomposición del material biótico, de la afectación del recurso hídrico, de las actividades de pesca y de la agricultura, o que el daño pueda ser grave o irreversible. Mucho menos, que éste se pueda causar por la generación de energía.

“...más que una medida cautelar, de lo que se trata en el presente caso es de una sanción. Lo anterior comporta la abierta transgresión del régimen propio de las medidas cautelares y, de paso, entraña un defecto orgánico y procedimental por parte del Tribunal, como quiera que el trámite de la acción popular no es el marco para la imposición de este tipo de sanciones, ni los magistrados poseen la competencia para ello”.

v).- *Omisión de actividad probatoria.* No obstante que el en el proceso obra una certificación expedida por la ANLA, que difiere del informe de la CAM, el Tribunal le dio credibilidad a ésta y no ejerció ninguna actividad inquisitiva para aclarar la situación.

vi).- *Omisión del análisis integral de la prueba con fundamento en la sana crítica.* El Tribunal dio por cierto el informe de la CAM, sin tener en cuenta que los propios peritos expresaron la imposibilidad de efectuar la totalidad de mediciones, sin sopesar los demás medios de prueba obrantes en el expediente y los hechos notorios de los que se ha dado cuenta.

vii).- *Defecto orgánico por indebida valoración y aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.* El Tribunal realizó un control material de constitucionalidad del Decreto 1979 de 2015 (facultad reservada a la Corte Constitucional en los artículos 241 y 215 de la Carta), ya que no lo confrontó con ninguna norma superior, sino con la mera *percepción fáctica*.

Ese rosario de errores vulneró flagrantemente el debido proceso, la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de EMGESA, los derechos colectivos en conexidad con los derechos constitucionales fundamentales de los pobladores de la frontera colombo-venezolana, los derechos colectivos en conexidad con los derechos fundamentales de transportadores, campesinos, pescadores y trabajadores del río y los derechos colectivos en conexidad con los derechos fundamentales de los usuarios de energía.

Finalmente, esgrime la causal de nulidad contenida en el artículo 133-2º del Código General del Proceso, reiterando que EMGESA no tuvo la oportunidad de controvertir el informe de la CAM y que éste no se debatió en audiencia; como lo ordena el artículo 220 del CGP (sic). Por eso, no se pudo solicitar aclaración, complementación u objeción por error grave. Adicional a ello, el Tribunal le asignó esa facultad a la mencionada entidad. Y al darle una credibilidad ciega a ese informe, se inaplicó equivocadamente el decreto presidencial al que ya se hiciera referencia.

A manera de epílogo, considerando que "*...se amenaza una disposición irregular del patrimonio público*", solicita la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en armonía con lo dispuesto en el artículo 610-1º del CGP (f. 1162, cuad. 6, med. caut.).

### *3.-EMGESA S.A. E.S.P. y doctor Lucio Rubio Díaz.*

El 10 de diciembre de 2015 el representante legal para asuntos judiciales de EMGESA y el apoderado del doctor Lucio Rubio Díaz interpusieron el recurso de reposición contra el auto del 30 de noviembre anterior, y en el mismo, reiteran que deprecian la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 12 de noviembre de 2015, con el fin de poder contradecir las conclusiones del dictamen pericial de la CAM (considerando que éste carece de mérito probatorio).

Destacan que por disposición del Decreto 2220 de 2015, la ANLA fue investida de la *competencia exclusiva en materia de proyectos de interés nacional y estratégico* (como es *El Quimbo*). Por lo tanto, la CAM no tiene ninguna facultad en dicho aspecto (salvo el control ambiental de la actividad piscícola).

Teniendo en cuenta que aún no se ha iniciado el incidente de desacato (porque contra el auto que ordenó su apertura se interpuso el recurso de reposición); solicitan abstenerse de compulsar copias ante la justicia penal y omitir oficiar al Presidente de la República; considerando que antes se debe establecer el incumplimiento, y luego sí, las consecuencias que se pudieran derivar (f 1270, cuad. 7, med. caut.).

### *4.-Ministerio de Minas y Energía.*

El mandatario judicial de dicha Cartera Ministerial radicó 6 escritos expresando lo siguiente:

a.-El 4 de diciembre de 2014 solicitó que "...se declare la Nulidad de la Prueba Pericial practicada por parte de la CAM y se anule el Auto Proferido el 12 de noviembre por violación al Debido Proceso".

En esencia, aduce que no pudo controvertir la pericia rendida por la autoridad regional ambiental, porque no se corrió traslado de la misma y porque no se sustentó en audiencia (tal como lo establece el artículo 220 del CPACA). De suerte que se le vedó la posibilidad de solicitar su aclaración, adición, complementación, u objetarla por error grave o tachar al perito al existir una eventual causal de impedimento. Amén de que se le dio a la misma entidad la facultad de valorar la contradicción. En la medida en que el auto del 12 de noviembre se fundó en una prueba practicada de manera ilegal, es obvio que sobreviene su nulidad. Mucho más, si las conclusiones de la misma sirvieron de sustento para inaplicar el Decreto 1979 de 2015.

Considera que la decisión del Tribunal fue *arbitraria, irracional, caprichosa*, y que incurrió en un *defecto fáctico* al valorar dicho medio de convicción (en su dimensión *positiva y negativa*). En primer lugar, porqué en uno de los apartes del informe se arguye que no es posible cuantificar y cubicar la madera, la guadua y la biomasa. Sin embargo, concluyó equivocadamente que dicho material no se retiró en su totalidad. En segundo lugar, porque no valoró el informe de la ANLA (máxima autoridad para la inspección y vigilancia de las licencias ambientales), dando cuenta que EMGESA satisfizo las obligaciones ambientales. Máxime, sí se tiene en cuenta que en ninguna parte del mundo se puede retirar la totalidad del material vegetal en un embalse en construcción; amén de no se ha iniciado ninguna investigación ni se ha impuesto ninguna sanción.

Precisa que también se hizo una *indebida aplicación del principio de precaución*, porque al no permitir el *recambio de agua*, se terminará afectando la actividad piscícola en *Betania*. Aunado al hecho de que no existe certeza de que se puedan generar los daños ambientales alegados por los accionantes, toda vez que una vez que se inició la generación de energía no se presentó ninguna contingencia aguas abajo de la represa.

Finalmente, afirma que se desconoció que la ANLA es la autoridad competente para verificar el cumplimiento de la licencia ambiental, y que EMGESA tiene la obligación de cumplir los compromisos de generación de energía. Haciendo hincapié en que el fenómeno *del niño* requiere un tratamiento particular, en aras de evitar el racionamiento de energía. Por lo tanto, se debe privilegiar el interés colectivo de todos los colombianos y no los intereses particulares de los empresarios piscícolas (f.1236 y ss. cuad. 7, med. caut.).

b.-El 16 de diciembre de 2015 solicitó la *suspensión provisional de la medida cautelar decretada el 5 de febrero de 2015*, arguyendo que el día anterior la ANLA certificó que EMGESA retiró del embalse valores superiores a los 210.449 m<sup>3</sup> de madera y 164.894 m<sup>3</sup> de biomasa (establecidos en la licencia ambiental), y en razón a que no se ha generado ningún daño ambiental aguas abajo de *El Quimbo*, no se justifica suspender la generación de energía, ya que es más provechoso permitir el recambio y oxigenación del agua, a efectos de beneficiar la navegabilidad del río y coadyuvar a la actividad económica que se realiza en el embalse de *Betania*. Incluso, lo que puede generar un daño ambiental es el agua estancada de manera indefinida, y en razón a los efectos negativos del *fenómeno del niño*, se requiere el aporte energético al sistema interconectado nacional. Por eso, estima que el *principio de precaución* debe aplicarse pero de manera inversa; mientras se cuenta con otros elementos probatorios requeridos para adoptar una decisión de fondo (f.1321, cuad. 7, med. caut.).

c.- Esgrimiendo similar argumentación, el 18 de diciembre de 2015 radicó un escrito solicitando que en armonía con lo dispuesto en el artículo 235 del CPACA, se ordene el levantamiento de la medida cautelar y que la misma se sustituya por una caución que garantice la reparación de los daños y perjuicios que se llegaran a causar (f.1344, cuad. 7, med. caut.).

d.- El 13 de enero de 2016 radicó tres escritos más: en el primero apoya la visita técnica a la zona del embalse (con el fin de obtener un dictamen pericial que clarifique la situación). En los dos últimos solicita el levantamiento de la medida cautelar (amparándose en el informe de la ANLA que certifica el retiro de la biomasa y recomienda darle paso a la generación de energía), y en razón a que los eventuales daños se pueden garantizar con la imposición de una caución (f. 1435 y ss. cuad. 8. med. caut.).

##### 5.- *Procurador 153 Judicial II Administrativo (Agente Especial)*.

Con el fin de dirimir la diferencia que se presenta entre los registros de la ANLA y la CAM, el 26 de noviembre de 2015 el Agente Especial del Ministerio Público solicita "...ordenar practicar una visita técnica a la represa el Quimbo a fin de que esta sea realizada con acompañamiento del equipo técnico de la Procuraduría Delegada Para Asuntos Agrarios y Ambientales..." (f. 1104, cuad. 6, med. caut.).

El 16 de diciembre de 2015 reiteró la petición, advirtiendo que la prueba pericial que practicó la CAM no fue objeto de contradicción (dado que no se discutió siguiendo las ritualidades consagradas en el artículo 230 sic del CPACA). De igual manera, recuerda que hay

peticiones de nulidad y recursos de reposición sin resolver. En tal virtud, solicita modificar la medida cautelar mientras se surte dicho trámite (f. 1318 y ss. cuad 1).

*6.- Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario del Huila.*

En diferentes escritos peticiónó que le notifiquen y le corran traslado de algunas providencias (f. 234, cuad. incid. 2).

*7.- Departamento del Huila.*

El apoderado judicial radicó un escrito el 13 de enero de 2016 deprecando mantener la medida cautelar decretada el 17 de julio del año anterior; como quiera que no existe certeza técnico científica de que se haya retirado la totalidad del material vegetal, cuya descomposición puede ser nociva para la indemnidad del recurso hídrico (f. 1540 y ss. cuad. 8, med. caut.).

*8.- Asoquimbo, Asociación de Pescadores Calandrereros del Río Magdalena, Asoceboruco y Fundación El Curíbano.*

El 12 de enero de 2016 radicaron un escrito solicitando lo siguiente:

“1. Ratificar la medida cautelar del 17 de julio de 2015... 2. Ordenar a EMGESA S.A. desocupar la totalidad del embalse de *El Quimbo* para que se haga efectivo el retiro del material forestal y la biomasa que se encuentra descomponiéndose en el fondo del área de inundación y garantizar el flujo natural del río. 3. Ordenar la convocatoria a un grupo independiente e interdisciplinario de expertos con el propósito de evaluar los daños económicos, sociales, ambientales y culturales ya causados y los que se generarían de continuar con la generación de energía y decidir cuidadosamente con fundamento en los estudios técnicos de los expertos, ponderando beneficios y costos ambientales y regionales y respetando la ley y los derechos de las comunidades. 4. Declarar la condición de afectados por *El Quimbo* a los pescadores artesanales de los municipios de Gigante, Hobo, Campoalegre y Neiva que se encuentran aguas abajo del embalse, al ser vulnerados sus derechos al mínimo vital, la seguridad alimentaria, el trabajo y a un ambiente sano en conexidad con la vida digna”.

Como sustento, se apoyan en estudios de varios expertos: *Kashayapa A.S. Yapa* de la Universidad de Berkeley, de la hidróloga de la Administración Nacional Oceánica *Angélica Gutiérrez-Magness*, del limnólogo de la Universidad Nacional *Santiago Duque* y de un informe de la CAM, entre otros (quienes consideran que antes de llenar el embalse se debió retirar totalmente la biomasa).

Estiman que permitir la generación de energía no conjuraría una eventual crisis energética ni coadyuvaría a mejorar la navegabilidad del río (ya que su contribución es apenas del 20 o de 25%), y que

durante el lapso que se generó energía (16 de noviembre al 16 de diciembre), los niveles de oxígeno disuelto estuvieron por debajo del límite permisible. Falencia, que aunada a la descomposición del material vegetal es un inminente peligro para la vida acuática (f. 1479, cuad. 8, med. caut.).

El 18 de enero del año en curso, el representante de la *Asociación de Pescadores Calandrereros del Río Magdalena de Hobo* manifestó que la ejecución del proyecto se realizó de manera antitécnica, generando la contaminación del agua y afectando la seguridad alimentaria de quienes dependen de la pesca (ya que se depositó en el río una gran cantidad de material contaminado con material explosivo, proveniente de las obras del túnel de desviación), y porque antes de iniciar el llenado del embalse no se retiró la totalidad de la biomasa. Yerrores que después de que se inició la generación de energía ocasionaron la muerte de infinidad de peces.

En concreto, solicitan: "1. Mantener la medida cautelar decretada en las providencias del 5 de febrero, del 11 de junio y el 17 de julio de 2015, hasta tanto se garantice la seguridad alimentaria de los pescadores artesanales, el medio ambiente sano, la salubridad pública y que no existe riesgo sísmico debido a la construcción del proyecto. 2. Realizar una inspección judicial en el tramo Quimbo-Betania en compañía de la Contraloría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Corporación Autónoma del Alto Magdalena, la Autoridad Nacional de Pesca y Acuicultura, para determinar el actual grado de afectación a la seguridad alimentaria de los pescadores artesanales del municipio de Hobo y Campoalegre. 3. Exigir a la empresa las medidas idóneas y necesarias para atender la crítica situación de los pescadores artesanales afectados por la construcción del Proyecto en los municipios de Hobo y Campoalegre".

#### 9.- *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.*

La Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita revocar el auto del 17 de julio de 2015, y para justificar su intervención en el proceso refiere que EMGESA es una empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo capital es un 51.51% oficial; aunado al hecho de que los Ministerios de Ambiente y de Minas concurren en calidad de demandados.

Como sustento, esboza el siguiente razonamiento:

i).-La medida cautelar es lesiva para los intereses del Estado, de la Nación y de todos los habitantes del territorio nacional; porque el agua estancada disminuye la concentración de oxígeno (poniendo en riesgo la vida de las especies nativas y de 19 mil toneladas de tilapia), afecta las condiciones de navegabilidad del río (cuyos niveles son preocupantemente bajos por efectos del *fenómeno del niño*), e impide generar energía.

ii).-Al adoptar la cautela no se realizó ningún juicio de ponderación de intereses; porqué con ella se pretende proteger el ambiente sano, la salubridad pública, la seguridad alimentaria y la prevención de desastres; pero paradójicamente lo que se hace es vulnerarlos. Ello es tan evidente, que en los medios de comunicación los propios demandantes (piscicultores) pidieron generar energía, puesto que dicha actividad garantiza la oxigenación del agua y evita la mortandad de peces.

De otro lado, aduce la medida no se debió decretar, porque los actores nunca solicitaron que se paralizara la hidroeléctrica sino que se suspendiera el llenado, y no aportaron ningún medio de prueba que justificara tal determinación. De suerte que no se satisfacen los requisitos contenidos en el artículo 231 del CPACA.

iii).-La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales certificó que EMGESA retiró valores superiores a 210.049 m<sup>3</sup> de madera y 164.894 m<sup>3</sup> de biomasa. De suerte que satisfizo sus obligaciones ambientales.

iv).-Teniendo certeza de que la medida cautelar es más nociva para los intereses colectivos, aplicando el *principio de prevención* (y no el *de precaución*); estima que ésta se debe revocar, toda vez que "...la no generación de energía eléctrica no está impidiendo la degradación del medio ambiente sino que la promueve y genera".

12

v).-Todo proyecto hidroeléctrico genera afectaciones ambientales, y ello era previsible en la construcción de *El Quimbo*. Sin embargo, en la licencia se establecieron las obligaciones que debió satisfacer el constructor; y sobre las mismas la ANLA realizó un estricto seguimiento. Resaltando que de acuerdo con la legislación vigente, ésta entidad es la única competente para verificar su cumplimiento y la ejecución del proyecto.

vi).-*El Quimbo* fue erigido a la categoría de *proyecto de interés nacional y estratégico* (f. 1543 y ss. cuad. 8 med. caut.).

#### 10.- *Defensoría del Pueblo.*

El 19 de enero del 2016 el Defensor Público para los Asuntos Colectivos de la Defensoría Regional del Pueblo manifiesta que coadyuva la acción interpuesta, y sin formular ninguna pretensión en concreto, se limitó a hacer un recuento del trámite del licenciamiento del proyecto hidroeléctrico (tomando como referente la demanda que formularon los actores populares); manifestando finalmente que se atiene a las pruebas que aportó la parte activa y las que oficiosamente se decreten (f. 1270 y ss. cuad. 8, ppal.).

### III.- LA OPOSICIÓN.

El mandatario judicial de COMEPEZ S.A. y de buena parte de los piscicultores se opone a que se revoque el auto del 30 de noviembre de 2015 y a que se declaren las nulidades deprecadas. Para el efecto, radicó 3 escritos:

a.- El 15 de diciembre de 2015 precisó que las actividades de llenado y de generación de energía están causando efectos ambientales negativos (contaminación del río, mortandad de peces y malos olores, que pueden incidir directamente en la salud humana de las comunidades ribereñas). Por lo tanto, en aplicación del principio de precaución se impone la continuidad de la cautela, y en razón a que se trata de una *medida cautelar de urgencia*, no era obligatorio que se corriera traslado del concepto emitido por la CAM.

Considera que el doctor Lucio Rubio Díaz carece de legitimación para actuar en nombre de EMGESA (quien está debidamente representada en el proceso), destacando que la compulsión de copias ante la Fiscalía no está condicionada a que se falle desfavorablemente el incidente de desacato (f. 1309 y ss. cuad. 7, med. caut.).

b.-El 12 de enero de 2016 solicitó que ésta Corporación impugne el fallo de tutela que profirió el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Neiva el 7 de enero del año en curso; a través del cual se levantó la medida cautelar.

Estima que se vulneró el derecho de defensa (porque el Tribunal Administrativo no fue notificado de la petición de amparo y en razón a que nuestro superior jerárquico es el H. Consejo de Estado). En tal virtud, estima que la actuación está viciada de nulidad y que se debe compulsar copia para que el Consejo Superior de la Judicatura investigue al juez (f. 1446 y ss. cuad. 8, med. caut.).

c.-El 13 de enero de 2016 solicitó adicionar la medida cautelar, "...en el sentido de ordenar que el manejo de caudales de la Hidroeléctrica de *El Quimbo* se haga a través de vertedero sumado al caudal ecológico para continuar con la suspensión de la generación de energía a través de la descarga de turbinas hasta que termine el Fenómeno del Niño, cual es la manera más amigable con el medio ambiente".

Refiere que la hidroeléctrica cuenta con un *vertedero* o *rebosadero* (ubicado en la cota 696 msnm, dotado de 4 compuertas radiales y de un canal de descargue); y que a través del mismo se pueden liberar hasta 375 m<sup>3</sup>/s, y de esta manera se puede contribuir a incrementar el caudal del río Magdalena (sin necesidad de generar energía).

Extrañando que a pesar de que el nivel el embalse subió a la cota 703.05 msnm, EMGESA no haya utilizado esa alternativa y se empecine en afirmar que sólo generando energía se puede liberar agua (f. 1486 y ss. cuad. 8, med. caut.).

#### **IV.-LOS INFORMES DE EMGESA, ANLA y CAM.**

Es menester recordar, que en el informe que rindieron los técnicos de la CAM el pasado 3 de noviembre de 2015, concluyeron que EMGESA no justificó el retiro de 44.473.55 m<sup>3</sup> de madera y de 7.665.50 m<sup>3</sup> de guadua; y que su inminente descomposición podría generar la contaminación del río Magdalena, cuyas consecuencias ambientales, sociales y económicas podrían ser irreversibles.

Con el fin de dilucidar dicha diferencia, en el auto del 12 de noviembre de 2015 se requirió a EMGESA que respondiera la inconsistencia y a la CAM que fijara su posición sobre la respuesta.

1.- El 24 de noviembre de 2015 EMGESA controvirtió las conclusiones de la CAM, argumentando que ésta utilizó una metodología diferente a la previamente acordada, y a pesar de que revisaron el tema con el mismo método al que acudió la autoridad ambiental (medición a través de topografía y equipos GPS), pudieron corroborar que se retiraron 262.993 m<sup>3</sup> de madera y 29.993 m<sup>3</sup> de guadua:

14

"Revisadas todas las consideraciones anteriores podemos concluir que los 44.473.55 m<sup>3</sup> de diferencia en los resultados entre la CAM y Emgesa se deben a:

1. Utilización de metodologías diferentes que arrojan valores diferentes.
2. La CAM no midió la totalidad de los acopios y las pilas (como manifiesta en su informe); y por lo tanto existe un faltante en el inventario reportado por dicha entidad, además la metodología que utilizó, al no aplicar una geo-referenciación de todos los puntos, y valores de las alturas de las pilas diferenciados, también conllevan a infravalorar los resultados de EMGESA: medición EMGESA GPS 262.993 m<sup>3</sup> y medición CAM GPS 154.108 m<sup>3</sup>.
3. En virtud de lo anterior y al pormenorizado informe que aquí se presenta al Tribunal; EMGESA justifica y clarifica que los 44.473.55 m<sup>3</sup> de madera y los 7.665,50 m<sup>3</sup> de guadua, se encuentran por fuera del área del vaso del embalse, los cuales efectivamente fueron movilizados y extraídos a los diferentes patios provistos por la Compañía, dando cumplimiento a lo dispuesto en la licencia ambiental.
4. EMGESA contrastó sus resultados de mediciones por transporte en volquetas (acordado con la CAM) con los valores de su medición por GPS.
5. Las mediciones arrojan valores coincidentes: EMGESA transporte volquetas 234.327 m<sup>3</sup>, EMGESA GPS 262.993 m<sup>3</sup>, lo que arroja una diferencia solamente de un 12%.

6. Todo el transporte de madera realizado en volquetas hacia el centro de acopio definitivo (Balseadero) se efectuó a través de los correspondientes salvoconductos entregados por la CAM, de acuerdo con los 18 m<sup>3</sup> que habían sido acordados con dicha entidad.

Como se observa, de todas las mediciones anteriores, EMGESA retiró mayor volumen del inventario inicialmente establecido (inventario inicial 375.345 m<sup>3</sup>, y retiró total de biomasa y madera, como inventario final 497.686 m<sup>3</sup>) superior en un 32%.

En todo caso, aplicando las diversas metodologías ya mencionadas, que implican mediciones, tanto de volquetas como por medio de GPS, los resultados obtenidos por EMGESA son ampliamente superiores a los valores reportados por la CAM en su informe a este honorable Tribunal.

Conforme con lo anterior, el informe de la CAM no se ajusta a la realidad de los hechos. EMGESA si cumplió con el retiro como estaba ordenado en la licencia ambiental y sus modificaciones" (f. 1337 y ss. cuad. 7 med. caut.).

2.- El 18 de diciembre de 2015, la CAM ratificó integralmente los registros contenidos en el informe técnico del 3 de noviembre anterior; precisando que en la cuantificación de la madera y de la guadua se utilizaron los parámetros establecidos en la *guía de cubicación de maderas* del programa *Gobernanza Forestal en Colombia* (elaborado con el acompañamiento del Ministerio de Ambiente, la asociación de Corporaciones Autónomas Regionales y de las facultades de ingeniería forestal de varias universidades), y que la georreferenciación se soportó en la información que le suministró EMGESA. Incluso, considera que la diferencia del material no retirado del embalse puede ser mayor; porque después de que se inició la generación de energía bajó el nivel de las aguas, y se encontró una gran cantidad de guadua que no fue talada y, desde luego, no retirada.

Discrepa de la forma como EMGESA cubicó las volquetas; pues según su decir, utilizó un índice de espaciamento que sobrevalora cantidad de madera movilizada (lo cual, fue corroborado en el terreno con personal de la misma empresa).

"Vale la pena resaltar que para el caso de la guadua, EMGESA en un cuadro del oficio de respuesta de la Corporación indica haber reportado según planillas del 28 de octubre de 2015 entregados a la ANLA un total de 26.426 m<sup>3</sup> y en el mismo cuadro manifiesta que el consolidado de la empresa con el cálculo realizado con GPS y altura promedio indican un volumen de 29.993<sup>3</sup>, comparando estos dos datos se observa que la diferencia es significativa (3.567 m<sup>3</sup>) y no como lo expresa EMGESA, asegurando que los resultados con sus dos sistemas de medición son coincidentes; adicionalmente en el informe de Gestión Aprovechamiento Forestal Durante el Llenado Del PHEQ con fecha de 28 de octubre de 2015, indica haber retirado del vaso del embalse 27.177 m<sup>3</sup> de guadua, valor que difiere de los dos ya reportados; en este caso se pregunta la Corporación, cual es el dato real del volumen retirado de la zona del embalse?

Lo anterior, demuestra la falta de coherencia y credibilidad de la información que reporta la empresa; adicionalmente en las visitas realizadas por los técnicos de la Corporación, posterior al inicio de la generación de energía por *El Quimbo*, se encontró que al bajar el nivel del embalse, emergió gran cantidad de guadua que no fue talada ni retirada del embalse, por lo tanto era imposible que flotara para su posterior retiro; por lo anterior, el volumen de guadua que debió retirarse es muy superior a la guadua reportada en el inventario presentado por la empresa inicialmente y con el que indican como evacuado del área inundada; para este caso EMGESA le debe a la Corporación y al Tribunal una respuesta sustentada técnicamente.

(...)

Cuando se socializó por parte de EMGESA el Plan de Movilización de las maderas del vaso del PHEQ, se acordó realizar por parte de EMGESA el Plan de Movilización de las maderas del vaso de PHEQ, se acordó realizar por parte de la empresa una serie de pruebas de cubicación, utilizando madera apilada y previamente clasificada por rangos de diámetro y se utilizaron cargadores trineumaticos, cargando volquetas con capacidad de 30 m<sup>3</sup>, obteniéndose como producto del ejercicio un factor de espaciamiento de 0.6; sin embargo, al haberse iniciado el llenado del vaso del embalse sin retirar la madera allí apilada, la misma se dispersó perdiéndose por completo el ordenamiento de la misma, adicionalmente el cargue se está realizando con retroexcavadoras sin diferenciar los diámetros de las trozas a movilizar, por lo cual se perdió por completo las condiciones que permitieron tener el factor de espaciamiento de 0.6.

La corporación realizó los días 10 y 11 de noviembre del presente año, visita técnica al acopio final del Balseadero, con el fin de realizar algunas pruebas de cubicación para determinar con mayor precisión los volúmenes reales transportados a este acopio, partiendo de la base de 18 m<sup>3</sup> de madera para volquetas con capacidad de 30 m<sup>3</sup> que en su momento permitió determinar un factor de espaciamiento de 0,6; por la Corporación asistieron los profesionales Duber Jair Trujillo, Jorge Luis Osorio y Miller Escobar; por parte de EMGESA estuvo presente el profesional Damián Sáenz y se contó con el apoyo de algunos operarios de la firma REFOCOSTA, contratista de empresa para el manejo de acopio; se realizaron tres pruebas escogiendo volquetas al azar, producto de lo cual se obtuvo lo siguiente:

Ejercicio 1	12,23 m <sup>3</sup>
Ejercicio 2	13,77 m <sup>3</sup>
Ejercicio 3	11,90 m <sup>3</sup>
Volumen Promedio	12,63 m <sup>3</sup>

Con el volumen real de promedio obtenido de 12,63 m<sup>3</sup> para volquetas con capacidad de 30 m<sup>3</sup> se determinó un factor de espaciamiento de 0,42 valor que difiere en alto grado del 0,6 acordado inicialmente, cuando la madera estaba apilada de acuerdo al tamaño y diámetro similar; lo anterior permite inferir, que con el uso del factor inicial se sobrevaloró los volúmenes movilizados y reportados por EMGESA en sus diferentes informes. Con lo anterior se concluye que la determinación de mayor precisión de los volúmenes existentes en los acopios de EMGESA, es la medición directa de la madera dispuesta en pilas uniformes.

(...)

Por lo anteriormente expuesto, la Corporación ratifica integralmente los registros y demás información consignada en el informe técnico rendido al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila y no tiene dudas del incumplimiento de EMGESA a lo ordenado en la Licencia Ambiental del PHEQ y a lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en el marco de la Acción Popular de COMEPEZ S.A. y otros contra EMGESA" (f. 1369 y ss. cuad. 7 med. caut.).

3.- Por su parte, la ANLA radicó un escrito el 18 de diciembre de 2015, haciendo un recuento del *avance del retiro de madera y biomasa*, y tomando como base la medición que realizó el 5 de agosto de ese año, coligió que "...los resultados presentados por la Empresa son ajustados con los reportados a la ANLA para ese día en particular, lo que demuestra que la cuantificación presentada ante esta Autoridad y de acuerdo con la metodología consignada en este documento, puede considerarse veraz al compararla con lo cuantificado in situ y corroborado por el grupo de seguimiento de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales...".

Y no obstante que considera que "...se han retirado del vaso del embalse valores superiores a los 210.499 m<sup>3</sup> de madera y 164.894 m<sup>3</sup> de biomasa"; aclaró que los resultados de las mediciones que realizaron la CAM y EMGESA son diferentes, y que ello obedece a que utilizaron diferentes metodologías. Por lo tanto, estima que no existe certeza del volumen real de madera retirado:

"...Tal y como se indicó la metodología para cuantificar el volumen de madera retirado del vaso difiere de la elaborada de forma conjunta entre la CAM y EMGESA el día 11 de diciembre de 2014, en donde se determinó un factor de espaciamento de 0.6 así como las pruebas de volumen y rendimiento".

(...)

"...De lo antes mencionado existe incertidumbre sobre el volumen real de madera existente en el patio principal y patios temporales en la medición efectuada por la CAM, por lo tanto los volúmenes establecidos no pueden considerarse como un valor total de madera existente en los patios procedentes del aprovechamiento forestal..." (f. 1347 y ss. cuad. 7 med. caut.).

4.- Los directores de la ANLA y de la CAM suscribieron conjuntamente un escrito el 18 de diciembre anterior, manifestando que para la *dinámica ecosistémica del Río Magdalena* es conveniente permitir el recambio del agua en el embalse, dado que al estancamiento propicia la descomposición de la materia orgánica y la disminución de los niveles de oxígeno, poniendo en riesgo las condiciones de supervivencia del recurso hidrobiológico e íctico:

"La actual situación de funcionamiento hídrico del vaso del embalse, generaría una (sic) mayor deterioro en la calidad de agua, dado que el caudal ecológico que actualmente se descarga se encuentra a mayor profundidad, lo cual pone en riesgo las condiciones de supervivencia del recurso hidrobiológico e íctico, ante la

limitación de los escenarios naturales de recambio en las aguas almacenadas en el embalse y a lo largo del Río Magdalena, aguas abajo del sitio de la presa, requiriéndose aportes adicionales de caudal a descargar” (f. 1373, cuad. 7, med. caut.).

#### **IV.-CONSIDERACIONES.**

##### **1.- Precisión previa.**

Antes de abordar el análisis de los diferentes reparos formulados, es pertinente clarificar la intervención del incidentado en el proceso y la participación del Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario del Huila:

##### *a.- Intervención del incidentado.*

A través de auto del 24 de noviembre de 2015 se vinculó al doctor Lucio Rubio Díaz al incidente de desacato, con el fin de verificar si se cumplieron las órdenes impartidas en las medidas cautelares (garantizar un volumen mínimo de descarga y abstenerse de generar energía hasta que se retirara el material forestal y la biomasa).

Asistido de apoderado, recorrió el traslado, deprecando su revocatoria (f. 1162 y ss. cuad. 6, med. caut.). Y de consuno con el apoderado de EMGESA, en fecha posterior solicitó la nulidad de toda la actuación surtida a partir del auto del 12 de noviembre anterior (a través del cual se denegó la modificación de la cautela). De igual manera, solicita que se reponga el auto del 30 de noviembre de 2015 - en lo referente a la compulsación de copia de la actuación a la Fiscalía General de la Nación- (f. 1270, cuad. 7, med. caut.).

Frente a esta intervención, es del caso puntualizar lo siguiente:

i).- El incidente de desacato se ha instituido con el fin de establecer si el destinatario de una orden judicial se allanó a cumplirla de manera *oportuna y completa* (conducta esperada), y en caso de que se acredite que no, determinar si actuó de manera dolosa o culposa<sup>1</sup>.

ii).-Al recorrer el traslado del auto que ordenó la apertura del incidente, toda la carga argumentativa se dirigió inequívocamente a ejercer la defensa de los intereses de EMGESA. Ello es tan evidente, que esgrimiendo diversas falencias procesales y sustanciales, solicitó de manera expresa que "...Se amparen los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, defensa, debido proceso, igualdad, asociación y reconocimiento de la personalidad jurídica de EMGESA S.A. ES.P...". Siendo del

<sup>1</sup> Sentencias T-553/02 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra y T-368/05. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

caso resaltar, que brilla por su ausencia cualquier explicación de la intervención del doctor Rubio Díaz en el cumplimiento de la medida cautelar (razón por la que fue exclusivamente vinculado).

iii).-Teniendo en cuenta que la defensa de la persona jurídica demandada la viene ejerciendo el *representante legal para asuntos judiciales y administrativos*, al tenor de lo dispuesto por el artículo 75 del Código General del Proceso (inciso segundo<sup>2</sup>), no es de recibo aceptar una doble representación. En tal virtud, al apoderado del doctor Rubio Díaz únicamente se le reconocerá personería para actuar en el trámite al cual fue convocado su prohijado. Aclarando, que buena parte del razonamiento por él esbozado, coincide con el de la mayoría de los impugnantes de las providencias que se han proferido, a lo cuales se hará referencia en acápites posteriores.

vi).- Ahora bien, la apertura del incidente no puede interpretarse como una sanción, pues a través de ese medio se debe ejercer la defensa, y en su desarrollo, el interesado está llamado a dar las explicaciones de rigor, amén de aportar o solicitar las pruebas que estime pertinentes. Por ese motivo, no se advierte que la vinculación del doctor Rubio haya soslayado el marco normativo superior, y so pretexto de asumir la protección de los derechos de la persona jurídica demandada (que ya se encuentra judicialmente representada), no puede sustraerse a comparecer a él.

A su turno, EMGESA carece de legitimidad para incoar la apertura del incidente, porqué en éste se analiza la conducta particular y subjetiva que desplegó el encargado de garantizar el cumplimiento del mandato judicial, y no el comportamiento institucional.

En lo que respecta a la compulsación de copias a la Fiscalía General de la Nación; huelga recordar, que en el auto del 30 de noviembre de 2015 no se formuló ninguna denuncia contra persona determinada. Siendo del caso destacar, que dentro del marco de su autonomía, el ente acusador determinará sí la información contenida en la actuación es de su interés. Amén de que la decisión que se pueda adoptar al culminar el incidente, es totalmente independiente de la que en su momento profiera la jurisdicción penal.

En ese orden de ideas, frente a las pretensiones del incidentado no se repondrán los autos del 24 y del 30 de noviembre de 2015 ni se declarará la nulidad deprecada.

#### *b.- Representación del Ministerio Público.*

---

<sup>2</sup> "En ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona".

El Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario del Huila ha dirigido diferentes escritos solicitando que le notifiquen y le corran traslado de algunas providencias.

Al respecto, es del caso recordar que en ejercicio de las facultades legales, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa le otorgó la calidad de *agente especial* al Procurador 153 Judicial II para Asuntos Administrativos con sede en Neiva (agencia especial 0997/15); por lo tanto, la representación del Ministerio Público quedó radicada en dicho servidor y no en aquel.

*c.- Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y de los coadyuvantes activos Asoquimbo, Asociación de Pescadores Calandrereros del Río Magdalena, Asoceboruco y Fundación El Curíbano.*

En razón a que la comparecencia al proceso fue posterior a la expedición de los autos cuya revocatoria solicita la primera, y cuya confirmación deprecian los segundos; en armonía con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 472 de 1998, se aceptará la intervención de la autoridad estatal y las coadyuvancias "*...hacia la actuación futura*". Por lo tanto, no se hará ningún pronunciamiento al respecto (merced a la referida limitación legal).

En lo tocante con las pretensiones indemnizatorias de los pescadores artesanales, es menester precisar que las mismas riñen con la naturaleza de las acciones populares; siendo del caso advertirles, que para dicho efecto tienen a su alcance la acción de grupo o el medio de control de reparación directa. Por lo tanto, este aspecto no será objeto de análisis.

## **2.-El problema jurídico.**

Dada la pluralidad de intervenciones y la similitud de reparos que se formularon contra los autos del 12 y del 30 de noviembre de 2015; en aras de resolver la reposición, la nulidad y la modificación de la cautela, el asunto sub examine se contrae a dilucidar los siguientes aspectos:

a).- Si en las referidas providencias se analizaron los argumentos planteados por EMGESA en las peticiones del 21 de septiembre, 6 y 8 de octubre de 2015.

b).-Si las mismas se sustentaron en una prueba ilegalmente recaudada y si en su práctica se vulneró el derecho de defensa y contradicción.

c).- Si al inaplicar el Decreto 1979 de 2015 el Tribunal desbordó el marco de competencia.

d).-Si se incurrió en una indebida aplicación del principio de precaución, y precisar si han mutado las condiciones para modificar la medida cautelar.

### **3.-Análisis de fondo.**

#### **3.1.-Los reparos formulados.**

En su orden, se analizarán los cuatro tópicos que en nuestro sentir integran el problema jurídico, y a su vez, responden los cuestionamientos que se han formulado.

*a.-La motivación de las providencias que decretaron y negaron la modificación de la medida cautelar.*

Extraña Sala, que al reponer el auto del 12 de noviembre de 2015 EMGESA no haya expresado los argumentos que hoy trae a colación. Sin embargo, se analizaran las inconformidades planteadas; es decir, si en las providencias impugnadas se tuvo en cuenta que la licencia ambiental fue modificada, si se hizo alusión al *efecto de la pluma* y a que el agua estancada propicia la descomposición de la materia orgánica, y a la importancia que tiene el aporte de energía por parte de la hidroeléctrica:

i).- Huelga recordar, que la medida cautelar que se decretó el 17 de julio de 2015 se sustentó en el informe que rindió la Autoridad Regional Ambiental (CAM); en el cual, advierte que aún no se ha retirado del vaso del embalse el material forestal, y que ello podría generar "...una alta contaminación del río Magdalena por la descomposición de los grandes volúmenes de madera no retirado...antes del inicio del llenado, con consecuencias posiblemente irreversibles en los temas ambientales, sociales y económicos en la zona de influencia...". Por ese motivo, se ordenó que no se generara energía hasta la fecha en que la ANLA certificara que se han "...retirado del vaso del embalse los desechos forestales y la biomasa...", y hasta que dicha institución garantice que "...no existe ningún peligro de contaminación del recurso hídrico".

ii).- También es pertinente precisar, que en la mentada providencia sí se hizo alusión a que la licencia ambiental fue modificada por la ANLA cuatro días antes de que se iniciara el llenado, y que si bien es cierto que se modificó el numeral 3.5 del artículo 5º de la Resolución 0899 de 2009; también lo es, que la concesionaria no satisfizo el cumplimiento de los numerales 3.1.1, 3.2, 3.4, 3.6, 3.7, y 3.9. De

suerte que la actividad de llenado se inició sin extraer el material forestal y la biomasa (f. 651 y ss. cuad. 4 med. caut).

iii).- Con el fin de verificar si esa situación se había superado, el 21 de octubre de 2015 se llevó a cabo una inspección judicial (con intervención de expertos), y con base en el informe que éstos rindieron el 3 de noviembre siguiente, se pudo colegir que EMGESA no justificó el retiro de 44.473.55 m<sup>3</sup> de madera y de 7.665.50 m<sup>3</sup> de guadua. Merced a ello, los técnicos consideraron que era imprescindible retirar el material vegetal, a efectos de "...evitar su inminente descomposición y posible afectación al recurso hídrico...".

Teniendo en cuenta que las circunstancias iniciales no habían mutado y que la autoridad regional consideraba que el peligro de contaminación persistía, a través de auto del 12 de noviembre del año anterior se denegó la modificación de la medida cautelar. Siendo del caso destacar, que la inconveniencia de permitir el estancamiento del agua o el *efecto de la pluma*, son argumentos que brevemente se esgrimieron; pero en razón a que se expusieron sin un mínimo respaldo técnico-científico de respaldo, se debe entender que fueron desestimados de manera tácita con los argumentos esbozados en el análisis precedente; que en esencia, contiene la *ratio decidendi* del auto cuestionado (f. 1052 y ss. cuad. 6, med. caut.).

iv).- En lo tocante con el reparo de que no se analizó la petición de generar energía (con el fin de garantizar la demanda que necesita el país); como se destacó en el auto del 30 de noviembre de 2015, dicho argumento fue expresamente analizado en el auto del 12 de ese mismo mes y año, refiriéndose en los siguientes términos a ese puntual aspecto:

"A diferencia de lo que afirma el impugnante, en el auto del 12 de noviembre de 2015 sí se analizó la petición de permitir la generación de energía (bajo el supuesto de que dicha actividad coadyuva a garantizar la demanda que necesita el país). En efecto, en la mencionada decisión se desechó tal argumentación, considerando que en nuestro modelo de Estado, los derechos colectivos subordinan a los derechos de contenido económico. En efecto, en el acápite 2.2., se hizo la siguiente y puntual conclusión, que hoy también reitera el Despacho:

En ese orden de ideas, no se advierte que las circunstancias ambientales que motivaron la imposición de la medida cautelar hayan mutado favorablemente. De suerte, que bajo la égida del principio de precaución, y en aras de conjurar un eventual daño ambiental, se justifica la continuidad de la cautela. No sin antes relieves, que en la estructura y en la pirámide axiológica del Estado Social y Democrático, los derechos colectivos gozan de una salvaguarda de especial protección, y los mismos subordinan los intereses económicos y particulares" (f. 1115, cuad. 6, med. caut.).

Con base en las anteriores consideraciones, se desestima éste cargo.

*b.-La alegada ilegalidad del informe técnico de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM.*

En lo relacionado con este reproche, es del caso precisar lo siguiente:

i).-Como el proceso aún no ha entrado a la etapa probatoria (porque ha girado exclusivamente en torno a la medida cautelar); no es de recibo aceptar que la contradicción del informe que rindieron los técnicos de la CAM se debió surtir en los términos consagrados en el artículo 220 del CPACA. En primer lugar, porque las acciones populares están reguladas por un procedimiento especial (artículos 17 a 45 de la Ley 472 de 1998), y el mismo establece que las pruebas se decretarán después de que se celebre la *audiencia de pacto de cumplimiento* y no antes (artículo 28, *ibídem*).

En segundo lugar, porque a dicha entidad se recurrió con el fin de contar con un medio de convicción que sumariamente permitiera resolver la petición de modificación de la cautela. Y a diferencia de lo que argumentan varios de los recurrentes, a través del auto del 5 del mismo mes y año (notificado en el estado 184), el informe se puso a consideración de las partes, con el fin de que se pronunciaran sobre el mismo (f. 1028, cuad. 5, med. caut.).

En tercer lugar, porque a diferencia de lo que se aduce, la demandada ha ejercido plenamente el derecho de defensa y contradicción. Prueba de ello, es que en el auto recurrido se solicitó a EMGESA que se pronunciara sobre las conclusiones a las que arribó la CAM, a efectos de que dicha entidad analizara la respuesta y posteriormente le rindiera un informe al Tribunal. En efecto, en la parte considerativa se advierte lo siguiente:

“Con el fin de clarificar y justificar donde se encuentran 44.473.55 m<sup>3</sup> de madera y 7.665.50 m<sup>3</sup> de guadua, Emgesa, en un lapso de 10 días le rendirá el correspondiente informe a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, para que con base en el análisis del mismo, ésta su vez, le rinda un dictamen al Tribunal, informándole si se clarificó la situación y si se modificaron las circunstancias ambientales que motivaron la adopción de la medida cautelar” (f. 1056 vto. cuad. 6. med. catut.).

Como las diferencias aún subsisten, en la correspondiente oportunidad procesal se decretará una experticia, con el fin de determinar la cantidad de material forestal que efectivamente se retiró del embalse, y en el evento de que se demuestre que dicha obligación no se satisfizo; establecer sí ello tiene repercusiones en el ambiente y la forma en que se puede enmendar o compensar ese eventual yerro.

ii).-En las acciones populares, la práctica del dictamen pericial está expresamente regulado en el artículo 32 de la mencionada Ley 472 de 1998<sup>3</sup>; de suerte que el operador judicial se debe ceñir a sus lineamientos, y no existe justificación para acudir a un procedimiento extraño, como sugieren los impugnantes.

Merced a lo anterior, es del caso desestimar el reparo conjuntamente formulado. Aclarando, que al no haberse iniciado la fase probatoria, es un contrasentido invocar la causal de nulidad consagrada en el artículo 133-5º del Código General del Proceso<sup>4</sup>; ya que en dicho yerro sólo se puede incurrir al omitir "...las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas", y no antes.

Por ese motivo, la pericia se debe decretar y practicar siguiendo la normatividad especial (y en presencia de vacíos, acudir al CGP); siendo a todas luces improcedente llevar a cabo la audiencia inicial regulada en el artículo 220 del CPACA, en razón a que ésta es una institución exclusiva del procedimiento ordinario contencioso administrativo, y no se puede trasplantar al trámite de la acción constitucional (como lo sugieren varios recurrentes).

iii).- Se afirma que de acuerdo con la normatividad ambiental la CAM está subordinada al ANLA, sugiriendo que los informes de ésta tienen mayor credibilidad y fuerza probatoria que los de aquella. Pero en razón a que el sub lite es un proceso de naturaleza judicial (y no

---

<sup>3</sup> *Prueba Pericial.* En el auto en que se decreta el peritazgo se fijará la fecha de entrega del informe al juzgado y a partir de esta fecha estará a disposición de las partes durante cinco (5) días hábiles. El informe del perito deberá rendirse en original y tres copias.

Los informes técnicos se valorarán en conjunto con el acervo probatorio existentes, conforme a las reglas de la sana crítica y podrán tenerse como suficientes para verificar los hechos a los cuales se refieren.

El segundo dictamen es inobjetable y el juez podrá acogerlo en su sentencia.

Parágrafo 1º.- Los impedimentos deberán manifestarse en los tres (3) días siguientes al conocimientos del nombramiento. La omisión en esta materia, hará incurrir al perito en las sanciones que determina esta Ley.

Parágrafo 2º.- El juez podrá imponer al perito, cuando se violen estas disposiciones, las siguientes sanciones:

- Ordenar su retiro del registro público de peritos para acciones populares y de grupo.
- Decretar su inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años.

Ordenar la investigación disciplinaria y/o penal correspondiente

<sup>4</sup> Artículo 133. *Causales de nulidad.* El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

<sup>5</sup>.-Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

policivo-ambiental), las opiniones técnicas de cada una de esas entidades se deben apreciar a la luz de la sana crítica, y no dependiendo de su ubicación jerárquica en el organigrama estatal.

*c.-La inaplicación del Decreto 1979 de 2015.*

En el auto del 12 de noviembre del año anterior se inaplicó el artículo 1º del Decreto Legislativo 1979 de 2015, a través del cual el Ejecutivo Nacional autorizó la generación de energía en el proyecto hidroeléctrico *El Quimbo*.

Dicha decisión se amparó en el canon 4º Superior, con el único fin de garantizar la prevalencia de la Carta Política. Y si bien es cierto que se hizo alusión a que existía una notoria inconsistencia entre la realidad procesal y la certificación que le suministró la ANLA al Gobierno; también lo es, que de manera expresa y puntual se citaron los preceptos del texto fundamental cuya indemnidad se buscaba preservar (artículos 79, 80 y 88: *derecho a gozar de un ambiente sano, deber de proteger de los recursos naturales, prevención del deterioro ambiental, protección de los derechos colectivos*). Por lo tanto, no es de recibo aceptar que la inaplicación se sustentó en simples consideraciones fáctico-probatorias.

Ahora bien, el 10 de diciembre de 2015 la H. Corte Constitucional declaró por unanimidad la inexequibilidad del mentado decreto; y al restablecer el orden jurídico que innecesariamente fue quebrantado, se zanja cualquier diferencia que al respecto pudiera subsistir. En efecto, en la sentencia C-753, dicha Colegiatura precisó que los efectos sociales y económicos derivados del cierre de la frontera colombo-venezolana no tienen ninguna relación de conexidad (interna o externa) con la autorización de generar energía en el Huila, y que la medida no estaba orientada a conjurar la crisis fronteriza, amén de que es a todas luces innecesaria y desproporcionada. Advirtiéndolo, que en el fondo, se pretendió neutralizar la medida cautelar que se adoptó en desarrollo de la acción popular, invadiendo la órbita judicial y soslayando el principio de separación de poderes:

“...la autorización para iniciar la generación de energía en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el consecuente incremento del caudal del río Magdalena, antes que contribuir al abastecimiento de combustible de los municipios afectados, corresponde a una orden del Gobierno Nacional impartida con el propósito deliberado de desconocer lo dispuesto en una decisión judicial válidamente adoptada por parte del Tribunal Administrativo del Huila.

La separación entre las ramas del poder público representa una de las conquistas más importantes para el desarrollo y vigencia de los regímenes democráticos, el respeto mutuo entre ellas es fundamento para el adecuado funcionamiento del Estado, por lo mismo, toda usurpación o irrupción del Ejecutivo en el campo de las

competencias de la Rama Judicial debe ser censurado aun cuando esté revestida de los más loables propósitos.

Las libertades públicas y los derechos fundamentales sólo mantienen su vigencia en la medida que los agentes estatales observen las reglas que la Constitución Política les impone, todo acto transgresor de estas normas básicas es altamente reprochable por las nefastas consecuencias que entraña y por el mensaje equivoco que envía a una comunidad que espera de sus gobernantes un comportamiento ajeno a toda arbitrariedad...<sup>5</sup>.

*d.-La medida cautelar.*

Los impugnantes aducen que la cautela se adoptó sin realizar un mínimo análisis de ponderación, sin sopesar los diferentes medios de prueba, sin tener en cuenta que la prohibición de generar energía no fue solicitada por los actores populares y que ésta es más nociva para los intereses colectivos.

Al respecto, es del caso puntualizar lo siguiente:

i).- Como reiteradamente se ha indicado, la cautela impuesta en el auto del 17 de julio de 2015 se fundamentó en el informe que suscribieron los técnicos de la CAM tres días después de que se inició el llenado del embalse, destacando que esa actividad se inició sin retirar el material forestal y la biomasa; de contera, incumpliendo una de las obligaciones contenidas en la licencia ambiental. Ante la imposibilidad física de reversar dicha operación, y con el único propósito de precaver un daño ambiental irreversible (ante el inminente proceso de descomposición y producción de "*polifenoles (ácidos húmicos y flúvicos) y ácido sulfhídrico*"), se consideró, que "...no es razonable que se inicie la generación de energía sin retirar los desechos forestales y la biomasa..." (f. 651 y ss. cuad. 4, med. caut.).

ii).- El 12 de noviembre de 2015 se negó la modificación de la medida, y para adoptar tal determinación se tuvo en cuenta un segundo informe que rindieron los técnicos de la CAM el 3 de noviembre anterior (después de que se llevara a cabo una inspección judicial); poniendo de presente que EMGESA no justificó el retiro de 44.473.55 m<sup>3</sup> de madera y de 7.665.50 m<sup>3</sup> de guadua; y de acuerdo con la opinión de esa autoridad ambiental, era necesario extraerla con el fin "...de evitar su inminente descomposición y posible afectación del recurso hídrico del embalse".

En dicho auto, la Sala extrañó el inactivismo de la ANLA; cuyos informes se limitaron a describir las actividades que viene realizando EMGESA, pero no contienen un análisis o conclusión que permita

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-753 de diciembre 10 de 2015. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

establecer sí la concesionaria cumplió a cabalidad sus obligaciones ambientales, y de manera particular, el retiro de la biomasa (f. 1052 y ss. cuad. 6. cuad. med. caut.).

iii).-Ahora bien, no obstante que la mayoría de los recurrentes manifiesta que el ANLA acreditó que EMGESA satisfizo cabalmente el cumplimiento de la licencia ambiental (en lo relacionado con el aprovechamiento forestal), y que en las providencias impugnadas no se valoró dicha prueba; de acuerdo con el contenido del escrito que el propio Director de la mencionada entidad radicó en el Tribunal el 11 de noviembre de 2015, se advierte que ello no es así.

En efecto, el referido servidor da cuenta que un equipo técnico a su servicio permaneció en la zona de influencia del embalse desde el 27 de junio al 8 de julio de 2015, y que en el concepto técnico 3535 que le rindieron el 15 de julio siguiente dejaron expresa constancia que antes de iniciar el llenado no se removió el material vegetal ni la biomasa, incumpliendo las obligaciones contenidas en la Resolución 0899 del 15 de mayo de 2015:

"...De lo antes mencionado se debe señalar que en visita realizada por parte del equipo de seguimiento de la ANLA de forma previa al inicio del llenado (25 al 30 de mayo de 2015) se observó incumplimiento por parte de la Empresa frente al manejo de la biomasa, y de esta manera quedó registrado en el Concepto Técnico 3148 de 25 de junio de 2015. "En dichos lugares, además de la madera rolliza y leña, se han encontrado solo pequeños acopios de ramas de diámetros pequeños, sin evidencia de repicado en ninguno de los lugares visitados. Por otra parte, en todos los frentes de obra visitados se encuentran ramas de diámetros pequeños y hojas esparcidas, lo cual se aparta de lo previsto en el numeral 3.5 del artículo quinto de la licencia ambiental..."

Con base en las conclusiones y recomendaciones de los técnicos, a través de auto 4595 del 26 de octubre de 2015 la ANLA le formuló pliego de cargos a EMGESA, partiendo de la siguiente consideración:

"...Se concluye que EMGESA S.A E.S.P incurrió en un proceder presuntamente irregular, al no realizar las actividades de repicado, apilado y retiro de la madera y de la biomasa producto del aprovechamiento forestal en el área de vaso, autorizado en la Resolución No. 0899 del 15 de mayo de 2009, toda vez que debía repicar y apilar las ramas de diámetros pequeños a medida que avanzaban las actividades de aprovechamiento forestal, las cuales se realizaron en forma paralela a la construcción de la represa y la apertura de accesos, de tal forma que la madera se pudiera utilizar en obras geotécnicas y de control ambiental. Al propio tiempo, igualmente debería dar cumplimiento a los mecanismos que garantizaran el retiro y uso adecuado de la totalidad de la biomasa inventariada en el Estudio de Impacto Ambiental, lo que configura una presunta infracción de lo establecido en el sub numeral 3.1.1. del numeral 3º, numerales 3.5 y 3.9 del artículo quinto y el artículo decimo de la Resolución No. 0899 del 15 de mayo de 2009; omisiones con las cuales se está generando riesgo de afectación al bien de protección (recurso hídrico)..."

A renglón seguido, le formuló el siguiente reproche:

“CARGO UNICO: No haber adelantado las actividades de repicado, apilado y retiro de la madera y la biomasa producto del aprovechamiento forestal en el vaso del embalse del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo -PHEQ-, localizado en la jurisdicción de los Municipios de Garzón, Gigante, El Agrado, Paicol, Tesalia y Altamira, en el Departamento del Huila, con anterioridad a la etapa del llenado del mismo.

Lo anterior, configura presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el subnumeral 3.1.1 del numeral 3º, numerales 3.5 y 3.9 del artículo quinto y el artículo decimo de la Resolución No. 0899 del 15 de mayo de 2009 (por la cual se otorga la licencia ambiental para el Proyecto Hidroeléctrico “El Quimbo” y se toman otras determinaciones), generando riesgo de afectación al bien de protección (recurso hídrico)...” (f. 1274 y ss. cuad. 7, med. caut.).

Teniendo en cuenta que los propios servidores de la ANLA verificaron que la empresa concesionaria no satisfizo el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, y que merced a ello recomendaron iniciar una investigación ambiental; no se explica la Sala, porqué se autorizó el llenado del embalse en esas condiciones. Mucho menos, el motivo por el cual esa entidad le certificó al Gobierno Nacional que el retiro de la biomasa se cumplió en un 99%. Siendo menester recordar, que esa fue una de las motivaciones para expedir el Decreto Legislativo 1979 de 2015.

iv).- Como se puede inferir, en el momento en que se adoptó la cautela, era imprescindible dar aplicación *al principio de precaución*<sup>6</sup>, y contrario a lo que se afirma en los diferentes escritos de impugnación, sí se realizó un juicio previo de ponderación; porque partiendo de una base científica (inminente descomposición de la materia orgánica), se buscó contrarrestar los efectos nocivos del recurso hídrico (tomando como referente la calificada opinión de la autoridad regional ambiental). Siendo del caso resaltar, que con base en los medios de convicción hasta entonces recaudados, se pretendió precaver la degradación del río Magdalena, preservar la indemnidad de los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano y prevenir su deterioro. De suerte, que en dichas circunstancias y en ese preciso momento, la medida era razonable y proporcional, amén de que no desbordaba el marco de competencia del operador judicial.

v).- Ahora bien, el hecho de que los actores populares no solicitaran expresamente que se ordenara la prohibición de generar energía; ello no restringe la posibilidad de que en desarrollo del proceso la medida cautelar se pueda modificar oficiosamente. Como quiera que el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 y el párrafo del artículo 229 del CPACA, le

---

<sup>6</sup> Ley 99 de 1993. Artículo 1º, numeral 6º. Las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

otorgan al juez esa facultad en procura de "*prevenir un daño inminente*". Y justamente, esa fue la razón para adoptar la decisión controvertida.

vi).-En lo tocante con el presunto conflicto de intereses en que puede estar inmersa la CAM (porqué rindió el informe a sabiendas de que interpuso el recurso de reposición contra el acto que modificó la licencia ambiental); es pertinente precisar que en el sub lite no obra ninguna prueba al respecto, amén de que ello se debió plantear de manera oportuna; es decir, cuando se designó el equipo técnico que acompañó la inspección judicial, cuando los servidores designados rindieron el informe, cuando éste se puso en conocimiento de las partes, o cuando EMGESA replicó las conclusiones del mismo.

Como corolario de lo anterior, no se advierte que las providencias que decretaron la medida cautelar y ordenaron la apertura del incidente de desacato estén inmersas en los vicios alegados; de suerte que las mismas no se repondrán y se desestimarán la nulidad planteada.

### **3.2.-La petición de modificar la medida cautelar.**

Durante la vacancia judicial 2015-2016 se tramitó una acción de tutela en el Juzgado Tercero del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Neiva (instaurada por el Ministerio de Minas y Energía y por la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca), y en el fallo proferido el 7 de enero del año en curso amparó "...los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, salud y ambiente sano invocados por el Ministerio de Minas y Energía y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca- AUNAP", y autorizó la generación de energía, "...mientras el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila decida de fondo sobre el levantamiento o no de la medida cautelar decretada".

Como sustento, el juez constitucional consideró que el hecho de que aún no se haya retirado la biomasa es "*irrelevante*" (porqué dicha falencia ya causó los efectos nocivos esperados); pero con el fin de prevenir "*una mayor catástrofe ambiental*", era imperativo liberar el agua del embalse y permitir el turbinado de la misma, a efectos de garantizar la actividad piscícola y la generación de energía (afectadas por la intensa sequía).

Con el fin de verificar si las nuevas circunstancias aconsejan modificar la medida cautelar, la Sala se permite hacer las siguientes reflexiones:

a.-El Ministerio de Minas y Energía ha cuestionado enconadamente la medida cautelar; sin embargo, en la petición de tutela, de manera expresa reconoció que cuando se adoptó esa determinación el Tribunal Administrativo no contaba con los elementos de juicio que se

pusieron a su consideración el 15 de diciembre de 2015, y que esa decisión no se puede catalogar como una vía de hecho:

"Esto que se puede apreciar en este momento porque se produjo el documento técnico del 15 de diciembre de 2015, por parte de la ANLA. Vale la pena resaltar que Tribunal no contaba con estos elementos de juicio al momento de tomar las decisiones sobre las medidas cautelares.

Se reitera que esta tutela no ataca el fundamento originario de las medidas cautelares; se presenta respecto de la *vigencia continuada* de las mismas, aunada con la situación de la *vacancia judicial*, lo cual genera un riesgo de mortandad de peces y putrefacción del agua, en absoluto desconocimiento del principio *periculum in mora* que rige las medidas cautelares y se encuentra reflejado en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

En esta situación, si bien no existe una arbitrariedad del Tribunal Administrativo del Huila que se traduzca en una vía de hecho o una causal genérica de procedibilidad, la concatenación de distintas circunstancias no atribuibles al Tribunal genera un desconocimiento de las formas propias del proceso de la acción popular<sup>7</sup>.

b.-Como se indicara en el numeral 3.1, literal b) del acápite denominado "*los reparos formulados*"; no existe certeza plena de la cantidad de madera, guadua y biomasa que fue retirada del embalse; ya que subsiste una diferencia sustancial entre la información reportada por EMGESA y por la CAM, y pesar de que la ANLA sugiere que los datos de la primera coinciden con los suyos, a renglón seguido concluye que ese aspecto no ha sido suficientemente decantado:

"...De lo antes mencionado existe incertidumbre sobre el volumen real de madera existente en el patio principal y patios temporales en la medición efectuada por la CAM, por lo tanto los volúmenes establecidos no pueden considerarse como un valor total de madera existente en los patios procedentes del aprovechamiento forestal..." (f. 1347 y ss. cuad. 7 med. caut.).

Por ese motivo, es necesario que en la correspondiente etapa probatoria, un experto en la materia dirima esa diferencia, y precise si la concesionaria satisfizo las obligaciones ambientales, y en el evento de que no sea así, determine los efectos que de ello pudieran generar a los derechos e intereses colectivos, y desde luego, las eventuales consecuencias socioeconómicas a corto, mediano y largo plazo en la región y en el área de influencia.

c.- Efectuadas las anteriores precisiones, es del caso analizar los informes que con posterioridad se allegaron al proceso. En particular, los relacionados con la calidad del agua y con la concentración de oxígeno:

---

<sup>7</sup> Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Neiva. Acción de tutela instaurada por el Ministerio de Minas y Energía y otro vs Tribunal Administrativo del Huila-Sala Cuarta de Oralidad. Radicación 41 001 31 07 003 2015 00218 00.

i).-El 13 de enero de 2016, la CAM aportó copia de dos informes que en su momento le remitió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Neiva con Funciones de Conocimiento; aclarando que el oxígeno es el principal parámetro e indicador de contaminación del agua; por lo tanto, limita la existencia y preservación de la flora y fauna de los ecosistemas acuáticos, destacando que el límite permisible es 4 de miligramos por litro (artículo 45 del Decreto 1594 de 1984). Y en la medida en que no se retiró del vaso del embalse toda la madera y el material vegetal que exigía la licencia, inexorablemente se aceleró la descomposición del material orgánico y la disminución de la concentración de oxígeno.

"...Por lo anterior, la biomasa acumulada en el embalse El Quimbo, incrementa la disminución del oxígeno disuelto en todo el sistema y disminuye el tiempo de transición a un sistema eutrófico con todas sus implicaciones, hasta niveles por debajo del límite permisible de 4 miligramos por litro (m/L) de oxígeno disuelto".

Tomando como referente los reportes de EMGESA, la autoridad regional ambiental destacó que antes de que se iniciara el turbinado (16 de noviembre de 2015), y después de que éste se suspendiera (16 de diciembre de 2015), el nivel de concentración de oxígeno fue aceptable (permitiendo la conservación del recurso hídrico y la actividad piscícola). Sin embargo, durante el término de generación de energía (16 de noviembre a 16 de diciembre de 2015), la concentración de oxígeno estuvo por debajo de los límites permitidos, poniendo en riesgo la indemnidad de la flora y de la fauna acuática.

"...Antes del 16 de noviembre de 2015, fecha de inicio por parte de Emgesa de la generación de energía, y después del 16 de diciembre de 2015, fecha en la que Emgesa suspendió la generación de energía, considerando solamente la descarga del caudal ecológico MGE 1 de la represa El Quimbo al río Magdalena, aunado con los bajos caudales del río Páez, por efectos del Fenómeno del Niño, la calidad de las aguas en la entrada del Embalse de Betania se mantienen en buenas condiciones, con respecto al oxígeno disuelto, para preservación y conservación del recurso hidrobiológico, incluida la actividad piscícola.

(...)

Durante el periodo de generación de energía (16 de noviembre al 16 de diciembre de 2015), por el aumento del caudal turbinado, sumado al caudal ecológico, de la represa el Quimbo, descargado al río Magdalena y ante el bajo caudal del río Páez, como consecuencia del fenómeno del niño, que según pronósticos del IDEAM, se mantendrá por lo menos tres meses más, en la entrada del embalse de Betania, la información reportada por la empresa Emgesa, refleja el desmejoramiento de la calidad de agua del río Magdalena por concentraciones de oxígeno disuelto por debajo del límite permisible (4 mg/l)...

En conclusión lo que refleja la información suministrada por Emgesa, es que la contaminación por la descomposición de la madera y la biomasa no retirada del

área inundada del vaso en el embalse el Quimbo, impacta directamente de manera negativa la calidad de agua del río Magdalena, aguas abajo del sitio de la presa, lo que se refleja en los registros de medición que indican que durante el tiempo de turbinado (16 de noviembre a 16 de diciembre de 2015), el oxígeno disuelto a la salida de la represa El Quimbo y a la entrada del embalse de Betania, estuvo por debajo del límite permisible, lo que puede afectar la preservación de la flora y fauna acuática, conforme a lo señalado en el artículo 45 del decreto 1594 de 1984...".

De igual manera, sugiere liberar las aguas superficiales cuando éstas superen la cota de vertedero (702 msnm); con el fin de contribuir a la oxigenación del agua turbinada. Destacando que a ese nivel se llegó el 4 de enero de 2016 (702.95 msnm).

"...El proyecto hidroeléctrico El Quimbo, presenta en su Estudio de Impacto Ambiental- EIA, la cota de vertedero de 702 msnm y a la fecha de 04 de enero de 2016 (reporte de Emgesa), la cota de nivel del embalse El Quimbo es de 702.95 msnm.

Por consiguiente, se podría considerar la descarga por vertedero al río Magdalena, de la cantidad de agua embalsada que se encuentra por encima de la cota 702 msnm, debido a que estas aguas superficiales, se consideran de mejor calidad con respecto a las turbinadas, beneficiando el recurso hidrobiológico (incluida la piscicultura), aguas abajo..."(f. 1516 y ss. cuad. 8, med. caut.).

En el segundo informe, ratificó que EMGESA no justificó el retiro de 42.095.3 m<sup>3</sup> de madera y de 7.648.99 m<sup>3</sup> de guadua (f. 1526 y ss. cuad. 8, med. caut.).

ii).-El 15 de enero de 2016 el apoderado de EMGESA replicó el anterior informe, y apoyándose en el monitoreo de la concentración de oxígeno que se realizó a la entrada del embalse de *Betania* durante los días 10, 11 y 12 de enero de 2016 (después de que se reinició la generación de energía); refiere que "...el contenido de oxígeno disuelto en el agua a la entrada del embalse de Betania (Estación Las Vueltas o punto de medición MGE4), se encuentra con valores superiores al límite admisible por la legislación ambiental colombiana para estos cuerpos de agua (mínimo 4 mg/l)".

En lo que respecta a la baja concentración durante la época de turbinado, considera que la CAM interpreta equivocadamente los resultados de las mediciones que se llevaron a cabo desde el 16 de noviembre al 16 de diciembre de 2015, y que solamente resaltó los resultados de los 4 días cuyos niveles de oxígeno estuvieron bajos, omitiendo destacar que en 28 días se superó el límite:

"...La CAM coloca una gráfica con los valores, pero inexplicablemente la interpreta de manera completamente negativa, propagando una especie carente de sustento.

Nótese cómo de los 31 días reportados, en 27 días el agua que ingresó a Betania estuvo por encima de 4 mg/l, y la CAM no sólo no hace ningún tipo de ponderación

sobre dicha circunstancia, sino que toman los 4 días restantes y asesta una conclusión general y absoluta al sugerir la descarga de agua por vertedero, lo cual implicaría detener la generación.

De hecho, en los 4 días en que el valor estuvo por debajo de 4 mg/l, no hubo mortandad masiva de peces, luego no se trata que con un solo día con valores entre 3 y 4 ya se genere un desastre ambiental.

Y que no se diga que con un solo día con un hipotético valor "cero" entrando a Betania ya hablaríamos de un desastre ambiental porque aun suponiendo para ese efecto un valor cero al salir de las turbinas, el agua después se mezcla con la del Páez y recorre en total más de trece kilómetros antes de entrar a Betania, oxigenándose en el recorrido. Por consiguiente, salvo circunstancias extraordinarias y ajenas al Quimbo, nunca entraría agua con valor cero a Betania".

De otro lado, rechaza que se imponga la orden de liberar agua por el canal de vertedero y que se impida la generación de energía; porque ello dificultaría el recambio de las aguas profundas, equivaldría a desconocer las necesidades del país y atentar contra el uso eficiente de ese vital recurso:

"...limitar el paso de agua al vertedero tiene las siguientes implicaciones:

-Únicamente permitiría la movilización del agua superficial, intensificando el estancamiento del agua ubicada en el fondo del embalse, cuando lo conveniente es movilizar precisamente dicho recurso para que paulatinamente el agua "fresca" ocupe dicho lugar.

-Precisamente el recambio continuo por generación del agua situada en el fondo del embalse, no sólo genera su depuración natural en el trayecto Quimbo-Betania, sino que mejora las propiedades mismas del agua en el embalse Quimbo contribuyendo a su estabilización (que es una de las metas establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental).

-Impediría la generación, lo cual significa desperdiciar el recurso hídrico (embalsado primordialmente para generar energía) en momentos de crisis, lo cual agravaría el riesgo de un racionamiento. Dicho desperdicio equivale a un uso irracional del recurso" (f. 1602 y ss. cuad. 9, med. caut.).

iii).- El 2 de febrero de 2016 el ANLA remitió un informe de seguimiento (elaborado por un equipo de profesionales a su servicio), quienes recorrieron el área de influencia de la hidroeléctrica y con base en los registros que les reportó EMGESA, conceptuaron que antes del reinicio de la generación de energía los niveles de oxígeno eran normales y desde que se levantó la restricción éstos disminuyeron algunos días. Merced a dicha circunstancia, durante los días 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de enero de 2016 se detectó la muerte de 553

peces (de diferentes especies y tamaños)<sup>8</sup>. Sin embargo, no se afectó la actividad piscícola en *Betania*.

"...En general se encuentra que los parámetros analizados durante los primeros 16 días del mes de enero, tanto en los días sin operación de la hidroeléctrica (1 al 9 de enero), como en los que reinició nuevamente operaciones (10 al 16 de enero), no se presentaron cambios sustanciales ni alteraciones de acuerdo a las condiciones registradas en la línea base; únicamente se presentaron variaciones en la concentración de oxígeno disuelto, con un descenso al reinicio de operaciones, en parte atribuible al descenso de caudales del río Páez por condiciones hidrológicas secas, sin embargo la concentración de oxígeno disuelto siempre se mantuvo por encima de 4 mg/l, con un promedio de 4.8 mg/l, condición que no pone en riesgo la actividad psicola de Betania.

Visita durante reinicio de operación (10-14 de enero de 2015)

Exceptuando la mortandad de peces que ocurrió, posterior al reinicio de operaciones del proyecto, en el tramo 1.3 km entre la represa y la confluencia del río Páez al río Magdalena, no se presentaron otras mortalidades en el río Magdalena hasta la cola del embalse de Betania, ni en los otros cuerpos de agua, como se evidenció en los recorridos realizados durante la visita de seguimiento efectuada al área del proyecto.

De acuerdo con lo observado en los diferentes recorridos que se hicieron en el tramo aguas abajo de la represa del embalse El Quimbo hasta la cola del embalse de Betania, en el embalse El Quimbo y en el embalse Betania; a excepción de olores a la salida de las aguas turbinadas y de la descarga de fondo, así como el cambio en el color del agua; no se percibieron olores ofensivos en los otros cuerpos de agua, tampoco se evidenciaron peces muertos, ni residuos de material vegetal y troncos flotando en el agua.

Así mismo, de acuerdo con lo informado por los administradores de algunas de las psicolas y lo evidenciado durante el recorrido por el embalse de Betania, no se incrementó la mortalidad de los cultivos, a causa del reinicio en las operaciones del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo" (f. 720, cuad. 4. cump. med. caut.).

d.-El artículo 229 del CPACA preceptúa que el trámite de las medidas cautelares en los procesos relacionados con la defensa y la protección de los derechos colectivos se regirán por las disposiciones consagradas en el título V, capítulo XI, ibídem.

En tal virtud, la modificación de las mismas se subordina a las orientaciones contenidas en el artículo 235 y siguientes de la misma obra; el cual, establece que la medida precautelativa se podrá modificar -de oficio o a petición de parte-, cuando las circunstancias posteriores recomienden adoptar otra decisión.

---

<sup>8</sup>381 el 10 de enero (capaz, cucha, sardinas, madreo y bocachico), 11 el 11 de enero (mojarra plateada y sardinas), 18 el 12 de enero (tilapia y sardinas), 31 el 13 de enero (capaz, sardinas, mojarra, zapatero y raya), 19 el 14 de enero (tilapia, sardinas, capaz, cucha y mojarra), 50 el 15 de enero (tilapia, sardinas, capaz, cucha y mojarra), y 43 el 16 de enero (tilapia, sardinas, capaz, cucha y mojarra).

Tomando como marco de reflexión el anterior y extenso recuento, la Sala se permite puntualizar lo siguiente:

i).- Aunque en los diferentes informes la CAM advierte que la descomposición del material vegetal que no se retiró del vaso del embalse puede generar una inminente contaminación del río Magdalena (y con el fin de preservar la indemnidad del mismo se prohibió la generación de energía, tratando de minimizar la circulación de agua empozada); en reciente comunicación (suscrita conjuntamente con el ANLA), las dos entidades consideran que es conveniente permitir el recambio del preciado líquido, en razón a que el estancamiento puede acelerar la descomposición y disminuir los niveles de oxígeno. Poniendo en riesgo las condiciones de supervivencia del recurso hidrobiológico e íctico (f. 1373, cuad. 7, med. caut.).

De otro lado, en la época en que se adoptó la cautela no se preveía que el *fenómeno del niño* fuera tan intenso y tan devastador, porque como fue públicamente conocido, en ese momento se pronosticaba un comportamiento moderado. Mucho menos, que el sistema eléctrico pudiera requerir un aporte adicional.

ii).-En ese orden de ideas, es menester inferir que las circunstancias meteorológicas han mutado, y aunque subsisten diferencias técnicas entre la CAM y EMGESA sobre la cantidad de madera y biomasa extraída, y sobre la concentración de oxígeno después de la operación de turbinado (las cuales se deben dirimir en la etapa probatoria); existe consenso de la necesidad de facilitar la circulación o el recambio del agua, y con base en esas calificadas opiniones, la Sala considera que es pertinente modificar la medida cautelar. Desde luego, de manera transitoria, mientras se tramita el proceso y se determina si en materia de aprovechamiento forestal se satisfizo la licencia, y siempre que posteriormente no se advierta algún efecto nocivo en el ambiente.

Merced a lo anterior, se levantará la restricción de generar energía en el proyecto hidroeléctrico *El Quimbo* durante un lapso de 6 meses, pero en razón a que la concentración de oxígeno es inferior a 4 mg/l<sup>9</sup> en el trayecto comprendido entre el *sitio de descarga* (MGE1), la *confluencia del río Páez* (MGE2) y *aguas abajo del Campamento* (MGE3); se impondrá a EMGESA la obligación de elaborar un proyecto que garantice la recuperación de la calidad de las aguas que recorren ese trayecto y que sea compatible con la vida. Éste será presentado dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia ante la

---

<sup>9</sup> En el último informe que rindió EMGESA el 18 de febrero del año en curso (correspondiente al lapso comprendido entre el 2 de febrero y el 14 de febrero de 2016); el oxígeno disuelto aguas debajo de la descarga es de 2.30 mg/l, aguas debajo de la confluencia con el Páez 3.12 y sólo recupera los límites permitidos aguas arriba del embalse de Betania 4.49 m/l.

ANLA y ante la CAM; quienes dentro del mes siguiente analizarán conjuntamente la propuesta, harán las observaciones, modificaciones o correcciones. Y una vez que se otorgue su aprobación, EMGESA procederá a su ejecución.

En el evento de que no se logre recuperar la concentración del nivel de oxígeno a los límites tolerables, recobrará vigencia la cautela impuesta en el auto del 17 de julio de 2015.

En aras de coadyuvar a oxigenar las aguas, una vez que el embalse supere el nivel de vertedero (cota 702 msnm), EMGESA liberará las aguas superficiales a través de ese sistema.

Con el fin de amparar los perjuicios económicos y ambientales que la operación de la hidroeléctrica pudiera causar, en armonía con lo dispuesto en la Ley 491 de 1999 -y en razón a que EMGESA solicitó el 16 de marzo de 2015 que se fijara la correspondiente caución-; se ordena constituir una póliza otorgada por una compañía de seguros por la suma de veinte mil millones de pesos (\$20.000.000.000). Si dicho riesgo ya estuviera amparado por el *seguro ecológico obligatorio*, se aportará copia del mismo.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** No reponer los autos del 12, 24 y 30 de noviembre de 2015.

**SEGUNDO.-** Denegar las nulidades deprecadas por las entidades accionadas, por el incidentado y por los intervinientes pasivos.

**TERCERO.-** Modificar temporalmente la medida cautelar impuesta el 17 de julio de 2015, en el sentido de permitir la generación de energía en el Proyecto Hidroeléctrico *El Quimbo* durante un lapso de 6 meses.

Dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia EMGESA elaborará un proyecto que garantice la recuperación de los niveles de oxígeno en el trayecto comprendido entre el *sitio de descarga* (MGE1), la *confluencia del río Páez* (MGE2) y *aguas abajo del Campamento* (MGE3); a efectos de obtener que el agua sea compatible con la vida.

Éste será presentado en el referido término simultáneamente a la ANLA y a la CAM; quienes dentro del mes siguiente, analizarán conjuntamente la propuesta, harán las observaciones, modificaciones

o correcciones. Y una vez que se otorgue su aprobación, EMGESA procederá a su ejecución.

En el evento de que no se logre recuperar la concentración del nivel de oxígeno a los límites tolerables, recobrará vigencia la cautela impuesta en el auto del 17 de julio de 2015.

En aras de coadyuvar a la oxigenación de las aguas, una vez que el embalse supere el nivel de vertedero (cota 702 msnm), EMGESA liberará las aguas superficiales a través de ese sistema.

Con el fin de amparar los perjuicios económicos y ambientales que la operación de la hidroeléctrica pudiera causar, en armonía con lo dispuesto en la Ley 491 de 1999 -y en razón a que EMGESA solicitó el 16 de marzo de 2015 que se fijara la correspondiente caución-; se ordena constituir una póliza otorgada por una compañía de seguros por la suma de veinte mil millones de pesos (\$20.000.000.000). En el evento de que dicho riesgo ya estuviera amparado por el *seguro ecológico obligatorio*, se aportará copia del mismo.

**CUARTO.-** Reconocer personería al Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, identificado con la CC 19.234.954 de Popayán y T.P. 21.538 del C.S.J. para representar al Doctor LUCIO RUBIO DÍAZ en el trámite del incidente de desacato.

37

**QUINTO.-** Reconocer la condición de Agente del Ministerio Público al PROCURADOR 153 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS (designado expresamente en calidad de *agente especial*).

**SEXTO.-** Reconocer como coadyuvantes activos (más no la calidad de afectados), a ASOQUIMBO, ASOCIACIÓN DE PESCADORES CALANDREROS DEL RÍO MAGDALENA, ASOCEBORUCO y FUNDACIÓN EL CURIBANO.

**SEPTIMO.-** Reconocer la intervención institucional de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

**Notifíquese.**

**RAMIRO APONTE PINO**  
**Magistrado**