

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECRETARIA SECCION PRIMERA

Avenida Calle 24 No. 53-28 Torre A Oficina 118

Bogotá, D.C. 13 de julio de 2020

Expediente : 2500023410002015-02259-00

Demandante : INVERGALTEC DE COLOMBIA SA

Demandado : DISTRITO CAPITAL- SECRETARIA DISTRITAL DE PLANEACION

Naturaleza : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Magistrado (a) : DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

En la fecha se corre traslado del recurso de reposición interpuesto en contra del auto de fecha 6 de marzo de 2020.

En consecuencia, se fija en lista y se corre traslado por el término de tres días así:

FIJACIÓN EN LISTA	13 DE JULIO DE 2020
INICIO TRASLADO	14 DE JULIO DE 2020
VENCIMIENTO TRASLADO	16 DE JULIO DE 2020

Lo anterior de conformidad con el artículo 110 del CGP.

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera

E O
Señores Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
M.P. Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Sección Primera
E. S. D.

524
S.S.L.T. ADTU.C. MARCA
A. FOLLY
99272 12-MAR-20 15:47

Ref. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: No. 25000234100020150225900 (2015-2259)
Demandante: INVERGALTEC DE COLOMBIA S.A.
Demandados: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN –
CURADURÍA URBANA No. 1 DE BOGOTÁ.
Asunto: Recurso de Reposición.

Respetados Señores:

Como apoderado de la demandante, conforme al poder adjunto, dentro de la oportunidad legal, me permito interponer RECURSO DE REPOSICIÓN, contra el auto del 6 de marzo de 2020, con el cual nos corren traslado de las objeciones al juramento estimatorio, realizadas por los demandados.

El objeto del recurso es que se revoque en su totalidad el auto del 6 marzo de 2020, para que en su lugar se rechace la objeción al juramento, por falta de la argumentación mínima exigida por el artículo 206 del C.G.P., en concordancia con el artículo 211 del C.P.A.C.A.

La razón de la inconformidad radica en que la Secretaría Distrital de Planeación, en su contestación de la demanda, objeta el juramento estimatorio aduciendo que el mismo es injusto porque corresponde a la indexación de un avalúo inmobiliario del año 2002, cuando según ellos, la norma demandada corresponde al año 2015. Al respecto nótese, que con su argumentación, si bien señala los mismos argumentos de sus excepciones a la demanda, en tal argumentación no se cumplen el pleno de los requisitos exigidos en el artículo 206 de la Ley 1564.

Al respecto, nótese lo que refiere el C.G.P.:

"ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación."

Es así como la norma en comento, exige que cuando la objeción provenga de la parte contraria, la misma deberá especificar razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

525

Ha de recordarse al respecto, que cuando existe una discrepancia considerable entre el valor jurado y la estimación que se pruebe en el trámite incidental, de la diferencia entre las dos cuantías se puede llegar a derivar una sanción económica para la parte demandante.

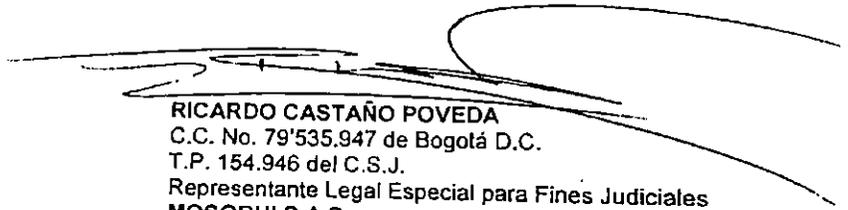
Por lo tanto es claro que la estimación razonada de la objeción no se puede limitar simplemente a la mera manifestación del desacuerdo en su cuantía por parte de la entidad demandada, sino que además requiere, y es carga de la parte que objeta, la estimación razonada de la inexactitud en el cálculo del valor que se le atribuye al demandante en el juramento realizado en su escrito de demanda.

Por lo anterior, se solicita al Tribunal de plano las objeciones al juramento, porque no cumplen el requisito señalado en el inciso 2º del artículo 206 del C.G.P., que señala que las objeciones al juramento sólo podrán ser consideradas por el Juez, cuando las mismas, contengan una apreciación que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Por lo tanto, la mera escueta afirmación que la estimación razonada del juramento estimatorio de esta demanda, es objetable, carece de una apreciación razonada y específica sobre una posible inexactitud en la cuantificación estimatoria de los perjuicios cuya indemnización se solicita.

Por lo tanto, se reitera se debe rechazar la objeción al juramento por no reunir el pleno de requisitos de Ley para ello.

Cordialmente,



RICARDO CASTAÑO POVEDA
C.C. No. 79'535.947 de Bogotá D.C.
T.P. 154.946 del C.S.J.
Representante Legal Especial para Fines Judiciales
MOSORHI S.A.S.
NIT 900.398.912-5.

526

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - ORAL
SECCION PRIMERA
ATTN. DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada Ponente

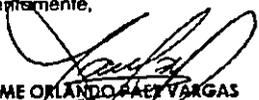
E. S. D.
Ref. Acción: ORDINARIO. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Proceso No.: 25000234100020150225900.
Demandante: INVERGALTEC DE COLOMBIA S.A.
Demandados: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN - CURADURÍA URBANA No. 1 DE BOGOTÁ - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO - DADEP - INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU.
Asunto: Poder.

Respetados Señores:

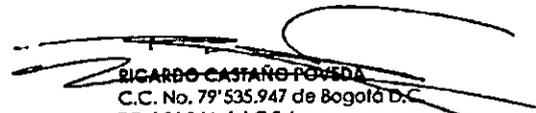
JAIME ORLANDO PÁEZ VARGAS, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 438.048 de Usaquén, en mi condición de representante legal de INVERGALTEC DE COLOMBIA S.A., NIT 800164810 - 5, confiero poder especial amplio y suficiente al Doctor RICARDO CASTAÑO POVEDA, identificado como aparece al pie de su firma, de las mismas condiciones civiles antes señaladas, para que ejerce la representación de nuestra empresa y actúe procesalmente, en la defensa de nuestros intereses, en todas y cada una de las etapas de la demanda de la referencia, hasta la conclusión de sus dos etapas.

Nuestro apoderado está facultado para recibir, desistir, renunciar, reasumir, postular, sustituir, transar, conciliar, formular toda clase de recursos ordinarios y extraordinarios, incoar solicitudes tendientes a la declaratoria de todo tipo de nulidades, en general todas las contempladas en el artículo 70 del C.P.C. y en la Ley 1437 de 2011; así como las demás necesarias para el cabal cumplimiento del presente mandato.

Atentamente,


JAIME ORLANDO PÁEZ VARGAS
C.C. No. 438.048 de Usaquén
INVERGALTEC DE COLOMBIA S.A.
NIT 800164810 - 5

Acepto,


RICARDO CASTAÑO POVEDA
C.C. No. 79'535.947 de Bogotá D.C.
T.P. 154.946 del C.S.J.

627

NOTARIA 29
 DE ACUERDO CON LA RESOLUCIÓN No 0467 DEL 11 DE JUNIO 2018 ESTA IDENTIFICACION SE REALIZA POR EL SISTEMA TRADICIONAL DEBIDO A:

1. Imposibilidad de captura de huella
2. Diligencia fuera del despacho
3. Fallas eléctricas
4. Fallas de conectividad o del sistema
5. Usuario no autoriza

Identifico: NANCY Autorizo: DANIEL VARGAS

[Handwritten signature]

NOTARIA 29
 DEL TRAFICANTE DE NEGOCIOS S.A.
 Carrera 13 No. 29 42. PBX: 7442929
PRESENTACION PERSONAL Y RECONOCIMIENTO
DANIEL RICARDO PALACIOS RUBIO
 NOTARIO 29 DE BOGOTÁ D.C.



Que: PAEZ VARGAS JAIME ORLANDO quien se identificó con C.C. número. 438048 y T.P. 20750 C.S.J., declaró: Que reconoce como suya la FIRMA y MUELLA impresa en el presente documento y declara como cierto su CONTENIDO. Por lo tanto en señal de asentimiento procede a firmar esta diligencia e imprime su huella dactilar al lado de este sello

NOTARIA 29

6/03/2020
 Func.: NANCY



REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECRETARIA SECCION PRIMERA

Avenida Calle 24 No. 53-28 Torre A Oficina 118

Bogotá, D.C., 13 de julio de 2020

Radicado : **2500023410002019-00905-00**
Demandante : INDUSTRIAS METALICAS ASOCIADAS IMAL S.A
Demandado : SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE DE BOGOTA D.C.
Naturaleza : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Magistrado (a) : DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACION DE DEMANDA.

EN CONSECUENCIA, EL PROCESO SE FIJA EN LISTA POR EL TÉRMINO DE UN DÍA Y SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO DE TRES DÍAS DE CONFORMIDAD CON EL ART. 110 DEL CGP:

FIJACIÓN EN LISTA	13 DE JULIO DE 2020
INICIO TRASLADO	14 DE JULIO DE 2020
VENCIMIENTO TRASLADO	16 DE JULIO DE 2020

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera

PHO
solar

28

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION PRIMERA
SUBSECCION "A"
Ciudad. -

ASUNTO	CONTESTACION DEMANDA
PROCESO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE	25000234100020190090500
DEMANDANTE	INDUSTRIAS METALICAS IMAL S. A.
DEMANDADO	SECRETARIA DITRITAL DE AMBIENTE
MAGISTRADO PONENTE	FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

Respetado Señor Juez:

GABRIEL ELIECER ANDRADE SULBARAN, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en representación judicial de la demandada BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE, estando dentro del plazo legal correspondiente, procedo contestar la demanda en referencia en los siguientes términos:

I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DEMANDADAS:

La administración se opone integralmente a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y condenas formuladas por la accionante.

II. EN CUANTO A LOS HECHOS:

En el mismo orden de su formulación, procedo a pronunciarme sobre ellos:

AL HECHO PRIMERO: Es cierto.

AL HECHO SEGUNDO: Es cierto.

AL HECHO TERCERO: Es cierto.

AL HECHO CUARTO: Es cierto.

AL HECHO QUINTO: Es cierto.

AL HECHO SEXTO: Es cierto.

AL HECHO SEPTIMO: Es cierto.

AL HECHO OCTAVO: Es cierto.

AL HECHO NOVENO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO PRIMERO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO: Es cierto. Em pero, se precisa que la argumentación contenida en este hecho, fue materia de un riguroso debate probatorio en desarrollo de la actuación administrativa sancionatoria, merced a lo cual la exposición de motivos que sustentaron los descargos fue integralmente desvirtuada por la administración, abriéndose paso la sanción que hoy nos ocupa en sede judicial, tal como se detallará en el acápite denominado "**CONSIDERACIONES JURIDICAS AL CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO FORMULADO POR LA ACCIONANTE**".

S.S.1.T.ADTU.C.MARCA 4B
97926 11-FEB-'20 14:40 21 fls.

AL HECHO DECIMO TERCERO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO CUARTO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO QUINTO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO SEXTO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO SEPTIMO: Es cierto.

AL HECHO DECIMO OCTAVO: Es cierto. Para mayor precisión probatoria, se enfatiza que la accionante fue EXONERADA del CARGO TERCERO.

AL HECHO DECIMO NOVENO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO PRIMERO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO SEGUNDO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO TERCERO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO CUARTO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO QUINTO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO SEXTO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO SEPTIMO: Es cierto.

AL HECHO VIGESIMO OCTAVO: No es cierto. Los fundamentos de orden técnico y jurídico acopiados por la administración que soportan los actos administrativos materia del litigio que nos ocupa, no fueron eficientemente desvirtuados por la accionante, tal como se expondrá en el acápite denominado *CONSIDERACIONES JURIDICAS AL CONTEXTO FACTICO Y JURIDICO FORMULADO POR LA ACCIONANTE.*

AL HECHO VIGESIMO NOVENO: No es cierto. La sanción impuesta a la actora y contenida en la Resolución No. 04140 de diciembre 17 de 2018 y ratificada por Resolución No. 00482 de marzo 25 de 2019, sí exponen los fundamento fácticos y jurídicos apto para arribar a la decisión sancionatoria.

Debe recordarse que los cargos son del siguiente tenor:

CARGO PRIMERO: *Haber sobrepasado el volumen máximo de explotación del recurso hídrico subterráneo otorgado a través de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008, sobre el pozo identificado con el código pz-09-0031, de la siguiente manera: - Consumir 149,00 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, conforme al seguimiento realizado por los profesionales de la SDA. - Consumir 140 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario - Consumir 5,00 m3 en el año 2010, por encima del volumen concesionado conforme al seguimiento realizado por los profesionales de la SDA - Consumir 40,00 m3 en el año 2011, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario. En concordancia con lo anterior, se concluye una presunta transgresión de lo*

dispuesto en el literal b) del artículo 133 del Decreto – Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), numeral 2 del artículo 239 del Decreto 1541 de 1978 (hoy artículo 2.2.3.2.24.2 numeral 2 del Decreto 1076 de 2015) y el artículo primero de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008.

CARGO SEGUNDO: No realizar los ajustes de calibración del medidor instalado; lo cual impide garantizar el cumplimiento con la norma NTC: 1063:2007, la Resolución No. 3859 de 2007 y el Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09.

AL HECHO TRIGESIMO: No es cierto. El texto del acto administrativo es absolutamente explícito en su contenido. Veamos:

“Que una vez revisados los descargos presentados por la sociedad IMAL S.A., encuentra esta Secretaría, que, si bien la administrada manifiesta que los sobreconsumos registrados obedecieron a un error humano por parte de sus funcionarios, lo cierto es que ello en nada obsta para establecer que la conducta infractora de la norma ambiental no se hubiese consumado.

Que en ese orden debe resaltarse que la sociedad IMAL S.A., tenía claro conocimiento del volumen concesionado mediante Resolución 0627 del 07 de febrero de 2008, el cual había establecido claramente un máximo de 20 m³ diarios, explotados en un caudal de 0.86 lps, durante máximo seis (06) horas y veintisiete (27) minutos; es decir, que estaba en cabeza de la sociedad darle estricto cumplimiento a la citada Resolución, independientemente de la persona que fuera encargada del control de las mediciones.

Que, si bien la sociedad manifiesta oposición ante los 149 m³ de sobreconsumo del recurso hídrico evidenciados por esta Secretaría, y explica una diferencia de 9,2 m³; ello no desvirtúa el cargo imputado, el cual establece incumplimiento a lo establecido en la Resolución 0627 del 2008, en cuanto a haber realizado un consumo superior al concesionado.

Que, por ello, en lo que respecta a los argumentos dados por la sociedad cuando indica “(...) Respecto al registro y medición del consumo de agua de pozo, también hay una DIFERENCIA PUES ESTABA REGISTRANDO UN 17% MÁS DE CONSUMO, hecho que se evidencia por lo declarado en la resolución 0627 del 13 de febrero de 2008. En el aparte CONSIDERACIONES TÉCNICAS en la página 3, en Sistema de Medición dice: “... se realizó un aforo volumétrico al sistema encontrando que el caudal registrado por el sistema es 17% mayor al real aforado con recipiente”. (...)”, se tiene que le asiste razón a IMAL S.A., pues efectivamente la citada Resolución establece lo alegado por la administrada.

Que, así las cosas, el cargo primero imputado a la sociedad indicó:

Fecha inicial	Fecha Final	Volumen de sobreconsumo m ³	Días
24/08/09	28/09/09	149	35
05/02/10	16/03/10	5	39
01/02/11	01/03/11	40	28
Total:			102

Que así al ajustar el porcentaje indicado en la Resolución se tiene que:

Fecha	Lectura	Volumen diario concesionado (m ³)	Días de consumo	Consumo permitido (m ³)	Consumo del periodo (m ³)	Error 17 %	Sobreconsumo real (m ³)
24/08/09	75.353	20	35	700	849	144.3	4.67
28/09/09	76.202						

152

Que en ese sentido se tiene que el sobreconsumo realizado por la sociedad IMAL S.A., para el periodo comprendido entre el 24/08/09 y el 28/09/09, correspondió a 4.67 m3 del recurso hídrico dado en concesión; significando lo anterior, que efectivamente hubo un sobreconsumo por parte de la citada sociedad. Situación que además es corroborada por la administrada en su escrito de descargos cuando indica "(...) La razón por la cual IMAL S.A, generó dichos consumos se debió a la equivocada interpretación por parte del funcionario de IMAL, el encargado del control de la medición quien por error entendió que eran 1800 metros cúbicos trimestrales (...) Por lo tanto concluimos que el sobreconsumo generado en el año 2009, es de 9,2 m3 sobreconsumo que solo se presenta en el mes de septiembre, en un periodo de 36 meses (...)"

Que vale advertir, que la infracción realizada por la sociedad **IMAL S.A.**, fue evidenciada por esta Secretaría, en la evaluación técnica realizada por la Subdirección del Recurso Hídrico y del Suelo, que concluyó en el **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011 y el Memorando 2011IE168745 del 27 de diciembre de 2011** que establecieron que en el periodo comprendido entre el 24/08/09 y el 28/09/09, consumió un volumen de 4,67 M3 más del recurso hídrico concesionado, una vez aplicado el margen de error del 17% antes señalado.

Que, expuestas las anteriores razones, frente al cargo primero endilgado a la sociedad **IMAL S.A.**, encuentra esta Secretaría que la conducta realizada por la citada sociedad fue de forma consiente, pues ésta tenía claridad respecto a la cantidad del recurso hídrico concesionado mediante Resolución 0627 del 2008, el cual estableció de forma concreta que el volumen sería de 20 M3 diarios, lo cual el infractor no cumplió.

Que en este orden de ideas y acorde con el citado concepto y memorando técnico, los cuales fueron la base para iniciar el trámite sancionatorio e imputar cargos; se establece la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo primero imputado, teniendo en cuenta que se presentó una infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución 0627 del 2008, por cuanto la sociedad consumió más del volumen autorizado, lo cual generó un **riesgo de afectación** al bien de protección por el sobreconsumo de agua subterránea, pudiendo llevar a una sobreexplotación del acuífero y no permitir su recuperación.

Que una vez revisados los denominados anexos 5, 6, y 7 allegados por la sociedad, encuentra esta Secretaría que los mismos aportan para establecer que efectivamente en el periodo de septiembre del año 2009, hubo un sobreconsumo, ajustándose así a lo antes expuesto por esta Secretaría.

Que, así las cosas, al establecerse la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, no le queda más a esta Autoridad Ambiental, que declararla responsable por el cargo primero imputado mediante Resolución No. 01905 del 27 de noviembre de 2016, en lo que respecta al sobreconsumo registrado, y en consecuencia procederá a la sanción que corresponda.

2.1. CARGO SEGUNDO

Que una vez evaluados los argumentos expuestos para el cargo segundo, no encuentra esta Secretaría aceptables las razones dadas por la sociedad, cuando manifiesta que jamás recibió comunicación alguna al respecto; pues las falencias que presentaba el medidor del pozo con código pz 09-0031, fueron expuestas en la Resolución 627 del 13 de febrero de 2008, por medio de la cual le fue otorgada la concesión de aguas subterráneas, en la cual se indicó: "(...) sistema de medición "Cuenta con medidor de volumen No. 8035408-97 el cual (...) se realizó un aforo volumétrico al sistema encontrando que el caudal registrado por el sistema es 17% mayor al real aforado con recipiente" (...)". Resolución que fue debidamente notificada al infractor el día 7 de abril de 2008; es decir, que tuvo claro conocimiento de su contenido.

Que, en razón a lo señalado en la citada Resolución respecto al medidor del pozo, mediante radicado 2009EE6981 del 13 de febrero de 2009 esta Secretaría entre otras cosas requirió a la sociedad IMAL S.A., en los siguientes términos: "(...) Adicionalmente, debe adoptar la Resolución No. 3859 del 06/12/2007, en lo

257

referente a que el medidor instalado cumpla con las especificaciones establecidas por el ICONTEC en su norma NTC 1063:1:2007, dentro del término otorgado dentro del mismo acto administrativo. Con la agravante de que en la vista de seguimiento se evidenció un desfase significativo entre el aforo con medidor y con recipiente. (...)” Requerimiento que fue debidamente comunicado a la sociedad IMAL S.A., el día 05 de junio de 2009, según sello de recibido de la sociedad en el que se lee “IMAL S.A. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN RECIBIDO”

Que, conforme a lo anteriormente expuesto, queda en evidencia que la sociedad IMAL S.A., siempre tuvo conocimiento de los ajustes que requería el medidor del pozo con código pz-09- 0031 de su propiedad; pero aun así, hizo caso omiso al requerimiento realizado por esta Secretaría, tal y como quedo consignado en el **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011**, producto de la visita técnica efectuada el día 23 de septiembre de 2010, en la que se evidenció que la sociedad continuaba utilizando el mismo medidor sin realizar los respectivos ajustes tendientes a dar cumplimiento a la normativa ambiental.

Que en cuanto al **concepto técnico No. 07554 del 30 de octubre de 2012** que cita la sociedad, y en el cual se indica que IMAL S.A., cuenta con medidor avalado por esta Secretaría y que cumple con las especificaciones establecidas por el ICONTEC en la norma NTC, se advierte que en dicho concepto efectivamente se establece cumplimiento por parte de la sociedad. No obstante, el incumplimiento al requerimiento se prolongó en el tiempo hasta que se logró verificar su cumplimiento en la visita del 14 de agosto de 2012 por parte de profesionales de esta Secretaría a las instalaciones de la administrada, tal y como quedo plasmado en el citado concepto técnico. Razón por la cual, el precitado concepto 07554 del 2012, deberá ser tenido en cuenta al momento de establecer la temporalidad de la infracción.

Que, de igual manera, contrario a lo expuesto por la sociedad, la Resolución 3859 del 2007, si establece en su artículo segundo la obligación “(...) todos los usuarios del recurso hídrico subterráneo, dentro del Distrito Capital, deberán ajustar sus sistemas de medición a las normas técnicas colombianas NTC-1063-1:2007; NTC-1063-2:2007; NTC-1063-3:2007. (...)”, obligación a la que estaba sujeta la sociedad, no solo por la concesión otorgada y al requerimiento que se le hizo, sino además por ser una disposición normativa. Que así las cosas, conforme a lo establecido en el **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011**, el cual fue base para iniciar el trámite sancionatorio e imputar cargos; se establece la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo segundo imputado, teniendo en cuenta que se presentó una infracción a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 3859 del 2008 y al Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09, por cuanto la sociedad no realizó los ajustes debidos en el medidor del pozo con código pz-09-0031, generando así un **riesgo de afectación** al bien de protección, si se tiene en cuenta que la calibración del medidor permite el uso adecuado del consumo del recurso hídrico subterráneo.

Que, así las cosas, al establecerse la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo segundo imputado mediante Resolución No. 01905 del 27 de noviembre de 2016, esta Secretaría procederá a la sanción que corresponda” (Sic).

AL HECHO TRIGESIMO PRIMERO: El texto del juicio de razonabilidad que permitió a la administración arribar a la sanción, deviene como explicito en la medida que ella se refiere a una imputación técnicamente específica debido a que se trata de “haber sobrepasado el volumen máximo de explotación por no realizar los ajustes de calibración del medidor. La evidencia al respecto no logró ser desvirtuada por la actora, tal como lo destaca el acto demandado, en los siguientes términos:.....

Por manera que aducir que la administración no acreditó el grado de “impacto ambiental”, resulta inocuo en el entendido que tal juicio de valor está implícito en la sanción misma, solo que la actora intenta inducir una lectura impropia de la sanción al sugerir que debió existir una adecuación sancionatoria distinta (otra) en punto de

↙

253

calificar el impacto ambiental, Vr. Gr., aisladamente. Ello, en estricto sentido, hubiese implicado sancionar dos veces por el mismo hecho a la actora, comportamiento a todas luces ilegal.

AL HECHO TRIGESIMO SEGUNDO: No es cierto. Las afirmaciones contenidas en este hecho fueron materia de debate en la actuación administrativa, en desarrollo de la cual la administración demostró que el informe aducido por la actora es especulativo y extemporáneo, pues no contradice técnicamente la evidencia acopiada en tiempo real por la administración en desarrollo de las visitas practicadas al predio donde opera la actora la concesión de aguas.

AL HECHO TRIGESIMO TERCERO: No es cierto. Reiteramos lo expuesto en el numeral anterior.

AL HECHO TRIGESIMO CUARTO: No es cierto. Reiteramos lo expuesto en el numeral anterior (32).

AL HECHO TRIGESIMO QUINTO: No es cierto. Reiteramos lo expuesto en el numeral anterior (32).

AL HECHO TRIGESIMO SEXTO: No es cierto. Ibidem.

AL HECHO TRIGESIMO SEPTIMO: No es cierto. Ibidem.

AL HECHO TRIGESIMO OCTAVO: No es cierto. Ibidem.

AL HECHO TRIGESIMO NOVENO: No es cierto. Ibidem.

AL HECHO CUADRAGESIMO: Con la precisión de que la Resolución No. 01529 de octubre de 18 de 2016 constituye la PRORROGA DE LA CONCESION DE AGUAS SUBTERRANEAS que mediante Resolución No. 0170 de enero 26 de 1998, ya le había sido otorgada a la actora, ha de enfatizarse que tales actos administrativos NO RESULTAN INCOMPATIBLES NI CONTRADICEN la actuación administrativa sancionatoria.

AL HECHO CUADRAGESIMO PRIMERO: Es cierto.

AL HECHO CUADRAGESIMO SEGUNDO: No es cierto. La Resolución No. 01529 de octubre 18 de 2016, en su artículo segundo, claramente le impuso a la actora la obligación de disponer de un medidor, en los siguientes términos:

“Dentro del término de treinta (3) días calendario contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, deberá realizar la instalación de un Data Logger - Diver en cada uno de los pozos concesionados, es decir, el pz-09-0031, que incluya su debido equipamiento para s respectiva corrección de presión atmosférica, permitiendo la medición de niveles de agua y conductividad eléctrica, con capacidad de al menos 100000 lecturas...”

AL HECHO CUADRAGESIMO TERCERO: No es cierto. Reiteramos lo expuesto en el numeral anterior.

AL HECHO CUADRAGESIMO CUARTO: No es cierto. Reiteramos lo expuesto en la respuesta al hecho 32 del presente escrito.

AL HECHO CUADRAGESIMO QUINTO: No es cierto. El texto aludido por el actor sin lugar a duda supone que, al no existir evidencia de la inversión y/o gasto para la

6

calibración del medidor por parte de IMAL S. A., de cuyo deviene que dicho costo no fue sufragado, por lo que resulta en un beneficio económico a expensas de la obligación de efectuarlo. Es decir, no efectuar el gasto, implica necesariamente un beneficio.

AL HECHO CUADRAGESIMO SEXTO: No es cierto. De manera expedita, el concepto en el ítem 4.1, concluye lo siguiente:

“Como se mencionó con antelación, existe un beneficio económico ilícito relacionado con los ahorros de retraso y como quiera que este no puede ser calculado, se aplicará la octava circunstancia de agravación conforme los señala el artículo 9º de la resolución 2086 de 2010 del MAVDT”.

AL HECHO CUADRAGESIMO SEPTIMO: No es cierto. Lo expuesto por la actora solo constata el alto nivel de negligencia con la que operó la concesión, por manera que alegar en su favor su propia culpa, deviene como inaceptable de cara al principio general del derecho *NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS*, según el cual, nadie puede exigir ni oponer en beneficio propio su propia culpa.

AL HECHO CUADRAGESIMO OCTAVO: Reiteramos lo expuesto en el numeral anterior.

AL HECHO CUADRAGESIMO NOVENO: Lo narrado en este hecho supone claramente una calificación jurídica subjetiva de los actos administrativos, no un hecho que deba ser materia de contradicción en el presente acápite.

III. CONSIDERACIONES JURIDICAS AL CONTEXTO FACTICO Y JURIDICO FORMULADO POR LA ACCIONANTE:

1. EN CUANTO A LO ESTRICTAMENTE PROCEDIMENTAL EN SEDE ADMIMNISTRATIVA:

1. Se observa que, dentro del proceso sancionatorio ambiental, consignado en el expediente No. SDA-08-2013-868, se llevaron a cabo cada una de las etapas de acuerdo a la regulación establecida en la ley 1333 de 2009, la cual determina las reglas que debe seguir el proceso e comento. Para el caso que nos ocupa, las etapas se surtieron de la siguiente manera:

1.1 Memorando con radicado 2011IE168745 del 27 de diciembre de 2011 (fl.1195), mediante el cual se actualizó el Concepto Técnico No. 3320 del 14 de mayo de 2011, al evaluar la información contenida en los radicados 2011ER118024 del 20 de septiembre de 2011 (fl.1161) y 2011ER133140 del 20 de octubre de 2011 (fl.1189), además de la información obtenida en la visita del 8 de noviembre de 2011 al predio ubicado en la calle 22 B No. 127 – 69 de la localidad de Fontibón, donde se localiza el pozo identificado con código pz-09-0031, otorgado en concesión a la sociedad INDUSTRIAS METALICAS ASOCIADAS IMAL S.A., visita que se ejecutó en cumplimiento del programa de seguimiento a puntos de agua.

1.2 Auto 00334 del 1 de marzo de 2013, la Secretaría Distrital de Ambiente, dispuso iniciar procedimiento sancionatorio de carácter ambiental contra la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, identificada con Nit. 860.001.781-9, ubicada en la calle 22 B No. 127-69 (Nomenclatura Actual), de la localidad de Fontibón de esta ciudad, con el fin de verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales de

257

7

conformidad con la parte motiva del mencionado acto administrativo.
SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE Folios: 28. Anexos: No. Radicación #: 2019IE263942 Proc #: 4628832 Fecha: 12-11-2019 Tercero: -2101204544 – TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CUNDINAMARCA SECCION PRIMERA Dep Radicadora: DIRECCION DE CONTROL AMBIENTAL Clase Doc: Externo Tipo Doc: Oficio de Salida.

1.3 Resolución 1905 del 27 de noviembre de 2016, mediante la cual la Secretaría Distrital de Ambiente formuló pliego de cargos a la Sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A así: "(...) CARGO PRIMERO: Haber sobrepasado el volumen máximo de explotación del recurso hídrico subterráneo otorgado a través de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008, sobre el pozo identificado con el código pz-09-0031, de la siguiente manera: - Consumir 149,00 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, conforme al seguimiento realizado por los profesionales de la SDA. - Consumir 140 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario - Consumir 5,00 m3 en el año 2010, por encima del volumen concesionado conforme al seguimiento realizado por los profesionales de la SDA - Consumir 40,00 m3 en el año 2011, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario. En concordancia con lo anterior, se concluye una presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del artículo 133 del Decreto – Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), numeral 2 del artículo 239 del Decreto 1541 de 1978 (hoy artículo 2.2.3.2.24.2 numeral 2 del Decreto 1076 de 2015) y el artículo primero de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008. "(...) CARGO SEGUNDO: No realizar los ajustes de calibración del medidor instalado; lo cual impide garantizar el cumplimiento con la norma NTC: 1063:2007, la Resolución No. 3859 de 2007 y el Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09. (...)" "(...) CARGO TERCERO: No haber presentado los respectivos avances anuales del PUEAA, de manera que no se puede verificar el cumplimiento de las metas propuestas, incumpliendo el artículo 10 de la Resolución No. 0627 de 2008 y el Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09 (...)" Dicho acto administrativo fue notificado personalmente al señor Edwin Fernando Rodríguez Macana, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.425.164, el 10 de febrero de 2017, con constancia de ejecutoria del 13 del mismo mes y anualidad.

1.4 La Sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, a través de su Representante Legal, mediante Radicado 2017ER39461 del 24 de febrero de 2017, presentó dentro del término legal, escrito de descargos y solicitud para el decreto de pruebas.

1.5 Auto No. 02012 del 23 de julio de 2017, la Dirección de Control Ambiental de esta Secretaría decretó la práctica de pruebas, el cual fue notificado de forma personal el día 28 de julio del mismo año al señor Oscar William Castillo Rojas con cédula de ciudadanía No. 79.724.771, en calidad de autorizado de la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., identificada con NIT. No. 860.001.781-9.

1.6 Radicado No. 2017ER149026 del 04 de agosto de 2017, la señora HILDA LUCIA CRUZ OVALLE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.801.454, actuando en calidad de representante legal suplente de la citada sociedad presentó recurso de reposición contra el Auto No. 02012 del 23 de julio de 2017.

1.7 Auto No. 04309 del 23 de noviembre de 2017, mediante el cual la DCA resolvió el recurso de reposición propuesto por la sociedad, en el cual resolvió confirmar en todas sus partes el Auto No. 02012 del 23 de julio de 2017.

1.8 Informe Técnico de Criterios No. 3676 del 13 de diciembre de 2018, mediante el cual tasó la correspondiente sanción de multa.

1.9 Que la Secretaría Distrital de Ambiente, profirió la Resolución No. 4104 del 17 de diciembre de 2018, en la que dispuso: "(...) ARTÍCULO PRIMERO. - Declarar responsable a la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, identificada con Nit. 860.001.781-9, ubicada en la calle 22 B No. 127-69 (Nomenclatura Actual), de la localidad de Fontibón de esta ciudad, lugar donde se localiza el pozo identificado con el código pz- 09-0031, por los cargos primero y segundo imputados mediante Resolución 01905 del 2016, de conformidad con los motivos expuestos en el presente Acto Administrativo.

"ARTÍCULO SEGUNDO. - Imponer a la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, identificada con Nit. 860.001.781-9, una multa de: Trescientos Veintinueve Millones Doscientos Cuarenta Y Dos Mil Ciento Veintiocho Pesos Moneda Corriente., (\$ 329.242.128), que corresponden aproximadamente a 421,43 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para el año 2018, por los cargos primero y segundo. PARAGRAFO PRIMERO. - La multa por las infracciones evidenciadas en los cargos primero y segundo imputados, se impone por el factor de riesgo de afectación ambiental. (...) PARÁGRAFO TERCERO. - Declarar el Informe Técnico de Criterios No. 3676 del 13 de diciembre de 2018, como parte integral del presente acto administrativo, del cual deberá dársele una copia al investigado al momento de su notificación. (...) (Sic).

"ARTÍCULO TERCERO.-. Exonerar a la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, identificada con Nit. 860.001.781-9, del cargo tercero imputado mediante Resolución 01905 del 2016, de conformidad a los motivos expuestos en el presente Acto Administrativo. ARTÍCULO NOVENO. - contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1333 de 2009, ante esta Secretaría, el cual podrá ser interpuesto dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a su notificación con plena observancia de lo establecido en los artículos 51 y siguientes del código contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984). (...) La anterior Resolución fue notificada por edicto con fecha de des fijación del 01 de febrero de 2019". (Sic).

1.10 Radicado No. 2019ER32401 del 07 de febrero de 2019, suscrito por el señor EDUARDO HERRERA GALVIS, representante legal de la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A., mediante el cual

256

9

presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 4104 del 2018, e indicó, que en subsidio el de apelación si procede conforme al artículo 30 de la ley 1333 de 2009.

- 1.11 Resolución 0482 del 25 de marzo de 2019, mediante la cual la DCA, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4104 de 2018, en el sentido de no reponer y en consecuencia confirmar lo establecido en la Resolución por medio de la cual se declaró responsable a la sociedad INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A, del pliego de cargos primero y segundo formulados mediante Resolución 1905 del 27 de noviembre de 2016. El acto administrativo en cuestión fue notificado personalmente el día 09 de abril de 2019, a la señora HILDA LUCIA CRUZ OVALLE, en calidad de representante legal suplente.
2. Como se observa a la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá a través de la Dirección de Control Ambiental, cumplió a cabalidad el procedimiento sancionatorio, de acuerdo con las normas de orden legal y reglamentario. Ahora bien, tenemos lo establecido en el Art. 231 de la ley 1437 de 2011, que en su tenor literal manifiesta lo siguiente:

“ARTÍCULO 231 REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de estos. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios

2. EN CUANTO AL CONTEXTO FACTICO Y JURIDICO:

El Artículo 8 de la Constitución Política de 1991 establece que “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

A su turno, el Artículo 58 de la Constitución establece que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que, como tal le es inherente una función ecológica.

Seguidamente, la Constitución política de Colombia consagra en su Artículo 79 el Derecho a gozar de un medio ambiente sano y establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del Ambiente conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

En el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio la herramienta resulta ser un importante mecanismo de protección del medio ambiente, en tanto brinda al poder público encargado de la gestión ambiental, la facultad de imponer las medidas preventivas y sancionatorias pertinentes, en procura de dar cumplimiento al mandato constitucional y legal de propender por el interés general sobre el particular.

La normativa ambiental tiene la condición jurídica de normas de orden público, por lo que su cumplimiento deviene como insoslayable, esto es, de obligatorio cumplimiento, y su violación acarreará la imposición de las sanciones legales. Así mismo los Actos Administrativos que expida la Autoridad Ambiental en aplicación de esa normativa deben ser observados en su integridad por parte del Administrado y su desacato conlleva las respectivas sanciones.

En sentencia C- 506 del 3 de julio de 2002, Expediente D-3852, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional respecto a la actividad sancionadora ha manifestado:

“...la actividad sancionadora de la Administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) ...”.

Dentro de las consideraciones jurídicas aplicables al caso particular, esta Secretaría se fundamenta en las disposiciones de orden Constitucional, legal y Reglamentario para la adopción de las decisiones que en este acto administrativo se toman.

La Ley 1333 de 2009 estableció el procedimiento sancionatorio ambiental, en la que señala su artículo primero, en cuanto a la titularidad de la potestad sancionatoria, lo siguiente:

“ARTICULO 1º. TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL, “ El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaesppn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos...”.

El artículo 5 de la citada Ley consagra:

“ARTÍCULO 5: “Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto- ley2811 de 1974, en la Ley

99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente.

Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil."

A su turno, su Artículo 6° *ibidem*, establece las causales de atenuación de la responsabilidad en materia ambiental, así:

"... Son circunstancias atenuantes en materia ambiental las siguientes:

1. Confesar a la autoridad ambiental la infracción antes de haberse iniciado el procedimiento sancionatorio. Se exceptúan los casos de flagrancia.
2. Resarcir o mitigar por iniciativa propia el daño, compensar o corregir el perjuicio causado antes de iniciarse el procedimiento sancionatorio ambiental, siempre que con dichas acciones no se genere un daño mayor.
3. Que con la infracción no exista daño al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o la salud humana."

Seguidamente, el Artículo 7° de la Ley 1333 establece entre las causales de agravación de responsabilidad en materia ambiental:

- "...1. Reincidencia En todos los casos la autoridad deberá consultar el RUIA y cualquier otro medio que provea información sobre el comportamiento pasado del infractor. Que la infracción genere daño grave al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o a la salud humana.
2. Cometer la infracción para ocultar otra.
 3. Rehuir la responsabilidad o atribuirla a otros.
 4. Infringir varias disposiciones legales con la misma conducta.
 5. Atentar contra recursos naturales ubicados en áreas protegidas, o declarados en alguna categoría de amenaza o en peligro de extinción, o sobre los cuales existe veda, restricción o prohibición.
 6. Realizar la acción u omisión en áreas de especial importancia ecológica.
 7. Obtener provecho económico para sí o un tercero.
 8. Obstaculizar la acción de las autoridades ambientales.
 9. El incumplimiento total o parcial de las medidas preventivas.
 10. Que la infracción sea grave en relación con el valor de la especie afectada, el cual se determina por sus funciones en el ecosistema, por sus características particulares y por el grado de amenaza a que esté sometida.

11. *Las infracciones que involucren residuos peligrosos.*"

De este modo, la Ley 1333 de 2009 en el artículo 40 establece las sanciones en las que se encuentra inmerso quien resulte responsable de la infracción ambiental, las cuales son:

- “...1. Multas diarias hasta por cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- 2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, Edificación o servicio.
- 3. Revocatoria o caducidad de concesión, permiso o registro.
- 4. Demolición de obra a costa del infractor.
- 5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
- 6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
- 7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

Parágrafo 1°. La imposición de las sanciones aquí señaladas no exime a Infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar...”

IV. VALORACIÓN PROBATORIA

Es pertinente abordar la responsabilidad de la sociedad **INDUSTRIAS METÁLICAS ASOCIADAS IMAL S.A.**, en adelante **IMAL S.A.**, identificada con NIT. 860.001.781-9, ubicada en la Calle 22 B No. 127 – 69 de la localidad de Fontibón de esta ciudad, donde se localiza el pozo identificado con el código pz-09-0011, respecto a los cargos imputados mediante **Resolución No. 01905 del 27 de noviembre de 2016**, a la luz de las normas que la regulan y que se han considerado vulneradas.

1. DEL CARGO PRIMERO QUE CITA

“(...) CARGO PRIMERO: Haber sobrepasado el volumen máximo de explotación del recurso hídrico subterráneo otorgado a través de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008, sobre el pozo identificado con el código pz-09-0031, de la siguiente manera:

- Consumir 149,00 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, conforme al seguimiento realizado por los profesionales de la SDA.
- Consumir 140 m3 en el año 2009, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario - Consumir 5,00 m3 en el año 2010, por encima del volumen concesionado conforme al seguimiento realizado por

los profesionales de la SDA

- Consumir 40,00 m3 en el año 2011, por encima del volumen concesionado, de acuerdo con los reportes presentados por el usuario.

En concordancia con lo anterior, se concluye una presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del artículo 133 del Decreto – Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), numeral 2 del artículo 239 del Decreto 1541 de 1978 (hoy artículo 2.2.3.2.24.2 numeral 2 del Decreto 1076 de 2015) y el artículo primero de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008.

Que en lo que respecta a este cargo, el artículo 1 de la Resolución 0627 del 07 de febrero de 2008, por medio del cual se le otorgó concesión a la sociedad estableció:

“(…) Otorgar a la sociedad INDUSTRIAS METALICAS ASOCIADAS IMAL S.A., prórroga de la concesión de aguas subterráneas a que hace referencia la Resolución No. 170 del 26 de enero de 1998, para la explotación de un pozo profundo ubicado en la calle 22B No. 127 – 69 de esta Ciudad, con coordenadas 110782.380 N y 91086.17 E, para el pozo 09- 0031, en un volumen máximo de veinte (20) m3/diarios explotados en un caudal de 0.86 lps, durante máximo seis (06) horas y veintisiete (27) minutos, (...)”

Que el numeral 2 del artículo 239 del Decreto 1541 de 1978, hoy numeral 2 del Artículo 2.2.3.2.24.2. del Decreto 1076 de 2015 y el literal b) del artículo 133 del Decreto – Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente) establece:

Decreto 1541 de 1978

“(…) ARTICULO 239. Prohibase también: (...)”

- 2. Utilizar mayor cantidad de la asignada en la resolución de concesión o permiso; (...)”

Decreto – Ley 2811 de 1974

“(…) ARTÍCULO 133.- Los usuarios están obligados a: (...)”

- b) No utilizar mayor cantidad de aguas que la otorgada; (...)”

• DESCARGOS PRESENTADOS

Que frente al primer cargo imputado la sociedad **IMAL S.A.**, expuso como argumentos de defensa:

“(…) La razón por la cual IMAL S.A, generó dichos consumos se debió a la equivocada interpretación por parte de funcionario de IMAL, el encargado del control de la medición quien por error entendió que eran 1800 metros cúbicos trimestrales, que cumplimos en los años 2009, 2010 y 2011 pues era el parámetro establecido para el control y monitoreo; esta equivocación se volvió común, también por

el contenido de los conceptos técnicos realizados en las visitas que nos hicieron los funcionarios de la SDA, que si bien es cierto se referirían a la resolución 0170, al otorgamos la prórroga de los cinco años, continuó aplicando la medición que se tenía de diez (10) años atrás, y que indujo a error.

Anexo los siguientes conceptos técnicos que adicionalmente generaron la equivocación de aplicación de medición y control del funcionario. (...)

Al analizar el valor reportado por la SDA del 2009 de 149 m³, vemos una diferencia con lo reportado por IMAL S.A. la cual no compartimos, que son de 9,2 m³ más, que entendemos se da por la metodología de toma de la lectura del contador; la metodología aplicada por IMAL S.A. es de realizar las lecturas del medidor a la misma hora todos los días, diferente a la práctica utilizada por los funcionarios de la SDA que vienen a diferentes horas, lo cual conlleva una diferencia que podría ser hasta de 20 m³ /día, dado que el proceso productivo donde se usa el agua de pozo presenta picos altos de consumo en el día.

Para el año 2010, IMAL S.A no reporta sobre consumo en ninguno de los meses, pero la SDA reporta 5 m³ en el mes de marzo, que tampoco compartimos, que se presenta igual que en el caso anterior por el cambio del horario de toma de la lectura del medidor por los funcionarios de la SDA, algo importante que se debe tener en cuenta para el estudio del presente caso es que la SDA debe tener en cuenta la realidad del ejercicio de la actividad de la sociedad y que la diferencia dada para el presente caso y respecto del periodo en mención se pudo dar por una incompatibilidad en el momento de lectura de los medidores, pero que efectivamente no implica un incumplimiento de la obligación.

Respecto al registro y medición del consumo de agua de pozo, también hay una DIFERENCIA PUES ESTABA REGISTRANDO UN 17% MÁS DE CONSUMO, hecho que se evidencia por lo declarado en la resolución 0627 del 13 de febrero de 2008. En el aparte CONSIDERACIONES TÉCNICAS en la página 3, en Sistema de Medición dice:

"... se realizó un aforo volumétrico al sistema encontrando que el caudal registrado por el sistema es 17% mayor al real aforado con recipiente". (...)

Por tanto, concluimos que el sobreconsumo generado en el año 2009, es de 9,2 m³ sobreconsumo que solo se presenta en el mes de septiembre, en un periodo de 36 meses. Ver tabla No 1. (...)

Al revisar el procedimiento realizado por el funcionario designado por IMAL S.A. de los años 2009, 2010 y 2011 del monitoreo y medición encontramos que este se equivocó en

2092

15

la interpretación del parámetro a monitorear pues continuó utilizando el parámetro autorizado desde el año 1998 fecha en la cual nos otorgaron la concesión inicial de 10 años. El parámetro utilizado para estos años fue 1800 m3 por trimestre.

Adicionalmente, también se debió a que el funcionario encargado, entendió que, al hacer el reporte trimestral y el pago trimestral, tomó como consumo de control 1800 m3 trimestre. (...)

Adicional, en el año 2009 el promedio de consumo mensual fue solamente de 497 m3, en el año 2010 el promedio mensual fue solamente de 427 m3 y en el año 2011 el promedio mensual fue solamente de 240 m3; consumos inferiores a la concesión otorgada que fue de 600 m3 mes, conducta que ratifica el compromiso de Imal S.A. ante un recurso tan valioso que ha bien tenido en concedernos la concesión desde el año 1998, es decir por 19 años. Comprendemos la responsabilidad de contar con este recurso, por ello tomamos las acciones y correctivos pertinentes para preservar y mantener este bien, comportamiento que gentilmente nos ha reconocido la SDA como lo evidencia en los conceptos técnicos emitidos por su entidad.

¿Por 10 anterior, se demuestra que la sociedad INDUSTRIAS METALICAS ASOCIADAS IMAL S. A. ha cumplido con lo ordenado por el literal b? del artículo 133 de Decreto- Ley 2811 de 1974; el numeral 2 del artículo 239 del Decreto 1541 de 1978 y el artículo primero de la Resolución No. 0627 del 07 de febrero de 2008, pues si bien han ocurrido diferencias en los valores, ello se debe a errores técnicos de medición y verificación ajenos a mi representada, pues no se ha sobrepasado el volumen máximo de explotación del recurso hídrico subterráneo, motivo por el cual materialmente sí se ha dado cumplimiento a la obligación ambiental. (...)"

2. DEL CARGO SEGUNDO QUE CITA:

"(...) CARGO SEGUNDO: No realizar los ajustes de calibración del medidor instalado; lo cual impide garantizar el cumplimiento con la norma NTC: 1063:2007, la Resolución No. 3859 de 2007 y el Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09. (...)"

Que al respecto la Resolución 3859 del 2007 y el radicado 2009EE36981 del 2009 señalan:

Resolución 3859 del 2007

"(...) ARTÍCULO SEGUNDO. – (...) todos los usuarios del recurso hídrico subterráneo, dentro del Distrito Capital, deberán ajustar sus sistemas de medición a las normas técnicas colombianas NTC-1063-1:2007; NTC-1063-2:2007; NTC-1063-3:2007. (...)"

Requerimiento No. 2009EE6981 del 13/02/09

"(...) Adicionalmente, debe adoptar Resolución No. 3859 del 06/12/2007, en lo referente a que el medidor instalado cumpla con las especificaciones establecidas por el ICONTEC en su norma NTC 1063:1:2007, dentro del término otorgado dentro del mismo acto administrativo. Con la agravante de que en la vista de seguimiento se evidenció un desfase significativo entre el aforo con medidor y con recipiente. (...)"

• **DESCARGOS PRESENTADOS**

Que ante el segundo cargo la sociedad **IMAL S.A.**, alegó lo siguiente:

"(...) Con respecto a los ajustes de calibración del medidor, los cuales nos manifiestan que no los realizamos. Nunca recibimos comunicación alguna al respecto. Sin embargo, en la revisión documental de nuestros archivos, reposan los conceptos técnicos No. 07554 del 30 de octubre 2012 y No 2014CTE02454 del 28 de marzo de 2014, los cuales manifiestan que estamos cumpliendo con la Resolución 3859 del 06/12/2007 en el año 2012 y nuevamente en el 2014 reitera el cumplimiento de esta Resolución (3859 del 06/12/2007). (...)"

Acápiteme concepto técnico No. 07554 del 30 de octubre de 2012, de la SDA en aparte CUMPLIMIENTO NORMATIVO en la página 17/22, establece que:

El concesionario cuenta con medidor avalado por esta Secretaría (según la revisión de las bases de datos de pozo llevadas por el grupo de aguas subterráneas en el más reciente concepto técnico se analizó la remisión realizada por el establecimiento de la calibración del medidor instalado para verificar el cumplimiento de las especificaciones establecidas por el ICONTEC en la norma NTC 1063:1:2007, para así cumplir con la resolución en mención... (subrayé y resalté) (...)

Igualmente en su comunicación de fecha 2014/04/08 con No radicado 2014EE058522, emanado por SDA de la subdirección de recurso hídrico y del suelo, manifiestan que:

Dando cumplimiento a la la resolución Nos. 250 de 1997, 0627 del 2008 y la Ley 373 de 1997" (He subrayado y resaltado). De acuerdo al concepto técnico 2014CTE02454 del 28 de marzo de 2014.

De igual forma cumple con la resolución Nos. 815 de 1997 y 3859 de 2017 ya que cuenta con un medidor instalado, del cual se certificó su correspondiente calibración (He subrayado y resaltado). De acuerdo al concepto técnico 2014CTE02454 del 28 de marzo de 2014.

Por lo tanto, NO es cierto que hayamos generado acción alguna que hubiera impedido el cumplimiento de las normas, resolución 3859 de 6 de diciembre de 2007, de la norma técnica colombiana NTC1063:2007 y del requerimiento 2009EE6981 del 13/02/09. Hecho que podemos evidenciar por las visitas realizadas por los funcionarios de la SDA, conceptos técnicos anexo No 8 y las visitas mensuales para lectura del medidor, las cuales son atendidas cada vez que los funcionarios técnicos así lo solicitan. Igualmente, estas visitas técnicas generaron la evidencia del cumplimiento de la resolución 3859 de 6 de

26A

17

265

diciembre de 2007, de la norma técnica colombiana NTC1063:2007 y del requerimiento 2009EE6981 del 13/02/09.

Al efectuar la lectura de la resolución 3859 de 6 de diciembre de 2007, nos remite a la norma técnica colombiana NTC1063:2007, la cual no contiene especificaciones asociadas a la frecuencia para realizar la calibración del medidor de agua, solamente determina el dónde, quien lo hace y cómo lo hace.

IMAL S.A. ha realizado la calibración del medidor de agua; en el mes de marzo del año 2004 y se remitió el certificado al DAMA con el radicado No. 2004ER7767 y en el mes de junio de 2014, soporte enviado a la SDA el 6 de junio de 2014 con No 2014ER93637.

Así mismo es de resaltar que para la primera solicitud de prórroga (período del 2008 al 2013) de la concesión del pozo de aguas subterráneas, la SDA no nos requirió el certificado de calibración del pozo, ver documentos que reposan en sus archivos con radicado 2007ER29721 del 19/07/2007.

La SDA nos aprobó la prórroga de la concesión de pozo de aguas subterráneas por 5 años, con la Resolución 0627 del 07 de febrero de 2008. (...)

Todo lo anterior permite concluir que se ha dado efectivo cumplimiento a la norma NTC: 1063:2007, a la Resolución No. 3859 de 2007 y el Requerimiento No. 2009EE36981 del 13 de febrero de 2009, pues de conformidad con las consideraciones presentadas los medidores se encuentran avalados por la secretaria distrital de ambiente y en este caso efectivamente se han realizado todos los respectivos ajustes de calibración. (...)"
(Sic)

V. ANALISIS DE LOS DESCARGOS EN SEDE ADMINISTRATIVA:

Que una vez revisados los descargos presentados por la sociedad IMAL S.A., encuentra esta Secretaría, que, si bien la administrada manifiesta que los sobreconsumos registrados obedecieron a un error humano por parte de sus funcionarios, lo cierto es que ello en nada obsta para establecer que la conducta infractora de la norma ambiental no se hubiese consumado.

Que en ese orden debe resaltarse que la sociedad IMAL S.A., tenía claro conocimiento del volumen concesionado mediante Resolución 0627 del 07 de febrero de 2008, el cual había establecido claramente un máximo de 20 m³ diarios, explotados en un caudal de 0.86 lps, durante máximo seis (06) horas y veintisiete (27) minutos; es decir, que estaba en cabeza de la sociedad, darle estricto cumplimiento a la citada Resolución, independientemente de la persona que fuera encargada del control de las mediciones.

Que, si bien la sociedad manifiesta oposición ante los 149 m³ de sobreconsumo del recurso hídrico evidenciados por esta Secretaría, y explica una diferencia de 9,2 m³; ello no desvirtúa el cargo imputado, el cual establece incumplimiento a lo establecido en la Resolución 0627 del 2008, en cuanto a haber realizado un consumo superior al concesionado.

Que, por ello, en lo que respecta a los argumentos dados por la sociedad cuando indica "(...) Respecto al registro y medición del consumo de agua de pozo, también hay una DIFERENCIA PUES ESTABA REGISTRANDO UN 17% MÁS DE CONSUMO, hecho que se evidencia por lo declarado en la resolución 0627 del 13

18

de febrero de 2008. En el aparte **CONSIDERACIONES TÉCNICAS** en la página 3, en Sistema de Medición dice: "... se realizó un aforo volumétrico al sistema encontrando que el caudal registrado por el sistema es 17% mayor al real aforado con recipiente". (...)", se tiene que le asiste razón a IMAL S.A., pues efectivamente la citada Resolución establece lo alegado por la administrada.

De este modo, al cargo primero imputado a la sociedad indicó:

Fecha inicial	Fecha Final	Volumen de sobreconsumo, m ³	Días
24/08/09	28/09/09	149	35
05/02/10	16/03/10	5	39
01/02/11	01/03/11	40	28
Total:			102

Así, al ajustar el porcentaje indicado en la Resolución se tiene que:

Fecha	Lectura	Volumen diario concesionado (m ³)	Días de consumo	Consumo permitido (m ³)	Consumo del periodo (m ³)	Error 17 %	Sobreconsumo real (m ³)
24/08/09	75.353	20	35	700	849	144.3	4.67
28/09/09	76.202						

En ese sentido, se tiene que el sobreconsumo realizado por la sociedad IMAL S.A., para el período comprendido entre el 24/08/09 y el 28/09/09, correspondió a 4.67 m³ del recurso hídrico dado en concesión; significando lo anterior, que efectivamente hubo un sobreconsumo por parte de la citada sociedad. Situación que además es corroborada por la administrada en su escrito de descargos cuando indica "(...) La razón por la cual IMAL S.A, generó dichos consumos se debió a la equivocada interpretación por parte del funcionario de IMAL, el encargado del control de la medición quien por error entendió que eran 1800 metros cúbicos trimestrales (...) Por lo tanto, concluimos que el sobreconsumo generado en el año 2009, es de 9,2 m³ sobreconsumo que solo se presenta en el mes de septiembre, en un periodo de 36 meses (...)"

Vale advertir, que la infracción realizada por la sociedad **IMAL S.A.**, fue evidenciada por esta Secretaría, en la evaluación técnica realizada por la Subdirección del Recurso Hídrico y del Suelo, que concluyó en el **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011** y el **Memorando 2011IE168745 del 27 de diciembre de 2011** que establecieron que en el periodo comprendido entre el 24/08/09 y el 28/09/09, consumió un volumen de 4,67 M³ más del recurso hídrico concesionado, una vez aplicado el margen de error del 17% antes señalado.

Expuestas las anteriores razones, frente al cargo primero endilgado a la sociedad **IMAL S.A.**, encuentra esta Secretaría que la conducta realizada por la citada sociedad fue de forma consiente, pues ésta tenía claridad respecto a la cantidad del recurso hídrico concesionado mediante Resolución 0627 del 2008, el cual estableció de forma concreta que el volumen sería de 20 M³ diarios, lo cual el infractor no cumplió.

Que en este orden de ideas y acorde con el citado concepto y memorando técnico, los cuales fueron la base para iniciar el trámite sancionatorio e imputar cargos; se establece la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo primero imputado, teniendo en cuenta que se presentó una infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución 0627 del 2008, por cuanto la sociedad consumió más del volumen autorizado, lo cual generó un **riesgo de afectación** al bien de protección

por el sobreconsumo de agua subterránea, pudiendo llevar a una sobreexplotación del acuífero y no permitir su recuperación.

Una vez revisados los denominados anexos 5, 6, y 7 allegados por la sociedad, encuentra esta Secretaría que los mismos aportan para establecer que efectivamente en el periodo de septiembre del año 2009, hubo un sobreconsumo, ajustándose así a lo antes expuesto por esta Secretaría.

Al establecerse la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, no le queda más a esta Autoridad Ambiental, que declararla responsable por el cargo primero imputado mediante Resolución No. 01905 del 27 de noviembre de 2016, en lo que respecta al sobreconsumo registrado, y en consecuencia procederá a la sanción que corresponda.

2. CARGO SEGUNDO

Una vez evaluados los argumentos expuestos para el cargo segundo, la Secretaría Distrital de Ambiente no encontró aceptables las razones dadas por la sociedad, cuando manifiesta que jamás recibió comunicación alguna al respecto; pues las falencias que presentaba el medidor del pozo con código pz 9-0031, fueron expuestas en la Resolución 627 del 13 de febrero de 2008, por medio de la cual le fue otorgada la concesión de aguas subterráneas, en la cual se indicó: "(...) sistema de medición "Cuenta con medidor de volumen No. 8035408-97 el cual (...) se realizó un aforo volumétrico al sistema encontrando que el caudal registrado por el sistema es 17% mayor al real aforado con recipiente" (...)" Resolución que fue debidamente notificada al infractor el día 7 de abril de 2008; es decir, que tuvo claro conocimiento de su contenido.

En razón a lo señalado en la citada Resolución respecto al medidor del pozo, mediante radicado 2009EE6981 del 13 de febrero de 2009 esta Secretaría entre otras cosas requirió a la sociedad IMAL S.A., en los siguientes términos: "(...) Adicionalmente, debe adoptar la Resolución No. 3859 del 06/12/2007, en lo referente a que el medidor instalado cumpla con las especificaciones establecidas por el ICONTEC en su norma NTC 1063:1:2007, dentro del término otorgado dentro del mismo acto administrativo. Con la agravante de que en la vista de seguimiento se evidenció un desfase significativo entre el aforo con medidor y con recipiente. (...)” Requerimiento que fue debidamente comunicado a la sociedad IMAL S.A., el día 05 de junio de 2009, según sello de recibido de la sociedad en el que se lee "IMAL S.A. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN RECIBIDO"

Conforme lo expuesto, resulta evidente que la sociedad IMAL. S.A., **siempre tuvo conocimiento de los ajustes que requería el medidor del pozo con código pz-09-0031 de su propiedad**; pero aun así, hizo caso omiso al requerimiento realizado por esta Secretaría, tal y como quedo consignado en el **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011**, producto de la visita técnica efectuada el día 23 de septiembre de 2010, en la que se evidenció que la sociedad continuaba utilizando el mismo medidor sin realizar los respectivos ajustes tendientes a dar cumplimiento a la normativa ambiental.

En cuanto al **concepto técnico No. 07554 del 30 de octubre de 2012** que cita la sociedad, y en el cual se indica que IMAL. S.A., cuenta con medidor avalado por esta Secretaría y que cumple con las especificaciones establecidas por el ICONTEC en la norma NTC, se advierte que en dicho concepto efectivamente se establece cumplimiento por parte de la sociedad. No obstante, el incumplimiento al requerimiento se prolongó en el tiempo hasta que se logró verificar su cumplimiento en la visita del 14 de agosto de 2012 por parte de profesionales de esta Secretaría a

las instalaciones de la administrada, tal y como quedo plasmado en el citado concepto técnico. Razón por la cual, el precitado concepto 07554 del 2012, deberá ser tenido en cuenta al momento de establecer la temporalidad de la infracción.

De igual manera, contrario a lo expuesto por la sociedad, la Resolución 3859 del 2007, si establece en su artículo segundo la obligación "(...) todos los usuarios del recurso hídrico subterráneo, dentro del Distrito Capital, deberán ajustar sus sistemas de medición a las normas técnicas colombianas NTC-1063-1:2007; NTC-1063-2:2007; NTC-1063-3:2007. (...)", obligación a la que estaba sujeta la sociedad, no solo por la concesión otorgada y al requerimiento que se le hizo, sino además por ser una disposición normativa.

Así las cosas, conforme a lo establecido el en **Concepto Técnico 3320 del 14 de mayo de 2011**, el cual fue base para iniciar el trámite sancionatorio e imputar cargos; se establece la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo segundo imputado, teniendo en cuenta que se presentó una infracción a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 3859 del 2008 y al Requerimiento No. 2009EE36981 del 13/02/09, por cuanto la sociedad no realizó los ajustes debidos en el medidor del pozo con código pz-09-0031, generando así un **riesgo de afectación** al bien de protección, si se tiene en cuenta que la calibración del medidor permite el uso adecuado del consumo del recurso hídrico subterráneo.

Se itera, al establecerse la responsabilidad en cabeza de la sociedad **IMAL S.A.**, por el cargo segundo imputado mediante Resolución No. 01905 del 27 de noviembre de 2016, esta Secretaría procederá a la sanción que corresponda.

VI. EN CUANTO A LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION:

Basados en las consideraciones fácticas y jurídicas que se han enunciado arriba, para la administración resulta claro que no existido las alegadas FALTA DE DECUACION TIPICA DE LOS CARGOS e INCORRECTA TASACION DE LA MULTA.

VII. EXCEPCIONES DE FONDO:

AUSENCIA DEL DERECHO QUE SE INVOCA:

Basados en el hecho de que la relación de consideraciones expuestas en el presente escrito da cuenta que la administración agotó las etapas propias de la actuación administrativa de tipo sancionatorio, y que la demandante no logró desvirtuar los fundamentos jurídicos que dieron paso a la imposición de la sanción, propongo la excepción enunciada.

VIII. PRUEBAS

DOCUMENTALES:

Las que obran en el proceso.


GABRIEL ELIECER ANDRADE SULBARAN
C. C. 79.414.621
T. P. 79.883



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECRETARIA SECCION PRIMERA

Avenida Calle 24 No. 53-28 Torre A Oficina 118

Bogotá, D.C. 13 de julio de 2020

Expediente : 2500023410002017-02020-00

Demandante : CAPITAL SALUD ESPS S.A.S

Demandado : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Naturaleza : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Magistrado (a) : DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

En la fecha se corre traslado del recurso de reposición y en subsidio queja interpuesto en contra del auto de fecha 5 de marzo de 2020.

En consecuencia, se fija en lista y se corre traslado por el término de tres días así:

FIJACIÓN EN LISTA	13 DE JULIO DE 2020
INICIO TRASLADO	14 DE JULIO DE 2020
VENCIMIENTO TRASLADO	16 DE JULIO DE 2020

Lo anterior de conformidad con el artículo 110 del CGP.

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera

H. Magistrados
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Primera – Subsección “A”
Magistrado Ponente: Dr. Felipe Alirio Solarte Maya
E. S. D.

S.S.1.T.ADTU.C.MARCA

MB

99202 11-MAR-'20 12:13

9f/s

Ref. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Capital Salud EPS-S S.A.S.
Demandado: Superintendencia Nacional de Salud
Radicado No. 250002341000201702020-00

Asunto: Recurso de Reposición y en subsidio Recurso de Queja

José Roberto Sáchica Méndez, actuando en mi calidad de apoderado judicial especial de la sociedad Capital Salud EPS-S S.A.S. presento recurso de reposición y en subsidio recurso de queja contra el auto de fecha 5 de marzo de 2020, notificado el día 06 de marzo de 2020.

Los presentes medios de control se ejercitan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 245 de la Ley 1437 de 2011 que, de conformidad con el principio de integración normativa, remite a las normas del procedimiento civil, reguladas en el Código General del Proceso, artículo 353.

I. El auto recurrido

- 1.1. Corresponde al Auto de fecha 5 de marzo de 2020, proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A, mediante la cual negó, por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 31 de octubre de 2019.
- 1.2. Los fundamentos en que dice basarse la Sala para adoptar la anterior determinación son, los siguientes:
 - a. El recurso de apelación sólo se rige por lo dispuesto en el artículo 243 del C.P.A.C.A.
 - b. En consecuencia, no hay cabida para recurrir la providencia proferida por la Sala mediante la cual declara la falta de jurisdicción, “... pues los autos que son susceptibles del recurso de apelación vienen expresamente enunciados precisamente porque no se permite realizar ninguna interpretación”.

- c. El artículo 180 numeral sexto del CPACA, es inaplicable al caso en concreto, pues en el asunto no se ha trabado la "relación jurídica procesal", ni tampoco se ha convocado a la audiencia inicial.
- d. Es precedente horizontal, aplicable a este caso, la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el expediente No. 110010102000201302678-01 del 29 de mayo de 2019.

II. Motivos de inconformidad

Determinación expresa en la Ley acerca de la procedencia del recurso de apelación:

- 2.1. El CPACA, por remisión del artículo 306 del aludido código al CGP, contempla como excepción previa, la falta de jurisdicción (artículo 100).
- 2.2. La falta de jurisdicción está llamada a ser declarada, de oficio o a petición de parte, cuando el juez o tribunal ante el que se discute el conflicto, no está llamado a dirimirlo.
- 2.3. Debe anotarse que este motivo impeditivo para conocer y fallar un proceso, se enuncia bajo la Ley procesal como excepción previa y, en tal virtud, está llamado a ser invocado no solo por la parte contra quien se invocan las pretensiones, sino también, por el juez, quien, de oficio, está llamado a declarar esa circunstancia en cualquier momento procesal, pues bien se sabe que la falta de jurisdicción no es saneable, pues es presupuesto material para dictar sentencia de fondo.

Así lo determina el artículo 180 del CPACA, en concordancia con los artículos 207 y 187 del mismo Código, al tenor del cual se determina que el juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas, estando obligado a efectuar un control de legalidad al agotar cada etapa del proceso y profiriendo sentencia en la que se decidan las excepciones propuestas, y las que de oficio encuentre probadas el fallador.

- 2.4. Esta facultad legal oficiosa de los jueces administrativos para resolver de oficio los motivos o razones que el legislador enuncia como excepciones previas, tiene como fundamento la previsión, por parte del ordenamiento jurídico, de un sistema judicial mixto donde se busca un balance "(...) entre la iniciativa de las partes -principio dispositivo- y el poder oficioso del juez -

*principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: **la solución justa y eficiente del proceso**".¹*

En este sistema mixto, los jueces y tribunales, en atención a su función directiva durante el desarrollo del proceso, tienen potestades oficiosas para asegurar un proceso ajustado a derecho, lo que implica, de acuerdo con la Corte Constitucional, "(..) un mayor dinamismo del juez, que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender a la realidad subyacente y asumir su responsabilidad como garante de los derechos materiales"²

Y es que la falta de jurisdicción como una excepción que impide que un juez conozca el asunto, atiende a circunstancias fácticas que involucran defectos en la relación procesal, lo que genera un verdadero impedimento procesal que, en caso de no resolverse en una etapa temprana del proceso, generaría un desgaste al aparato judicial.

- 2.5. Es por esta razón, que no se encuentra prohibido que la Sala declare de oficio la falta de jurisdicción -como ha sucedido en este caso- , aún antes de la audiencia inicial, determinación que en todo caso, no despoja a esa determinación de los medios de control que el legislador ha establecido.
- 2.6. Ahora bien, no obstante que al juez le asiste la facultad de declarar de oficio la falta de jurisdicción en cualquier momento de la actuación procesal, no implica que aquel auto proferido antes de audiencia inicial no pueda ser recurrido, y menos aún por el motivo indicado en esta oportunidad por el Tribunal: no haberse trabado la relación jurídico procesal, pues aún ser cierto esa circunstancia, ninguna razonabilidad permite despojar a tal determinación de la garantía que el legislador estableció para que el sujeto afectado recurra en apelación, tal como expresamente fue definido en el artículo 181 del CPACA, al tenor del cual " *El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o de súplica, según el caso*" .
- 2.7. No es cierto, por lo mismo, que el recurso de apelación procede únicamente contra los autos que enuncia el artículo 243 del CPACA. Así lo acredita, por ejemplo, la lectura del párrafo 6º del artículo 180 del CPCA, ya citado, frente al cual, nada importa acerca de si esa determinación se adopta en el curso de la audiencia inicial o en otro momento procesal, y más aún si de adopta de oficio, pues la garantía que en favor de la parte afectada con la

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-599 del 28 de agosto de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

² Corte Constitucional, Sentencia T-113 del 14 de marzo de 2019, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

determinación ha establecido el legislador, no depende de tal circunstancia y menos de hipótesis como la que señala el proveído que se recurre.

Tal y cómo lo dice la norma, el recurso de apelación depende únicamente del objeto de la providencia que se recurre más no de la etapa del proceso en que se profiera o si está en presencia de la parte contra la que se acciona.

- 2.8. Es, entonces, gracias a la prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal, que el fallador no puede introducir criterios ni formas no previstas por el legislador, menos aun cuando están al servicio de limitar las garantías y derechos inscritos en el procedimiento y sus formas. De allí que, al tener el juez la posibilidad de resolver de oficio una excepción antes de la audiencia inicial o después de ella, la parte afectada con tal determinación tiene el derecho a interponer el recurso legal que fue establecido por el legislador para garantía de la legalidad de la providencia así emitida.
- 2.9. En el caso materia de análisis, es claro que el recurrente en alzada no acudió a una interpretación extensiva con respecto a aquellos autos que son susceptibles de recurso de apelación, pues el tenor literal de la norma es claro y preciso, y si bien, por el contrario, ha sido el Tribunal el que ha querido imponer una interpretación restrictiva.

Es de recordar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no prevé disposición que limite la procedencia a interponer el recurso de apelación contra aquel auto proferido en cualquier etapa del proceso, que decida sobre un motivo que el legislador ha considerado como constitutivo de excepción previa, esto es, motivos que se refieren al procedimiento y no al derecho debatido.

Se reitera en este punto, que existe una norma especial, consagrada en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, que habla sobre la procedencia del recurso de apelación en contra de autos que decidan sobre excepciones previas. La procedencia de dicho recurso busca que la decisión, como la de falta de jurisdicción, "*pueda tener un control previo al interior de la propia jurisdicción, con la finalidad que no se desnaturalice el propio objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa*"³

- 2.10. Por lo tanto, es equivocado limitar el derecho de las partes en un proceso a recurrir un auto que decide sobre una excepción previa por el hecho de que no se ha trabado una *relación jurídica procesal* o porque se ha *convocado* a audiencia inicial.

³ Juan Carlos garzón Martínez, "*El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo: Sistema escrito – Sistema oral*", Editorial: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2014, Pg. 178.

2.10. Es importante recordar que el Consejo de Estado, al interpretar el artículo 243 del CPACA ha dicho que ésta disposición incorpora dos reglas de procedencia del recurso de apelación contra autos: i) un carácter objetivo, que se refiere a la naturaleza y objeto de la providencia y, ii) un carácter subjetivo en referencia al juez o tribunal que profiere la decisión; lo que excluye cualquier otra condición de procedencia del recurso.

Sobre el primer criterio, la jurisprudencia no se está refiriendo al momento en que se adopte la determinación, y menos aún, que se hubiere trabado la relación jurídica procesal, pues de lo que se trata es de resaltar el carácter interlocutorio y definitivo del proveído, que como el que decide sobre la falta de jurisdicción, impide continuar con el proceso ante el juez que la profiere.

Y sobre el segundo requerimiento, esto es, el factor subjetivo, la jurisprudencia ha puntualizado que la exigencia de que sea un auto que proceda del Tribunal en primera instancia, aplicará de manera exclusiva para los eventos allí previstos (1, 2 y 3), pues las reglas especiales sobre la procedencia del recurso de apelación frente otro tipo de proveídos, serán únicamente los fijados en la norma especial que lo consagre.

Estos parámetros, que confirman la procedencia del recurso de apelación interpuesto, y no admiten condicionamientos ni requisitos adicionales como los aducidos por el Tribunal, han sido recogidos por la Corte Constitucional⁴ (al resolver una acción pública de inconstitucionalidad de las expresiones “*por los jueces administrativos*” y “*Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia*”, contenidas en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011), corporación que con referencia a un auto de fecha 25 de junio de 2014, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁵, (mediante el cual resolvía un recurso de queja presentado en contra de un auto del Tribunal Administrativo que no concedió el recurso de apelación contra el auto que declaró no probada una excepción previa), explicó que las reglas del artículo 243 del CPACA, no se aplican de manera uniforme con respecto a aquellos autos susceptibles de apelación que no se encuentran dentro de la lista de providencias del mencionado artículo. Dice y cita la Corte en esta sentencia, lo siguiente:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-329 del 27 de mayo de 2015, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

⁵ Consejo de Estado, Radicación 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno 49.299.

*“No obstante, ante la circunstancia cierta de que otros artículos tienen previsiones diferentes respecto del recurso de apelación, los problemas hermenéuticos persisten, por lo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se ve en la necesidad de aplicar tres criterios hermenéuticos previstos en las Leyes 57 y 153 de 1887: (i) *lex superior derogat inferiori*, (ii) *lex posterior derogat priori* y (iii) *lex specialis derogat generali*. El resultado de aplicar estos criterios es el de que prevalecen las normas que regulen de manera especial la materia sobre su regulación general, contenida en el artículo 243. Con este fundamento, la sala concluye que:*

Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA –norma especial– esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 ibídem, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso –por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación– tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, si la providencia no declara probada la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia.

En efecto, el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso...”, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por un Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque no se le pone fin al proceso– o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio–.

Del análisis anterior, que da cuenta de una interpretación sistemática del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se siguen las siguientes consecuencias: (i) la enunciación contenida en el artículo 243 no es taxativa, pues es posible que en otros artículos se prevea la procedencia del recurso de apelación; (ii) cuando existe una regulación especial del recurso de apelación, diferente a la prevista en el artículo 243, prevalecerá la regulación especial; (iii) hay razones objetivas para distinguir entre los supuestos previstos en el artículo 243, para efecto de su apelación, cuando la providencia es proferida en un tribunal administrativo: una, que las providencias apelables son las proferidas por las salas de decisión y las no apelables son las proferidas por el magistrado ponente y, dos, que las providencias apelables son las que pueden poner fin al proceso y las no apelables no tienen esta capacidad.

De que la enunciación del artículo 243 del CPACA no sea taxativa se sigue, como lo pone de manifiesto el Consejo de Estado, que providencias dictadas en los tribunales administrativos, diferentes a las allí previstas, puedan ser recurridas en apelación. Tal es el caso del auto que decide sobre las excepciones previas (art. 180.6) y podría serlo en los casos del auto que fije o niegue la caución (art. 232), que no se enmarcan dentro de los supuestos del artículo 243[70] y que, por tanto, se regirían por la norma especial.

De que la regulación especial del recurso de apelación prevalece sobre la general, contenida en el artículo 243 del CPACA, se sigue que algunas normas especiales que regulan el recurso de apelación, como los ya referidos artículos 180.6 y 232 ibídem, y como los artículos 193, 226, 236, 240, 241, 276 y 277 ibíd., podría prevalecer por razones hermenéuticas, frente al artículo 243.” (subrayado fuera de texto).

Habida cuenta de lo anterior, al ser el artículo 180 del CPACA una norma especial, las condiciones, también especiales de procedibilidad de la apelación, definen la procedencia de este recurso en contra de aquellos autos que deciden razones o motivos que el legislador ha señalado como constitutivos de excepciones previas, bien sean porque fueron proferidos por el Magistrado Ponente del Tribunal o la Sala a la que éste pertenece; norma especial que no incluye como requisito de procedibilidad, haberse trabado una relación jurídica procesal o haberse convocado a audiencia inicial.

Es por lo antes señalado, que procede el recurso de apelación presentado el 4 de octubre de 2019 en contra del auto de fecha 26 de septiembre de 2019, notificado el día 27 de septiembre de la misma anualidad.

La Providencia No. 110010102000201302678-01 del 29 de mayo de 2019 del Consejo Superior de la Judicatura no es jurisprudencia aplicable a los hechos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada Capital Salud EPS-S S.A.S.

- 2.11. Aunque éste acápite no es materia de discusión frente a los recursos de reposición y en subsidio queja que presento en éste escrito, pues sin duda no constituyen la base para haber definido que el recurso de apelación no procede, es menester mencionar que la Sala ha traído en soporte de su determinación, un referente jurisprudencial - Consejo Superior de la Judicatura- que, sin duda, no es precedente horizontal aplicable, pues ni siquiera guarda identidad fáctica, normativa y conceptual con el asunto que en esta oportunidad se ha traído a conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- 2.12. Es de aclarar a la Sala que para imponer el seguimiento de un precedente jurisprudencial, es necesario, por lo menos, un mínimo estudio de los criterios establecidos jurisprudencialmente⁶, para concluir que se encuentra ante un precedente:
- a. Que la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver.
 - b. Que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y,
 - c. Que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.
- 2.13. Da cuenta la lectura del auto recurrido, que la Sala de Decisión se limitó a **copiar y pegar** acápites de la providencia No. 110010102000201302678-01 del 29 de mayo de 2019, sin siquiera reparar en presentar un somero estudio de los elementos que llevan a concluir que se trata de un precedente aplicable al caso en cuestión, pues ante la certeza de haberlo hecho, sin duda se daría cuenta que dicha providencia: i) no contiene regla jurisprudencial aplicable al caso que se somete al Tribunal; ii) resuelve un problema jurídico distinto; y, iii) se basa en hechos que no son equiparables con los que se presentan al Tribunal.
- 2.14. Por lo mismo, para el usuario del servicio de administración de justicia, es altamente preocupante la insistencia en equiparar el enjuiciamiento del acto administrativo resultante del *procedimiento administrativo para definir el reintegro de recursos apropiados presuntamente sin justa causa*, (como es aquel asunto del que habla la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Capital Salud en contra de la Superintendencia Nacional de

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-088 de 2018,

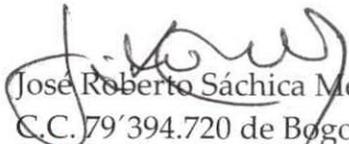
Salud), con un asunto de *recobro por medicamentos o servicios no POS*, como es el caso de E.P.S. SÁNITAS S.A. contra el Ministerio de Salud y Protección Social, lo que revela de manera inexplicable que el juez especializado para juzgar la legalidad de los actos administrativos, no tiene clara la diferencia entre un caso y el otro. En el primero, tal como se dijo al recurrir, y lo prescribió la corte constitucional, se está en presencia de un procedimiento administrativo, sujeto a las garantías del debido proceso y derecho de defensa que le son propias, respecto del cual, el acto administrativo que lo desata, esta sometido a los medios de control fijados en el CPACA

III. Solicitud

3.1. Solicito se revoque el proveído recurrido, y se disponga a conceder la apelación interpuesta en contra del auto de fecha 31 de octubre de 2019.

3.2. En subsidio de lo anterior, esto es, negada la reposición, solicito al H.H. Tribunal ordenar la reproducción de todo lo actuado hasta el momento durante el proceso para que dichas copias sean remitidas al Consejo de Estado, quien será el encargado de resolver el recurso de queja presentado en este escrito.

Atentamente,


José Roberto Sáchica Méndez
C.C. 79'394.720 de Bogotá
T.P No 55.101 del C. S de la J.