



Bogotá, D.C., julio 28 de 2022
Oficio No. 398

Doctor
MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ TORRES
Presidente
Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–
contactenos@ani.gov.co
Ciudad

Asunto: Proyecto de restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique

Cordial Saludo,

Desde el año 2020, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de sus funciones constitucionales, las establecidas en el Decreto Ley 262 del 2000, y por requerimientos constantes realizados por los habitantes de la zona de influencia del Proyecto de “*Restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique*” (en adelante, el Proyecto) en los departamentos de Sucre, Atlántico y Bolívar, ha acudido a las diferentes Autoridades Ambientales, actores y a la ANI con el fin de alertar y presentar las observaciones relacionadas con los posibles impactos sociales y ambientales que podrían presentarse en el Proyecto. Sea pertinente poner de presente que, por medio de Auto del 20 de abril de 2022, la Procuradora General de la Nación, designó a este Despacho la vigilancia preventiva *ad hoc* de los Proyectos de Asociación Público Privada que adelanta actualmente la ANI en lo tocante a la restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique.

Como fue de su conocimiento, en el mes marzo del año en curso, este Despacho y la Defensoría del Pueblo convocaron a una mesa de trabajo en los municipios de Santa Lucía -Atlántico- y Arjona -Bolívar-, con el objetivo de que esa Agencia propiciara un espacio para dar a conocer y exponer a los pobladores los aspectos más relevantes del Proyecto; con la desafortunada inasistencia de esa Entidad.

El espacio de socialización convocado se desarrolló ante la ausencia de la ANI, como un momento propicio para que el Ministerio Público escuchara cada una de las intervenciones e inquietudes de los líderes, comunidades y autoridades locales asistentes, con la finalidad de que estas fueran transmitidas y resueltas por esa Agencia de manera oportuna y detallada.

Página 1 de 8

Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios

Carrera 5 No. 15 – 80 Bogotá, Colombia - PBX 5878750 – quejas@procuraduria.gov.co



Mediante Oficio 287 del día 4 de mayo de 2022, el Ministerio Público remitió a la ANI cada una de las observaciones e inquietudes recogidas, e insistió en la necesidad de realizar una verdadera socialización del Proyecto en los tres (3) departamentos involucrados, enfocada en la realidad social, económica y ambiental del territorio de cada uno de ellos, fijando lugar y fecha de su realización, informándole a este Despacho con el fin de apoyar dichas socializaciones.

En respuesta al mencionado Oficio 287, la ANI informó que, debido a temas presupuestales y electorales, solo podrían adelantar el espacio de forma virtual en la primera semana de junio de 2022, y que en dicha reunión darían respuesta a los comentarios e inquietudes de las mesas del 24 y 25 de marzo. No obstante, **a la fecha este Despacho no ha recibido notificación de la convocatoria a la socialización requerida y comprometida, ni solución alguna a los requerimientos realizados mediante Oficios 287 del 4 de mayo de 2022 y S-2022-059866 del 16 de junio de 2022.**

Con respecto a las afirmaciones efectuadas por la ANI el día 22 de julio de 2022 en el cuestionario de la Revista Cambio, relacionadas a la participación del Ministerio Público en las reuniones de socialización del Proyecto, en las que se expresa que *“En el proceso de socialización se desarrollaron más 16 procesos de consultas previas con las comunidades; en adición, se realizaron 97 reuniones de socialización con la comunidad, **además de las reuniones que contaron con la presencia de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa -DANCP- y Ministerio Público**”*¹ (Destacado fuera del texto original), me permito aclarar que la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios no ha acompañado, ni ha sido invitada a ninguna reunión de socialización de comunidades no étnicas.

Es por lo anterior que resulta pertinente recordarle a la ANI que no puede equiparar los procesos de socialización requeridos para la ejecución de proyectos y sus impactos, con los procesos de consulta previa que son un derecho fundamental y colectivo que le asiste a las comunidades étnicas.

Para este Despacho es de gran preocupación, que la Agencia no acoja favorablemente la petición que como Ente de Control hemos formulado, sobre la necesidad de propiciar un espacio de información que tanto ha requerido la comunidad antes de la fecha de cierre del plazo de la respectiva licitación pública, y que, encontrándonos próximos a la etapa de adjudicación del respectivo contrato, no se hayan acogido las observaciones que desde el año 2021 se han remitido a esa Entidad por este Despacho.

¹ Recuperado de: https://static-uat.cambiocolombia.com/s3fs-public/2022-07/revistacambio-cuestionario-23jul2.docx_0.pdf

Como Órgano de Control, preocupa que, de no ser tenidas en cuenta estas observaciones, se puedan generar impactos en el proceso de selección y contratación que actualmente se está adelantando, especialmente, en lo relacionado con la identificación, asignación, probabilidad de ocurrencia e impacto de los riesgos contractuales.

Estas advertencias, han sido igualmente compartidas por algunos de los interesados en el proceso de licitación pública, entre los cuales podemos mencionar a la empresa COPASA, que se refirió al riesgo social contemplado en la matriz de riesgos del Proyecto así:

“Del riesgo No 4. Social, se establece que:

“(…). Al respecto se ha mencionado en medios de comunicación el día [sic] 20 de abril de 2022 la inconformidad de algunas comunidades respecto a la falta de conocimiento [sic] del proyecto. El el [sic] programa "6AM Hoy por Hoy" de Caracol radio sobre las 6:35 am en representación [sic] de varios municipios [sic] de Bolívar se han manifestado las siguientes preocupaciones:

- La vulnerabilidad de las ciénagas [sic] e impacto en actividades pesqueras, agrícolas [sic] y ganaderas y*
- La comunidad siente que no ha sido socializado 100% el proyecto en todas sus comunidades*

Por lo anterior consideramos que el riesgo social debe ser asumido por la entidad dado que a la fecha es de conocimiento público [sic] la inconformidad de la comunidad respecto al conocimiento y efectos ambientales del proyecto.

Adjunto en el correo electrónico [sic] adjuntamos el audio de las declaraciones dadas durante el programa de radio mencionado². (Destacado fuera del texto original).

Este comentario fue respondido por la ANI haciendo referencia únicamente a los acuerdos de protocolización resultantes de las consultas previas realizadas, pero no a las socializaciones a otros actores no étnicos, como se observa en la siguiente cita:

“El proyecto cuenta en total con 17 Consultas previas protocolizadas, como se presenta en el Apéndice Técnico 1, el proyecto ha sido socializado con las comunidades [sic] desde la realización de los diseños.

De igual manera se le aclara al interesado que la asignación del riesgo del proyecto está alineada con el documento CONPES 4028 de 2021, documento de política pública que establece claramente que los efectos en las demoras y los costos de las gestiones de las

² Matriz de observaciones - respuesta a observaciones. Fecha: 31 de mayo de 2022. Observación realizada por COPASA.



actividades y medidas compensatorias de los acuerdos de consultas previas que hayan sido protocolizados previa a la fecha de apertura de los procesos licitatorios debe ser asumido por el inversionista privado.

(...)

Por lo anterior no se acoge su recomendación de modificar la asignación del riesgo³. (Destacado fuera del texto original).

Es así como, tanto este Despacho como los interesados en el proceso de licitación pública, evidenciamos que el aspecto social de este Proyecto no se limita únicamente a los acuerdos protocolizados en las consultas previas, sino que existe un clamor general de la comunidad sobre la falta de una socialización idónea del Proyecto y de sus posibles impactos.

Adicionalmente, respecto al riesgo ambiental, es posible evidenciar que las preocupaciones expuestas por este Despacho a la ANI y la ANLA respecto al alcance de los instrumentos ambientales y la correcta evaluación de los respectivos impactos resulta coincidente con las observaciones realizadas por los interesados en el Proyecto, como las formuladas por la firma Duran y Osorio en el siguiente tenor:

“que se incluya un tipo de riesgo adicional que regule la posible o eventual necesidad de tener que modificar o volver a tramitar la obtención de instrumento ambiental aplicable al proyecto por causas originadas antes de que se le ceda dicho instrumento al concesionario”⁴. (Destacado fuera del texto original).

De igual manera, se pronunció la empresa SEDA, exponiendo:

“Respecto al “instrumento ambiental para el proyecto”, se logró establecer entre otros aspectos que la decisión de sustraer el proyecto de la gestión y obtención de la licencia ambiental, obedeció al parecer a una interpretación normativa inadecuada, que se siguió repitiendo a través del tiempo en diferentes actos administrativos, con las consecuencias graves para la ejecución del mismo al no contar con viabilidad ambiental, a pesar [sic] de que dichos actos, cuentan con PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD según el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

(...)

No obstante, conforme al contenido del artículo 2.2.2.3.8.4 del Decreto 1076 de 2015., conduce a la necesidad de contar con la licencia ambiental, pues la norma

³ Matriz de observaciones - respuesta a observaciones. Fecha: 31 de mayo de 2022. Respuesta dada por la ANI.

⁴ Acta de audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos y audiencia de aclaración al Pliego de Condiciones. Fecha: 30 de marzo de 2022. Intervención de Sebastián Duque de Durán y Osorio.

específicamente, hace relación a la Cesión total o parcial de la licencia ambiental y no a un instrumento ambiental diferente⁵. (Destacado fuera del texto original).

En este sentido, se observó que la ANI hizo caso omiso tanto a las recomendaciones dadas por este Despacho como a los comentarios realizados por los interesados en el Proyecto, lo que se evidencia claramente en las respuestas dadas por dicha Entidad que señalan:

- “1) **Se informa al interesado que la ANI no contempla que sea necesario modificar o volver a tramitar el Instrumento Ambiental Aplicable al Proyecto, ya que este fue aprobado por la ANLA por medio de acto administrativo vigente. Por lo anterior, no se acepta la solicitud del interesado.** Adicionalmente dentro de la minuta del contrato (Sección 13.3. (a) iv) se encuentra regulado que los efectos favorables y/o desfavorables de los costos y las demoras ante la eventual necesidad de obtener una licencia ambiental u otro mecanismo de seguimiento y control ambiental no contemplado o diferente al Instrumento Ambiental Aplicable al Proyecto, **que se deriven de modificaciones regulatorias posteriores a la fecha de apertura del Proceso de Selección son asignados a la ANI.** (...)”⁵. (Destacado fuera del texto original).
- Se le aclara al interesado que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA le informó a Cormagdalena, mediante el oficio de salida ANLA No. 2020058608-2-000 de 16 de abril de 2020, que: “(...) de conformidad con las funciones de esta Autoridad establecidas en los Decretos 3573 de 2011 y 376 de 2020, y amparada bajo el régimen de transición para proyectos, obras o actividades sujetas a licenciamiento ambiental de que trata el artículo 2.2.2.3.11.1. del Decreto 1076 de 2015, se considera que el denominado Plan Hidrosedimentológico del Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique hace parte del instrumento de manejo y control ambiental Plan de Restauración, establecido”. Dados los antecedentes de la aceptación del Plan Hidrosedimentológico por la ANLA mediante las Resoluciones 01659 del 2017 y 00832 del 2018, esa Autoridad Ambiental ha concluido que el mismo hace parte del instrumento de manejo y control ambiental del Plan de Restauración Ambiental de los Ecosistemas Degradados del Canal del Dique, **razones por las cuales el Proyecto objeto de la presente Licitación Pública cuenta con la viabilidad ambiental exigida por la ley y no requiere de la gestión y obtención de licencia ambiental para su ejecución.** (...)”⁶. (Destacado fuera del texto original).

Es necesario reiterar que estas problemáticas sociales y ambientales podrían suscitar impactos en el proceso de licitación pública que la ANI está adelantando, puesto que se podría configurar una posible vulneración de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, principalmente, los principios de planeación, responsabilidad

⁵ Matriz de observaciones - respuesta a observaciones extemporáneas. Fecha: 8 de julio de 2022. Observación realizada por SEDA.

⁶ Matriz de observaciones - respuesta a observaciones. Fecha: 31 de mayo de 2022. Respuesta dada por la ANI.

y economía. Lo anterior, se fundamenta en los artículos 25.12⁷ y 26.3⁸ de la Ley 80 de 1993 y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que indica:

*“Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, **son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual**”⁹.*
(Destacado fuera del texto original).

Así, en el caso del Proyecto, se evidencia que el hecho de no analizar correctamente la asignación, estimación y mitigación del riesgo social y ambiental podría generar efectos adversos para el logro de los objetivos del proceso de licitación pública y del contrato, ya que se pueden llegar a presentar retrasos en el cronograma de ejecución e incluso la paralización del Proyecto, situaciones que dependiendo de su gravedad podrían poner en riesgo la realización de los fines de este proceso contractual.

CONCLUSIONES:

- Es discutible que la ANI solo esté contemplando la modificación o el trámite de nuevos instrumentos ambientales en caso de presentarse cambios normativos **posteriores** a las fechas de apertura del proceso licitación pública, cuando con base en el marco normativo vigente, la Autoridad Ambiental puede imponer medidas de manejo ambiental adicionales o modificar las existentes, como esta esta Procuraduría Delegada ha advertido en reiteradas oportunidades.

⁷ Ley 80 de 1993, artículo 25.12: “**DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio: 12. **Previo a la apertura de un proceso de selección** (...) deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, **la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.** Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”. (Destacado fuera del texto original).

⁸ Ley 80 de 1993, artículo 26.3: “**DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.** En virtud de este principio: 3o. **Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios,** o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (Destacado fuera del texto original).

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017 (Rad. 55855). M.P. Jaime Orlando Santofimio.



- No es la primera vez que la Procuraduría General de la Nación pone de presente a la ANI y a la ANLA que, bajo la normatividad actual, el Plan Hidrosedimentológico del Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique pueda resultar insuficiente como instrumento de evaluación y manejo ambiental frente a los impactos ambientales de la ejecución del Proyecto, luego deben preverse los remedios contractuales pertinentes que respondan a dicha circunstancia.
- Al igual que en lo social, los aspectos ambientales no contemplados en la ejecución del Proyecto tienen la posibilidad de impactar directamente el proceso de licitación pública, generando una posible vulneración de los principios de planeación, responsabilidad y economía, entre otros.
- Obviar considerar la posibilidad de tramitar nuevos instrumentos ambientales y de evaluación de impactos ambientales o la modificación de los existentes, puede haber incidido en la escasa postulación de interesados en presentar ofertas y ser parte del proceso de licitación pública, en tanto no se contemplaron riesgos jurídicamente existentes.

Es por lo anterior que, hoy la Procuraduría General de la Nación como entidad que representa a los ciudadanos, como encargada de velar por los derechos fundamentales, colectivos, sociales y culturales de cada uno de ellos, así como de vigilar preventivamente el ejercicio de la Función Pública presenta las siguientes recomendaciones, con el fin de que la ANI actúe anticipadamente para prevenir situaciones que afecten los intereses colectivos, los derechos fundamentales y los objetivos y fines de la contratación pública:

1. Se sugiere a la ANI que realice la socialización del proyecto antes del inicio de su ejecución, fijando para el efecto fechas en los tres (3) departamentos en los que reiteradamente hemos solicitado realizar tales socializaciones.
2. Consideramos necesario que la ANI, en conjunto con el único oferente en el proceso de licitación pública, en caso de resultar adjudicatario del proceso de selección, evalúe las posibles soluciones para que se prevean los remedios contractuales adecuados frente a los riesgos sociales y ambientales advertidos.
3. Es pertinente y necesario dar respuesta y cumplimiento oportuno a los requerimientos realizados por las diferentes autoridades judiciales en torno al proceso, tales como, la medida preventiva impuesta por la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, por medio del Auto AT-161 de 2022, relacionadas con la adopción de medidas preventivas o de verificación en el proceso de dragado, debido a los casos de personas dadas por desaparecidas en relación directa o indirecta con el conflicto armado presuntamente dispuestas en el Canal del Dique.



4. Cumplir con las órdenes dadas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo mediante fallo del 26 de julio de 2022 (Rad. 2022-00066-00) en el marco de la acción de tutela, en lo atinente al inicio dentro del término de 48 horas de *“los estudios y actuaciones administrativas para evaluar si al accionante [Asociación de Lancheros y a los pobladores del corregimiento del rincón del mar] le asiste el derecho a consulta previa”*.

Asimismo, con el fin de continuar con el cumplimiento de las funciones preventivas y de vigilancia de este Despacho, solicitamos que nos remitan copia del Sobre No. 1 presentado por SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S el día 13 de julio de 2022 en el marco del proceso de licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021.

Cordialmente,

GUSTAVO ADOLFO GUERRERO RUIZ

Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios

Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública *ad hoc*

Proyectó: Elizabeth Porras / Ma. José Hernández G.