



**PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA
ANTE EL CONSEJO DE ESTADO
CONCEPTO No. 101
IUS PGN E-2020-305606**

Bogotá, D. C. 26 de junio de 2020.

Doctora
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera ponente
Consejo de Estado
E. S. D.

Referencia: Exp No. 11001031500020200105800

Asunto: Alcance a al concepto No. 071 del 05 de mayo de 2020, control inmediato de legalidad del Decreto 465 del 23 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional

Actuación: Concepto única instancia (art 185, numeral 5º, Ley 1437/11).

En ejercicio del medio de control inmediato de legalidad consagrado en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede esta Agencia del Ministerio Público, a dar alcance al concepto No. 071 del 05 de mayo de 2020, mediante el cual emitió concepto en el proceso de la referencia; esto en razón a nuevos elementos de juicio encontrados dentro del traslado especial.

I. ANTECEDENTES

El Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual declaró el «Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días»; con el fin de adoptar todas las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la propagación del COVID-19, con fundamento jurídico en el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994.

Posteriormente, el ejecutivo, a través del Decreto 457 del 22 de marzo 2020, impartió instrucciones para combatir la emergencia sanitaria generada por la pandemia del

Medio de control: control inmediato de legalidad
Entidad: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
E- 2020-305606



Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, en el artículo 1º ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, de conformidad con el numeral 4º del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016.

En desarrollo del estado de emergencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 441 del 20 de marzo del 2020, por medio el cual se ordenó a los municipios y distritos del país, durante el término de la declaratoria de la emergencia sanitaria derivada del coronavirus COVID-19, garantizar el acceso a agua potable a través de la prestación servicio público de acueducto, y/o esquemas diferenciales, a través de las personas prestadoras que operen en cada municipio o distrito.

Por lo expuesto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 465 del 23 de marzo de 2020, a través del cual "se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la adopción de disposiciones transitorias en materia de concesiones de agua para la prestación del servicio público esencial de acueducto, y se toman otras determinaciones en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional a causa de la Pandemia COVID-19".

La Magistrada Ponente, mediante auto del 14 de abril de 2020, avocó el conocimiento del control de legalidad Decreto 465 del 23 de marzo de 2020.

Mediante concepto 071 del 05 de mayo de 2020, esta Delegada solicitó al despacho declarar la legalidad del Decreto 465 de 2020.

El día 10 de junio de 2020, se corrió traslado especial a este Ministerio público, en dicho traslado se puso en conocimiento intervenciones que está delegada considera como elementos que hacen necesario dar alcance al concepto 071 del 05 mayo de 2020.

Intervención de la Universidad Externado de Colombia

2

Medio de control: control inmediato de legalidad
Entidad: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
E- 2020-305606



El Decreto 465 del 23 de marzo de 2020, expedida por el señor Presidente de la República, con el propósito de «*adiciona[r] el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la adopción de disposiciones transitorias en materia de concesiones de agua para la prestación del servicio público esencial de acueducto, y se toman otras determinaciones en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional a causa de la Pandemia COVID-19*» está compuesto por 10 artículos que tiene como objetivo flexibilizar el régimen autorizador de las concesiones de aguas superficiales como subterráneas, para lograr garantizar el servicio de acueducto en todo el territorio nacional. A primera vista, la cobertura de servicios públicos es vital para la satisfacción de derechos fundamentales, no obstante, la administración correcta del recurso hídrico resulta igualmente vital, por ello, tenemos algunos reparos frente a la redacción de Decreto y a las herramientas que contempla por cuanto representan una regresión ambiental y podrían terminar generando situaciones de daño al medio ambiente de manera grave e irreversible.

“Consideramos que el Decreto debe ser anulado por cuanto no se justifica la regresión ambiental de ninguna manera, de regir la norma dictada por el ejecutivo estaríamos en un escenario complejo que podría poner en riesgo el goce pacífico de derechos colectivos de los asociados.”

II. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Esta Delegada considera necesario extender su conceptualización frente al Decreto 465 del 23 de marzo de 2020 *"Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la adopción de disposiciones transitorias en materia de concesiones de agua para la prestación del servicio público esencial de acueducto, y se toman otras determinaciones en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional a causa de la Pandemia COVID-19"* esto en razón de advertir situaciones que posiblemente son inconvenientes.



El artículo 4 del decreto 465 del 2020, adiciona el artículo 2.2.3.2.16.23 Transitorio a la Sección 16 del Capítulo 2 del Título 3. Parte II del Decreto 1076 de 2015, cual quedará así:

"Artículo 2.2.3.2.16.23 Transitorio. Exploración excepcional de aguas subterráneas. Mientras se mantenga la declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, se podrán adelantar sin permiso las actividades de prospección y exploración de las aguas subterráneas, siempre que previamente se cuente con la información geoelectrónica del área de influencia del proyecto, así como el registro y aval de la autoridad ambiental competente del sitio a perforar, para su respectivo control y seguimiento.

Realizada la prospección y exploración requeridas, se deberá solicitar a la autoridad ambiental competente la correspondiente concesión de aguas subterráneas." (Subrayado por fuera del texto original)

Se debe resaltar que los permisos otorgados por las diferentes entidades ambientales son trámites administrativos que contienen requisitos necesarios con el fin de la protección del medio ambiente y los recursos naturales, si bien es cierto, estos pueden tomar un tiempo para su expedición, lo que buscan es, garantizar que la persona natural o jurídica que tiene el interés de realizar esta quiere realizar la prospección y exploración cumplan con los requisitos a fin de general el menor impacto ambiental posible.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- es una de las entidades encargadas que los proyectos, obras o actividades sujetas de licenciamiento, permisos o trámites ambiental, cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. Dicha entidad estableció en su página web y conforme a la normatividad¹, el objetivo, los requisitos del trámite y las obligaciones de quien se interese, en pedir un permiso de prospección y exploración de aguas subterráneas en situaciones normales.²

¹ Decreto – Ley 2811 de 1974, Decreto 1541 de 1978, Decreto 1594 de 1984, Ley 99 de 1993, Resolución 176 de 2003, Decreto 4742 de 2005, Resolución 2202 de 2005, Decreto 1575 de 2007, Decreto 3930 de 2010, Decreto 4728 de 2010, Decreto 3573 de 2011, Resolución 324 de 2015, Decreto 1076 de 2015.

² <http://portal.anla.gov.co/permiso-prospeccion-y-exploracion-aguas-subterraneeas>

“Objetivo del Trámite

Es la Actividad de Prospección y Exploración que incluye perforaciones de prueba en busca de agua subterránea con miras a su posterior aprovechamiento. Los permisos de exploración de aguas subterráneas no confieren concesión para el aprovechamiento de las aguas, pero darán prioridad al titular del permiso de exploración para el otorgamiento de la concesión en la forma prevista en el Decreto Único 1076 de 2015.



Los usuarios interesados en solicitar un **Permiso de Prospección y Exploración de Aguas Subterráneas**, deberán cumplir con los siguientes requisitos del trámite:

1. Formulario Único Nacional de Solicitud de prospección y exploración de aguas subterráneas establecido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible –MADS-, diligenciado y firmado por el solicitante, el cual puede ser consultado en el siguiente link: **Formulario del trámite**.

2. Certificado de existencia y representación legal para personas jurídicas, expedido dentro del mes inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, y fotocopia de la cedula de ciudadanía para personas naturales.

3. Poder debidamente otorgado, cuando se actúe mediante apoderado.

4. Certificado de libertad y tradición expedido dentro del mes inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud; o documento que acredite la posesión o tenencia del solicitante, v.gr., contrato de arrendamiento, comodato.

5. Autorización del propietario de los predios donde se van a realizar las exploraciones, si se tratare de predios ajenos.

6. Documento con la siguiente información para cada uno de los puntos objeto de la solicitud:

a) Ubicación y extensión del predio o predios a explorar, indicando si son propios, ajenos o baldíos.

b) Nombre y NIT de la empresa perforadora.

c) Relación y especificaciones del equipo que va a usar en las perforaciones.

d) Sistema de perforación a emplear y plan de trabajo.

e) Características hidrogeológicas de la zona.

f) Relación de los otros aprovechamientos de aguas subterráneas existentes dentro del área.

g) Superficie para la cual se solicita el permiso y término del mismo.

h) Los demás datos que la autoridad ambiental considere convenientes. (Original, Copia o Fotocopia).

7. Plano IGAC a escala 1:10000 indicando el área de exploración (Original, Copia o Fotocopia).

8. Copia de la autoliquidación realizada a través de VITAL y del comprobante de pago, tal cual lo establece la Resolución 324 de 2015, modificada por la resolución 1978 de 2018 de la ANLA.

Obligaciones:

Al término de todo permiso de exploración de aguas subterráneas, el permisionario tiene un plazo de sesenta (60) días hábiles para entregar a la Autoridad Ambiental competente por cada perforación un informe que debe contener los siguientes puntos:

1. Ubicación del pozo perforado y de otros que existan dentro del área de exploración o próximos a ésta. La ubicación se hará por coordenadas geográficas con base a WGS84 y siempre que sea posible con coordenadas planas origen Bogotá "Magna Sirgas" con base en cartas del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".

2. Descripción de la perforación y copias de los estudios geofísicos, si se hubieren hecho.

3. Profundidad y método de perforación.

4. Perfil estratigráfico de todos los pozos perforados, tengan o no agua; descripción y análisis de las formaciones geológicas, espesor, composición, permeabilidad, almacenaje y rendimiento real del pozo si fuere productivo, y técnicas empleadas en las distintas fases. El titular del permiso deberá entregar, cuando la entidad lo exija, muestras de cada formación geológica atravesada, indicando la cota del nivel superior e inferior a que corresponde.

5. Nivelación de cota del pozo con relación a las bases altimétricas establecidas por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", niveles estáticos de agua contemporáneos a la prueba en la red de pozos de observación, y sobre los demás parámetros hidráulicos debidamente calculados.

6. Calidad de las aguas; análisis físico-químico y bacteriológico.

7. Otros datos que la Autoridad Ambiental competente considere convenientes.

Nota: Si al interesado se le aprueba la prospección y exploración de aguas subterráneas y tras realizar el estudio, el balance para la extracción de la misma es positivo, podrá iniciar ante esta Autoridad la solicitud para la concesión de aguas subterráneas, previa presentación de los resultados obtenidos.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales tiene competencia para la evaluación y otorgamiento de los permisos de Prospección y Exploración de Aguas Subterráneas, cuando el solicitante corresponde a Corporaciones Autónomas Regionales o Autoridades Ambientales, igualmente en aquellos casos en donde se asuma la competencia por facultad discrecional del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.²



Como se observa, hay un amplio y exigente número de requisitos a cumplir por parte de quien requiera el permiso ambiental, y al eliminar este trámite, desaparece de los controles diseñados por la autoridad ambiental, lo que da entender que obviándolo podrían generarse consecuencias negativas al medio ambiente por cuanto y precisamente los permisos generan procesos y procedimientos establecidos para que quienes obtengan dicho permiso lo hagan dentro de las condiciones requeridas para este fin; si se dejaré de tramitar este permiso también se estaría incumpliendo una orden constitucional establecida en los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, en lo que respecta *“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”*.

De acuerdo a los pronunciamientos dictados por el Consejo de Estado³, el control de legalidad tiene entre sus principales características “la integralidad”, entendida como el *“juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción”*. Bajo estos parámetros, esta Delegada hará mención de forma sucinta al Decreto 417 que declaró el estado de excepción, y el Legislativo 441 de 2020.

El Decreto 417 de 2020, ordena garantizar la prestación continua de los servicios públicos, pero esta obligación fue complementada de la siguiente manera, *“Que ante el surgimiento de la mencionada pandemia se debe garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos, razón por la cual se deberá analizar medidas necesarias para cumplir con los mandatos que le ha entregado el ordenamiento jurídico Colombiano, Lo anterior supone la posibilidad flexibilizar los criterios de calidad, continuidad y eficiencia de los servicios, establecer el orden de atención prioritaria en el abastecimiento de los mismos (...)”* en cumplimiento de este decreto el gobierno nacional expidió el Decreto Legislativo 441, que reguló:

“Artículo 2. Acceso a agua potable en situaciones de emergencia sanitaria. Durante el término de declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, en los términos y condiciones que se han señalado y las prórrogas que pueda determinar el

³ Consejo de Estado, 11 de mayo de 2020, radicado 11001-03-15-000-2020-00944-00, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Ministerio de Salud y Protección Social, los municipios y distritos asegurarán de manera efectiva el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto, y/o esquemas diferenciales, a través de las personas prestadoras que operen en cada municipio o distrito.

PARÁGRAFO. Excepcionalmente, en aquellos sitios en donde no sea posible asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o los esquemas diferenciales, los municipios y distritos deberán garantizarlo a través de medios alternos de aprovisionamiento como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico”

Conforme a los decreto 417 y 441 de 2020, y al estudiar el Decreto 465 de 2020, se observa que no hay armonía entre las disposiciones que establecen la necesidad de garantizar el suministro de agua potable (Decretos 417 y 441 de 2020), con la medida establecida del artículo 4 del decreto 465, pues esta última, ordena eliminar transitoriamente los permisos para las actividades de prospección y exploración de aguas subterráneas, adición que modifica la razón del ser del permiso y carece de coherencia con el ordenamiento jurídico, en razón a que una medida que garantiza el suministro de agua no puede implicar el desvío de la facultad constitucional de vigilar, proteger, planificar, conservar y sustituir los recursos naturales.

Las medidas adoptadas en el Decreto 465 de 2020, no son proporcionales frente a la obligación de suministrar agua potable a la población durante la emergencia sanitaria en razón al virus COVID -19, debido a que:

No es una medida necesaria, pues, el parágrafo del artículo 2 del Decreto 441 de 2020, contempla otras formas para el suministro de agua potable que permitirían evitar la prospección y exploración de aguas subterránea sin el permiso.

“Excepcionalmente, en aquellos sitios en donde no sea posible asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o los esquemas diferenciales, los municipios y distritos deberán garantizarlo a través de medios alternos de aprovisionamiento como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico.”



Con la prospección y exploración sin permiso, no se asegura que se obtenga como resultado que se encuentren agua, y si se encuentra, debe analizarse si es útil o no para el uso y consumo humano, y si son, se debe tener en cuenta que es solo el primer paso, pues luego de ello, se debe estudiar la forma de extraer el agua, que puede variar entre otras cosas, por la profundidad en que se encuentre y el medio que se vaya utilizar para su extracción; lo anterior sin contar con el tratamiento o purificación que debe tener el agua posterior a su extracción. Cada uno de los factores anteriormente descritos, hace que los tiempos para obtener el fin deseado, varíen, y en razón a ello, la medida pueda ser ineficaz e inidónea para ayudar a la contención de la crisis actual.

Al eliminar los permisos de manera transitoria para la prospección y exploración de aguas subterráneas, implicaría la omisión por parte de las autoridades competentes de una función necesaria para protección de los recursos naturales que podrían generar pudiendo posible consecuencias irreparables para el medio ambiente, daños que se pueden evitar cumpliendo el trámite normal para obtener el permiso

III. CONCEPTO

Por lo precedente, esta Delegada plantea las anteriores inquietudes frente a la posible inconveniencia de la adición transitoria descrita en el artículo 4 del Decreto 465 del 23 de marzo de 2020, a través del cual *"Se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la adopción de disposiciones transitorias en materia de concesiones de agua para la prestación del servicio público esencial de acueducto, y se toman otras determinaciones en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional a causa de la Pandemia COVID-19"*. Esto, en el marco del control de legalidad.

De la Honorable Consejera, cordialmente,

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ

Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado

Proyectó: JANR

Revisó: DMVV

Medio de control: control inmediato de legalidad
Entidad: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
E- 2020-305606