

SOLICITUD DE CONCESIÓN DE AGUAS – Requisitos / SOLICITUD DE CONCESIÓN DE AGUAS – Calidad que debe acreditar el solicitante / SOLICITUD DE CONCESIÓN DE AGUAS – La presentada por el tenedor del predio se debe acompañar de la autorización del propietario o poseedor / COMPETENCIA DE CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Para otorgar concesión de uso de aguas superficiales y subterráneas

En lo que concierne al punto de discusión sobre la calidad que debe acreditar el interesado para la solicitud de concesión, se observa que tanto el Decreto 1541 de 1978 (artículos 51 y 55) como el 2811 de 1974 (artículo 96), exigen que la efectúe el propietario, poseedor o tenedor. [...] Lo anterior permite inferir que quien solicite la concesión de aguas debe acreditar la titularidad del derecho que lo autoriza para dicha gestión bien sea que se trate del propietario, poseedor o tenedor del predio. En cada caso la Autoridad Ambiental deberá verificar que, si se trata del propietario, debe allegar junto con la solicitud el certificado de tradición y libertad del inmueble; si se trata del poseedor, debe aportar la prueba que lo acredite como tal; y si la calidad que se alega es la de tenedor, tiene que demostrarse tal hecho, además de adjuntarse la autorización del propietario o poseedor, como expresamente lo señala el artículo 55, literal c) del Decreto 1541 de 1978. [...] Ahora bien, la tesis del a quo para declarar la nulidad de las resoluciones demandadas consistió en que: [...] del contenido del literal b) del artículo 55 del Decreto 1541 de 1978 no se desprende que sean los propietarios, poseedores o tenedores con autorización de los dos primeros quienes pueden adelantar el trámite de solicitud de una concesión de aguas, ya que del contenido del párrafo inicial del artículo 54 de la misma norma se indica que dicha solicitud puede realizarse por [...] las personas naturales o jurídicas y las entidades gubernamentales'[...]'[...] no puede ser de recibo porque una cosa es quiénes están facultados para iniciar el trámite administrativo y otra distinta bajo qué requisitos. Nótese aquí que el reparo de la Administración nada tuvo que ver con la naturaleza de quien elevó la solicitud (persona natural, jurídica o entidad pública) para la concesión de aguas, sino con la falta de acreditación de la titularidad del derecho de propiedad, posesión o tenencia del predio y la respectiva autorización de quien acreditó debidamente el derecho real de dominio.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD – Alcance / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Presunción juris tantum / CONTROL DE LEGALIDAD – Alcance / JUSTICIA ROGADA – Alcance / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto

La teoría general de los actos administrativos explica que, en virtud del principio de legalidad, la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía y de ahí que los actos producto de su actividad estén amparados por la presunción de legalidad, esto es, que son eficaces mientras no sean anulados. Se trata de una presunción juris tantum o puramente legal que admite prueba en contrario, la cual debe ser alegada ante el Órgano Jurisdiccional demostrando las causales de anulación de los actos. A tal ejercicio se circunscribe el control de legalidad, en el cual, mediante el cotejo de la decisión con la norma, se extrae su “conformidad o contradicción entre ambas, según las siguientes situaciones: a) conformidad con la norma que la gobierna, b) inconformidad parcial entre ambas, c) inconformidad total, d) desvío de poder, e) desproporción entre la situación de hecho y la decisión tomada, f) falta de motivos, g) falsa motivación, h) vicios de forma, i) incompetencia del funcionario que la expide y violación del derecho defensa y de audiencia del afectado”. En este evento, la declaración judicial de nulidad se condiciona pues a la prueba y sustentación de la ilegalidad, por parte de quien acciona contra la manifestación de la Administración. Es por esa razón que el principio de legalidad es correlativo al de justicia rogada, pues si

se busca desvirtuar aquel en instancia jurisdiccional deberá atenderse a la carga procesal de señalar qué normas del ordenamiento se estarían contrariando con la decisión censurada, así como explicar el concepto de dicha violación, ello con miras a que el Juez pueda delimitar el marco de la litis.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Concepto / JUSTICIA ROGADA - Alcance

Otro principio que merece destacarse es el de congruencia de la sentencia, según el cual debe existir una correspondencia entre lo que se decide por el Juez y lo que constituye la materia del litigio. [...] Por otra parte, la sentencia deberá tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido incluso después de haberse presentado la demanda y siempre que se alegue a más tardar en la etapa de alegatos de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. De acuerdo con el precepto en mención la sentencia no puede reconocer lo que no se ha pedido (extra petita) ni tampoco más de lo solicitado (ultra petita), excepto en los casos autorizados expresamente por el legislador, como en los asuntos de familia y de protección de los derechos fundamentales. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, todo el proceso debe girar en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el Órgano Jurisdiccional, solicitando del mismo una actuación en un sentido determinado. Así “la pretensión acota el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador”. [...] Un aspecto relevante a tener en cuenta, es que, como corolario del principio de congruencia mencionado, la sentencia debe considerar cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual recae el litigio (CGP, artículo 281), aun cuando haya ocurrido después de haberse presentado la demanda, “siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión”.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Finalidad / ACCIÓN POPULAR – Finalidad / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO MEDIANTE ACCIÓN POPULAR – Procedencia

[L]as acciones de que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa se distinguen por su finalidad. Así el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (CPACA, artículo 138) tiene por objeto desvirtuar la presunción de legalidad que cobija un acto administrativo y, en consecuencia, obtener la indemnización de los perjuicios que dicho acto haya podido ocasionar durante el tiempo en que permaneció vigente. Por su parte, la acción popular prevista en la Ley 472 de 5 de agosto de 1998 persigue la protección de los derechos e intereses colectivos. La Jurisprudencia, de la Corporación ha desarrollado un amplio debate en torno a la posibilidad de examinar la legalidad de los actos administrativos en el trámite de las acciones populares y ha sostenido mayoritariamente que en tales casos el medio de amparo constitucional es procedente siempre y cuando el acto administrativo vulnere los derechos e intereses colectivos, situación que, de ser probada por el actor popular, faculta al Juez constitucional para suspender los efectos del acto. Ello, en armonía con el artículo 144 del CPACA, según el cual “[...] Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el Juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos [...]”. Ahora, en tratándose de la acción contencioso administrativa, la vulneración de los derechos e intereses colectivos dará lugar a la suspensión y/o anulación de

los efectos del acto administrativo particular, siempre que la protección de tales derechos e intereses se invoquen como fundamento de la anulación.

PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE AGUAS – Marco normativo / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 12 de junio de 2014, Radicación 25000-23-24-000-2005-00434-01, C.P. María Elizabeth García González; 6 de agosto de 2004, Radicación 11001-03-15-000-2001-00110-01, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 5 de junio de 1997, Radicación CE-SEC1-EXP1997-N4092, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; 27 de enero de 2000, Radicación CE-SEC1-EXP2000-N5210, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; y 26 de febrero de 2004, Radicación 25000-23-24-000-2000-00369-01, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 – ARTÍCULO 31 NUMERAL 9 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 36 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 41 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 54 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 55 LITERAL B / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 56 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 57 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 58 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 60 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 61 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 62 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 63 / DECRETO 1541 DE 1978 – ARTÍCULO 64 / DECRETO 2811 DE 1974 – ARTÍCULO 60 / DECRETO 2811 DE 1974 – ARTÍCULO 88 / DECRETO 2811 DE 1974 – ARTÍCULO 92 / DECRETO 2811 DE 1974 – ARTÍCULO 96 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 88

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00911-01

Actor: CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Referencia: Principios de legalidad y justicia rogada. Congruencia de la sentencia. Fallo ultra y extra petita. Presunción de legalidad debe ser desvirtuada. Causales de anulación de los actos administrativos. Finalidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la acción popular. La CAR no está facultada para otorgar el derecho a la concesión de aguas sin el cumplimiento de los presupuestos normativos. Solicitante debe acreditar la calidad en que eleva la solicitud. El tenedor del predio beneficiado debe adjuntar autorización del propietario o poseedor.

La Sala decide la impugnación interpuesta por las partes contra la sentencia de 4 de febrero de 2016, mediante la cual la Sección Primera -Subsección A- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en adelante el Tribunal, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1. El **CONDominio CAMPESTRE EL PEÑON**, en adelante el **Condominio**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, presentó demanda ante el Tribunal tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1382 de 1º de junio de 2012 **«Por la cual se decide una solicitud de concesión de aguas superficiales y un permiso de vertimiento, una oposición al otorgamiento de la concesión y se toman otras determinaciones»**; 2625 de 28 de noviembre de 2012 **«Por la cual se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1382 de 1º de junio de 2012»** y 311 de 4 de marzo de 2013 **«Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el artículo 4º y su párrafo de la Resolución 2625 de 28 de noviembre de 2012»**, expedidas por la Subdirectora Jurídica de la **Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca**, en adelante **CAR**.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó:

«[...]SEXTA: A título de restablecimiento del derecho se ordene que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, debe otorgar a favor del Condominio Campestre El Peñón, concesión de aguas superficiales en un caudal de 60 lps. del Río Bogotá por el término de diez años contados a partir de la notificación de la Resolución que de cumplimiento a la sentencia, con el fin de satisfacer necesidades de

uso para riego y para mantener los niveles de agua de los 13 lagos existentes en el Condominio Campestre El Peñón, ellos son:

- 1 – Lago Grande el Peñón Inn o Lago Mayor.
- 2- Lago del Hueso.
- 3- Lago del Hoyo 3.
- 4- Lago del Hoyo 6.
- 5- Lago del Hoyo 9.
- 6- Lago Mal Nombre.
- 7- Lago del Hoyo 13 y 14.
- 8- Lago del Hoyo 12.
- 9- Lago del Hoyo 11.
- 10- Lago del Hoyo 16.
- 11- Lago del Hoyo 16.
- 12- Lago del Hoyo 16.
- 13- Lago de la Tabacalera.

SÉPTIMA: A título de restablecimiento del derecho se ordene que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, debe otorgar a favor del Condominio Campestre El Peñón permiso de vertimientos por el término de diez años contados a partir de la notificación de la Resolución que de cumplimiento a la sentencia.

OCTAVA: A título de restablecimiento del derecho se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR a pagar al Condominio Campestre El Peñón todas y cada una de las sumas que por daño emergente sean probadas y estén relacionados con los pagos que erogó el Condominio Campestre El Peñón para mantener los niveles de agua del Lago Grande El Peñón Inn.

NOVENA: A título de restablecimiento del derecho se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR a pagar al Condominio Campestre El Peñón todas y cada una de las sumas que por daño emergente sean probadas y estén relacionadas con los demás pagos que debe cancelar el Condominio Campestre El Peñón para mantener los niveles de agua del Lago Grande El Peñón Inn.

DÉCIMA: A título de restablecimiento del derecho se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR a pagar al Condominio Campestre El Peñón todas y cada una de las sumas que sean determinadas y probadas por los perjuicios causados por desecamiento, invasión de especies o cualquier otra circunstancia que altere los niveles normales de agua, sobrepoblación de bacterias, algas, muerte de especies y/o demás y que puedan afectar el Lago Grande El Peñón Inn.

DÉCIMA PRIMERA: A título de restablecimiento del derecho se condene a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR a pagar al Condominio Campestre El Peñón todas y cada una de las sumas que sean determinadas y probadas han causado lucro cesante al Condominio Campestre El Peñón por el no uso y disfrute del Lago Grande El Peñón Inn. [...]»

I.2- El actor expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. El **Condominio**, administrador de propiedad horizontal, constituido mediante Resolución 009 de 1978 de la Alcaldía de Girardot, obtuvo licencia para adecuar al régimen de condominio el inmueble denominado “Lago Golf”, desmembrado de la Hacienda El Peñón Rajado, localizada en la vereda Portachuelo del Municipio de Girardot.

2º. Mediante Escritura Pública nro. 1143 de 10 de octubre de 1978 de la Notaría Diecisiete del circuito de Bogotá se protocolizó el reglamento de propiedad horizontal, el cual ha sido reformado para ajustarlo a las normas legales pertinentes.

3º. Al proyecto urbanístico se integró un lago artificial de 43 hectáreas, entonces de propiedad de los vendedores del **Condominio**, denominado “Lago Mayor” o “Lago Grande El Peñón Inn” para el uso, goce y disfrute ambiental y recreativo de los copropietarios, el cual ha sido administrado, cuidado y disfrutado por el **Condominio** desde hace más de 35 años.

Además del Lago Mayor, el **Condominio** cuenta con otros 12 lagos que revisten importancia ecológica, constituyen riqueza ambiental y confluyen con el ecosistema formado con el primero.

4º. El 22 de junio de 2000, el **Condominio** presentó solicitud de concesión de aguas superficiales del Río Bogotá en un caudal de 60 lps. (litros/segundos) ante la **CAR** - Oficina Provincial Alto Magdalena, con el fin de satisfacer necesidades de uso pecuario y de riego y para mantener los niveles de agua de los 13 lagos

existentes en el **Condominio**. En igual sentido, presentó solicitud de vertimientos, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 9ª de 24 de enero de 1979¹.

5º. Simultáneamente se tramitó permiso provisional de concesión de aguas superficiales, el cual fue otorgado a través de las resoluciones DRG-375 de 19 de julio y DRG-571 de 15 de septiembre de 2000.

6º. El 11 de diciembre de 2000, el **Condominio** informó a la **CAR** que el Lago Mayor fue adquirido por la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., con el contrato de permuta celebrado con la sociedad Acueducto El Peñón S.A. E.S.P.

7º. El 29 de mayo de 2009, el **Condominio**, en procedimiento especial, solicitó a la **CAR** que se le otorgara permiso para realizar la relimpia del Lago Mayor en el sector aledaño a su sede social, trámite en el que intervino la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., mediante escrito nro. CAR030991101194 de 18 de junio de 2009, en el cual solicitó que se denegara toda solicitud que recayese sobre el Lago Mayor o Lago El Peñón Inn, alegando derechos de propiedad sobre el predio. Dicha oposición se da nueve años después de radicada la solicitud de concesión de aguas y en un proceso distinto con el que no guarda relación.

8º. La **CAR** denegó la solicitud de relimpia, con oficio fechado el 19 de junio de 2009, argumentando que era al propietario al que correspondía adelantar el mencionado trámite.

9º. Mediante Resolución 1382 de 1º de junio de 2012, en el trámite administrativo de concesión de aguas, la **CAR** declaró probada la oposición presentada por CAMELOT MILENIO RC. S EN C. y denegó la solicitud de concesión de aguas, luego de transcurridos casi 12 años desde su presentación.

¹ Por la cual se dictan Medidas Sanitarias.

10º. Contra la anterior decisión, el **Condominio** interpuso recurso de reposición que fue resuelto por medio de la Resolución 2625 de 28 de noviembre de 2012, confirmándola en todas sus partes.

11. Como la Resolución 2625 de 2012 incluyó nuevas decisiones, tales como la advertencia al propietario, poseedor y/o tenedor del predio de buscar alternativas que impidan la ocurrencia de una situación que pueda desencadenar un eventual problema fitosanitario y ambiental, el **Condominio** interpuso recurso de reposición contra el artículo 4º y parágrafo, el cual fue decidido a través de la Resolución 0311 de 4 de marzo de 2013, en la que se resolvió acceder a la revocatoria y rechazar el recurso *“[...] contra los argumentos esgrimidos en la Resolución 2625 de 2012 para dirimir el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1382 de 2012 [...]”*.

12. La controversia surgida por los derechos de propiedad del Lago Mayor es objeto de demanda ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot. También la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. promovió una acción de tutela contra la **CAR**, por estos hechos.

13. Finalmente, pone de presente que las decisiones de la **CAR** le han ocasionado al **Condominio** perjuicios materiales determinados en el daño emergente y lucro cesante tasado en la demanda.

I.3- El demandante citó como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 2º, 4º, 8º, 79, 80 y 83 de la Constitución Política; 3º, 44, 45, 59, 61, 62 y

63 del Código Contencioso Administrativo -CCA-²; 31 de la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993³; 1º, 59 y 96 del Decreto 2811 de 18 de diciembre de 1974⁴; 60, 61 y 62 del Decreto 1541 de julio 28 de 1978⁵ y 37, 39 y 40 del Acuerdo 010 de 6 de marzo de 1989 de la CAR⁶.

Fundamentó, en síntesis, los cargos de violación así:

- Los actos demandados desconocen el debido proceso, por cuanto en el trámite de solicitud de concesión de aguas superficiales del Río Bogotá inicialmente radicado con el nro. 2291 de 2000 y posteriormente con el nro. 15929, la **CAR** incumplió los términos establecidos en los Decretos 2811 de 1974, 1541 de 1978 y en el Acuerdo 10 de 1989 y tardó más de 12 años para proferir la decisión correspondiente.

- La **CAR** procedió a acumular al expediente de solicitud de concesión de aguas superficiales otros permisos y trámites ambientales adelantados por entidades cuyo nombre contienen la palabra “peñón”, pero que no guardan relación con el **Condominio**.

- La **CAR** desconoció los principios de preclusión, legalidad, confianza legítima, derechos del poseedor, buena fe, lealtad y de la función pública, al haber admitido la oposición de la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. presentada de

² Derogado por la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

³ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.”

⁴ “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.”

⁵ “Por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974: “De las aguas no marítimas” y parcialmente la Ley 23 de 1973.”

⁶ “Por el cual se dictan normas para administrar las aguas de uso público en el área de la CAR”.

forma extemporánea y en un trámite diferente al de solicitud de concesión de aguas.

Al respecto, señaló que en virtud de la solicitud de relimpia del Lago Mayor elevada por el **Condominio** el 29 de mayo de 2009, la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., presentó oposición al trámite de concesión de aguas, correspondiendo ello a un procedimiento distinto, por fuera del término previsto en el artículo 60 del Decreto 1541 de 1978, oposición que inexplicablemente fue admitida por la demandada.

- El recurso de reposición contra la Resolución 1382 de 2012, mediante la cual se denegó la concesión de aguas superficiales, fue decidido por la **CAR** casi cuatro meses después, contraviniendo los términos establecidos en el CCA.

- Las resoluciones demandadas son nulas por violar los principios de legalidad, contradicción, buena fe, seguridad jurídica e incurrir en falta de motivación y ser contrarias a lo establecido en el CCA, especialmente la Resolución 0311 de 2013, que resolvió el recurso de reposición contra la 1382 de 2012, por incluir hechos nuevos frente a los cuales no se ejerció el derecho de defensa y contradicción.

- La Resolución 2625 de 2012 quedó en firme el 3 de enero de 2013 y el recurso interpuesto contra la misma fue resuelto el 4 de marzo de ese año. Sin embargo, la citación de la notificación personal fue enviada el 29 de abril de 2013, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 44 del CCA.

- La **CAR** no tuvo en cuenta los derechos de posesión del **Condominio** sobre el predio en cuestión, a pesar de que conocía la existencia del proceso ordinario que cursa en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot y de una acción de

tutela, procesos ambos en los que se discuten tales derechos. En este último, la **CAR** manifestó al Juez de tutela que no efectuaría pronunciamiento alguno hasta que se decidiera definitivamente sobre la prescripción adquisitiva del dominio; sin embargo, sorpresivamente al resolver el trámite administrativo censurado reconoció sin fundamento el mejor derecho de CAMELOT MILENIO RC. S EN C., sobre el predio en cuestión.

- La **CAR** incumplió sus funciones como máxima autoridad ambiental, por no atender sus propios informes en los que se recomienda adoptar medidas para proteger el ecosistema creado en el Lago Mayor y otorgar la concesión de aguas a favor del Condominio.

- La entidad demandada omitió reconocer que el Lago Mayor es un lago artificial que alberga especies de flora y fauna que deben ser protegidas y que pueden ser afectadas si no se mantienen los niveles de agua requeridos. Además, que los propietarios de la propiedad horizontal el **Condominio** han invertido cuantiosas sumas de dinero para su mantenimiento y construcción de una planta de tratamiento que se realizó por orden de la demandada, todo lo cual contribuye al atractivo ambiental que el Lago representa para propietarios, visitantes y arrendatarios.

I.4.- Las contestaciones.

I.4.1. La **CAR** (folio 534, cuaderno nro. 2) sostuvo que el **Condominio** inició trámite de solicitud de concesión de aguas en calidad de propietario y no como poseedor, según se alega en la demanda. Posteriormente, en memorial radicado el 7 de diciembre de 2000, el solicitante informa que según escritura pública nro. 668 de 28 de junio de 1980, solo tiene el usufructo del bien y que la sociedad

Acueducto El Peñón enajenó el **predio** a la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., con la escritura nro. 1688 de 10 de octubre de 1999.

Efectuó un resumen de los antecedentes de los actos acusados y expresó que mediante informe técnico nro. 753 de 14 de diciembre de 2006 se emitió concepto favorable para la concesión de aguas solicitadas, sin que el **Condominio** hubiera presentado los documentos que lo acreditaban como propietario del predio. Que el 29 de mayo de 2009 se radicó solicitud de relimpia del Lago Mayor. Que el 18 de junio de 2009 la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. acreditó ante la **CAR** la titularidad del predio en cuestión, por lo que solicitó abstenerse de cualquier decisión en perjuicio de su derecho de dominio. Asimismo, se opuso al trámite de concesión, mediante escrito de 7 de octubre de 2010. Que el 22 de diciembre de 2011 se emitió concepto negativo en el trámite de solicitud de concesión de aguas para el Lago Mayor. Que se profirió la Resolución 1382 de 2012, mediante la cual se declaró probada la oposición presentada por CAMELOT MILENIO RC. S EN C., se denegó la solicitud de concesión de aguas para el Lago Mayor y se otorgó concesión de aguas superficiales en caudal de 41.32 litros/segundo para el abastecimiento de los 13 lagos menores. Que contra el acto interpusieron sendos recursos de reposición el **Condominio** y CAMELOT MILENIO RC. S EN C., los cuales fueron decididos en la Resolución 2625 de 2012, en el sentido de no reponer. Contra esta última Resolución el **Condominio** presentó recurso de reposición, bajo el argumento de que se habían discutido hechos nuevos. El recurso se resolvió a través de la Resolución 0311 de 4 de marzo de 2013, en la que se revocó el artículo 4º y el párrafo de la Resolución 2625 de 2012.

Agregó que la **CAR** sí tenía competencia para decidir la solicitud de concesión de aguas; que en materia ambiental los actos administrativos confieren permisos provisionales subordinados al interés público y, por lo tanto, no puede hablarse de

derechos adquiridos; y que el **Condominio** no ha sufrido ningún perjuicio que deba ser indemnizado, pues a través de la Resolución 991 de 2013 se autorizó la captación de 13 litros /segundo sobre el Lago Grande, como medida de protección del ecosistema.

I.4.2. La sociedad **CAMELOT MILENIO RC. S EN C.**, vinculada en calidad de tercero con interés directo, a través de apoderado (folio 488, cuaderno nro. 2) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones que denominó (i) *“inexistencia de la nulidad de las resoluciones 1382 de junio y 2625 de noviembre, ambas del año 2012”*, (ii) *“eliminación de riesgos ambientales”* y (iii) *“caducidad de la presente acción contenciosa”*.

Efectuó un recuento del predio “LAGO GRANDE EL PEÑÓN INN” y manifestó que nació de la parcelación que realizó el propietario del predio de mayor extensión identificado con el folio de matrícula nro. 307-5094 denominado “El Peñón”, según escritura pública 540 de 15 de junio de 1978 de la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, aclarada mediante escritura 800 de 21 de mayo de 1985. Al predio le correspondió el folio de matrícula nro. 307-017510, a nombre de la sociedad El Peñón Inn Ltda. Posteriormente, la sociedad transfirió el dominio a la sociedad Acueducto El Peñón, mediante escrituras 3363 de 18 de octubre de 1997 y 3411 de 7 de octubre de 1998. Finalmente, la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. adquirió la propiedad del predio por permuta con la sociedad Acueducto El Peñón, según consta en la escritura pública 1688 de 4 de octubre de 1999 de la Notaría 5º de Cartagena y en la anotación nro. 7 del folio de matrícula nro. 307-017510 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot.

Aseguró que el Lago Grande objeto de controversia no es un ecosistema ni tiene importancia ambiental, además de que según lo definió el Ministerio de Ambiente y

Desarrollo Sostenible, no es un humedal. El predio tampoco constituye hábitat de especies de fauna, pues, por el contrario, debido a las actividades turísticas y deportivas que allí se desarrollan de manera arbitraria por parte del **Condominio**, las especies de fauna y flora que pudieran servirse del lago han sido desterradas.

Destacó que el **Condominio** promovió acción ordinaria de declaración de pertenencia sobre el predio de propiedad de CAMELOT MILENIO RC. S EN C., la cual fue denegada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante sentencias proferidas el 4 de junio de 2013 y 26 de marzo de 2014, respectivamente. Los Jueces de instancia argumentaron que el **Condominio** era un mero tenedor y no aportó prueba fehaciente de la interversión de ese título.

En respaldo de las excepciones propuestas, manifestó que:

- No se configuran las causales de nulidad invocadas por la parte actora: expresó que la legalidad de los actos no se vicia por el tiempo que tarda la Administración en decidir las actuaciones sometidas a su conocimiento. Que no puede endilgarse nulidad a la Resolución 1382 de 2012, por el hecho de que el propietario del predio, es decir CAMELOT MILENIO RC. S EN C., se haya hecho parte en la actuación 9 años después de haberse iniciado la solicitud de concesión de aguas. Que la **CAR** se ajustó a lo dispuesto en el Decreto ley 2811 de 18 de diciembre de 1974⁷, en concordancia con el Decreto 1541 de 1978 y la Ley 99, respecto de la imposibilidad de adelantar el trámite de concesión de aguas superficiales sin convocar a los interesados y por iniciativa de persona distinta al propietario o poseedor.

⁷ Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

- No existe el supuesto riesgo ambiental, pues precisamente la **CAR**, mediante la Resolución 2625 de 2012 demandada, adoptó medidas preventivas para la conservación del lago, al tiempo que profirió la Resolución 991 de 24 de junio de 2013, en la que limitó la captación y los usos del agua para el mantenimiento de los niveles del Lago.

- Que el medio de control de nulidad se encuentra afectado por el fenómeno de la caducidad, debido a que la Resolución 2625 de 2012, por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1382 de 2012, se notificó el 4 de diciembre de ese año y fue enviada por correo recibido el 7 de diciembre de 2012 por la parte demandada, por lo que a partir del día siguiente inició el cómputo de la caducidad, el cual culminó el 8 de abril de 2013, mientras que la demanda se instauró el 5 de junio del mismo año.

I.5.- En el trámite de primera instancia, el Tribunal admitió la demanda mediante proveído de 24 de junio de 2013⁸ y celebró audiencia inicial el 7 de julio de 2015⁹, en la que fijó el litigio respecto de las resoluciones 1382 y 2625 de 2012, esta última con excepción del artículo 4º que fue revocado directamente por la CAR en la Resolución 311 de 2013; excluyó del litigio la Resolución 311 de 2013, debido a que no hizo parte del agotamiento de la actuación administrativa; y decretó pruebas que fueron practicadas en la audiencia llevada a cabo el 28 de julio y continuada los días 25 de agosto y 14 de septiembre de 2015¹⁰.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, en sentencia de 4 de febrero de 2016, resolvió:

⁸ Folio 403, cuaderno nro. 1.

⁹ Folio 781, cuaderno nro. 2.

¹⁰ Folio 811, 869 y 886 del cuaderno nro. 2.

[...] PRIMERO: DECLÁRASE no probada la objeción por error grave al dictamen pericial presentado por el apoderado de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

SEGUNDO: DECLÁRASE como no probadas las excepciones de fondo propuestas por el apoderado del Condominio Campestre El Peñón, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- DECLÁRASE la nulidad de los artículos 1º, 2º y párrafo y 3º de la Resolución 1382 de 1º de junio de 2012 “por la cual se decide una solicitud de concesión de aguas superficiales y un permiso de vertimiento, una oposición al otorgamiento de la concesión y se toman otras determinaciones”.

CUARTO: DECLÁRASE la nulidad del artículo 1º de la Resolución 2625 de 28 de noviembre de 2012 “por la cual se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1382 de 1º de junio de 2012.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho y en virtud de los principios de prevención y precaución, se adoptan las siguientes decisiones:

1º DISPÓNGASE que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR garantice la ejecución material de las medidas administrativas y ambientales adoptadas mediante la Resolución 991 de 24 de junio de 2013, para la protección del ecosistema del humedal comprendido en el Lago Grande El Peñón Inn, ubicado en el Conjunto Campestre El Peñón, Vereda Portachuelo del Municipio de Girardot – Cundinamarca.

2º ORDÉNASE a la CAR que reanude el trámite de solicitud de licencia de concesión de aguas reclamada por el demandante, el cual deberá culminar con acto administrativo sustentado en los principios de prevención y precaución a que se refiere la Resolución 991 del 24 de junio de 2013, en el plazo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente providencia.

SEXTO.- DENIÉNGASE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA por los motivos expuestos en esta providencia. [...]

En primer lugar, el Tribunal reiteró lo dispuesto en la audiencia inicial referente a la fijación del litigio y precisó que el control de legalidad procedería respecto de las resoluciones 1382¹¹ y 2625 de 2012.

¹¹ Excepto el artículo 4º, el cual fue revocado mediante la Resolución 311 de 2013, proferida por la CAR.

A continuación, indicó que el análisis no se centraría en la titularidad de derechos reales sobre el suelo del Lago Grande El Peñón Inn, por no ser objeto de discusión en el presente medio de control y, además, porque ello fue controvertido en el proceso ordinario de pertenencia adelantado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot¹², el cual, mediante providencia de 4 de julio de 2013, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de los presupuestos de la prescripción adquisitiva o usucapión, decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia, en sentencia de 26 de marzo de 2014.

En la definición del problema jurídico, señaló que se orientaba a la determinación de la configuración de vicios de nulidad de los actos administrativos acusados, por violación del derecho al debido proceso e infracción a las normas en que debían fundarse, desde el ámbito de protección del derecho al medio ambiente.

Frente a los cargos de la demanda, el *a quo* declaró próspero el cargo de nulidad que denominó “*violación al debido proceso*” endilgado a los artículos 1º, 2º y párrafo y 3º de la Resolución 1382 de 2012, para lo cual argumentó:

- Que la **CAR**, con fundamento en que el **Condominio** no acreditó la calidad de propietario o poseedor en la actuación administrativa, procedió a aceptar la oposición presentada por CAMELOT MILENIO RC. S EN C. y denegar la concesión de aguas superficiales captadas del Río Bogotá. Sin embargo, tal argumento no era suficiente para la decisión adoptada, si se tiene en cuenta que del contenido del literal b) del artículo 55 del Decreto 1541 de 1978 no se desprende que sean los propietarios, poseedores o tenedores con autorización de

¹² Expediente nro. 2009-00397, Actor: CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑON, demandado: CAMELOT MILENIO RCS en C.

los dos primeros quienes pueden adelantar el trámite de solicitud de concesión de aguas.

- Que, la **CAR** no debió limitarse a analizar los requisitos de la solicitud de concesión, pues era necesario considerar la importancia de la protección de un Lago que comprende un ecosistema que afecta el medio ambiente y que a su vez implica el amparo de un derecho colectivo de representación difusa. Que, en tal sentido, cualquier persona que pretenda la protección de un derecho de carácter difuso, como el del medio ambiente, puede acreditar un mejor derecho que el del propietario o poseedor del predio, lo que puede generar mayores garantías frente a la preservación del mismo.

En igual sentido, el Tribunal encontró probado el cargo de infracción de las normas en que debían fundarse las resoluciones demandadas, en sustento de lo cual precisó:

- Que al **Condominio** le asiste un interés en la conservación del Lago Mayor, por haber ejercido desde el año 2000 como administrador -no como poseedor o tenedor, aclara-, en virtud de lo cual adelantó tareas de mantenimiento y construyó una planta de tratamiento.

Que, según el Informe Técnico de 15 de enero de 2013 y la Resolución 991 de 2013 de la **CAR**, el Lago comprende un ecosistema de humedal y cumple funciones de refugio, anidación, paso percha y sobrevivencia de aves, así como de sobrevivencia de muchas especies silvestres, además de servir para la oxigenación del sector, la regulación de la temperatura y el control de insectos que pueden convertirse en plagas, siendo por ello necesaria su protección.

- Que la decisión de denegar la concesión de aguas generó una emergencia ambiental, como se desprende de la visita realizada por la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente de la Contraloría General de la República, en la que se advirtió que “[...] el Lago Grande El Peñón en gran parte de su extensión se encuentra cubierto por una espesa capa verde que ha ocasionado la muerte de gran cantidad de peces, malos olores y la presencia de insectos, ello derivado de la falta de recambio de agua [...]”, generándose una serie de consecuencias ambientales y sanitarias que afectaron no solo el medio ambiente sino también a los habitantes del **Condominio**, debido a las obras de desmantelamiento de los equipos de captación y bombeo sobre el Lago Mayor.

- Que el Lago Mayor o Lago Grande El Peñón Inn representa un ecosistema de humedal que debe ser protegido, con independencia de la titularidad que ostente la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. sobre la propiedad del suelo y no del cuerpo de agua que es de protección difusa y, en ese orden, ha sido el **Condominio** el que ha adelantado las gestiones tendientes a su conservación y preservación.

Con relación a las pretensiones de restablecimiento del derecho, arguyó que no se probaron los perjuicios derivados de la ejecución de los actos acusados, por lo que no había lugar a su reconocimiento. Sin embargo, precisó que, en aras de proteger el derecho al medio ambiente, lo procedente es ordenar a la **CAR** que garantice la ejecución material de las medidas administrativas y ambientales contenidas en la Resolución 991 de 2013 y reanude el trámite de solicitud de licencia de concesión de aguas a favor del **Condominio**, el cual debe culminar con un acto administrativo sustentado en los principios de prevención y precaución.

III.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

III.1. El mandatario judicial de la **CAR** (folio 1113) recurrió la decisión porque, en su criterio, el Tribunal debió declarar que prosperaba la objeción por error grave del dictamen pericial que fue oportunamente formulada y sustentada por esa entidad.

Se refirió a los argumentos que respaldaron la objeción y reiteró que el perito, sin ser contador público, elaboró una tasación de perjuicios con bases de contabilidad; tasó unos perjuicios no derivados de la expedición de los actos acusados, sino a partir de la supuesta afectación del *good will* del **Condominio**, la que cuantificó en \$1.000.000.000.00, pese a que se trata de una entidad sin ánimo de lucro; señaló como daño emergente los gastos ordinarios que recayeron sobre un lago denominado *Mal Nombre* y los costos en que incurrió el **Condominio** por unas obras de adoquinado de andenes y mantenimiento de las canchas de golf, estimando la suma correspondiente en \$153.331.894.00 Que, sin embargo, tales costos provienen de las gestiones necesarias que adelanta la copropiedad para su mantenimiento, pues en los documentos que anexó el perito se observaron obras efectuadas en los lagos internos del **Condominio**, cortes de césped y otras, las cuales no pueden ser consideradas como daños, costos, o perjuicios en los que haya incurrido el demandante con ocasión de la expedición de los actos acusados.

Enfatizó que, no es cierto, como lo infirió el *a quo*, que la petición de concesión estuviera fundamentada en el mantenimiento y preservación del Lago, pues su fin fue el riego de las canchas de golf y los jardines y la práctica de deportes náuticos. Mencionó que, el Tribunal interpretó erróneamente el Decreto 1541 de 1978, pues si bien es cierto los artículos 36 y 54 señalan quiénes pueden presentar solicitudes de concesión, no lo es menos que el artículo 55 exige unos requisitos específicos

en los casos en que se eleva la solicitud en calidad de mero tenedor, para lo cual debe adjuntarse autorización del propietario o poseedor, tal y como lo prevé el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en los formularios nacionales.

Sostuvo que, los argumentos que sirvieron de sustento a la declaratoria de nulidad de los actos acusados son propios de una acción popular y no del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que la sentencia se basó en la Resolución 991 de 2013, la cual se profiere como una medida de prevención para el mantenimiento del Lago Grande y sin posibilidad de que el agua sea utilizada para actividades diferentes.

Precisó que, los actos acusados se ciñeron estrictamente a lo preceptuado por el legislador y su presunción de legalidad no puede ser desvirtuada porque con posterioridad, en cumplimiento de las funciones de autoridad ambiental, la **CAR** haya proferido la Resolución 991 de 2013 para *“[...] adoptar una serie de medidas para la protección del Lago Mayor cuya titularidad o dominio fue resuelto por la Jurisdicción Ordinaria Civil en favor de la sociedad CAMELOT MILENIO... medidas ambientales que consideró convenientes para el medio ambiente y los recursos naturales las cuales hoy el H. Tribunal pretende adoptar en el fallo como de restablecimiento del derecho a favor del demandante [...]”*.

Finalmente, pidió que se revocara lo ordenado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el que se reemplazó lo solicitado por el demandante a título de restablecimiento del derecho por unas medidas ambientales que ya constaban en un acto administrativo en firme y que fueron adoptadas por la **CAR** para garantizar lo que precisamente el *a quo* ordenó como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

III.2. El apoderado de la parte actora (folio 1041) impugnó la sentencia con el fin de que se revoque parcialmente en cuanto al reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados con la expedición de los actos acusados.

Expuso que, contrario a lo argumentado por el Tribunal, el **Condominio**, como persona jurídica del régimen de propiedad horizontal, tiene derecho a que se garantice su *good will* y, por tanto, debió reconocerse el pago de los perjuicios que fueron determinados en el dictamen pericial practicado en primera instancia, teniendo en cuenta que la conservación y el mantenimiento del Lago Mayor debe ser sufragado por los propietarios, a través de su explotación económica.

Enunció que, el aludido dictamen demuestra con claridad los perjuicios ocasionados al **Condominio**, por lo que no se explica la conclusión del *a quo* según la cual no existe certeza de la existencia de los mismos.

Añadió que, la sentencia debió condenar en costas a las entidades demandadas, según la línea jurisprudencial definida por el Consejo de Estado frente a la aplicación del artículo 188 del CPACA, en la cual ha señalado que si bien la norma no ordena que se declare automáticamente la condena en costas a la parte vencida, sí advierte que el Juez “dispondrá” sobre este asunto, es decir, que si se prueban los gastos en que se incurrió para obtener la declaración judicial de un derecho, la sentencia debe disponer que sean sufragados por la parte vencida. Que, para la imposición de la condena, el Tribunal debió observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre causación de gastos y costas y, en esa medida, debió advertir que la entidad demandada y la tercera interesada fundamentaron su defensa, la primera con disposiciones legales y la segunda, con la titularidad del derecho de dominio, sin reconocer que “[...] el Lago Mayor representa un ecosistema de

*humedal que debe ser protegido, indistintamente de la titularidad que pudiera ostentar la sociedad CAMELOT, sobre la propiedad del suelo y no del cuerpo del agua, que es de protección difusa [...] pues quien realmente venía adelantando las gestiones tendientes a su conservación y preservación era el CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN y como consecuencia de los actos administrativos demandados se generaron una serie de consecuencias ambientales y sanitarias que afectaron no solo el medio ambiente sino a los habitantes del Condominio [...]*¹³.

Agregó que, si bien la posición de la entidad demandada “[...] estuvo soportada en normas legales [...]”, lo cierto es que en la defensa presentada no obró conforme a su deber de protección de los derechos colectivos, incurriendo así en “[...] una presunta temeridad y mala fe y, también, el tercero interesado, actuó contrario a su deber procesal [...] acudiendo a la interposición de recursos o solicitudes con interés meramente dilatorio con el único argumento de ser el supuesto propietario del inmueble [...]”¹⁴.

III.3. La sociedad **CAMELOT MILENIO RC. S EN C.** (folio 1098), por conducto de apoderado judicial, solicitó que se revoque la sentencia apelada por incurrir en graves defectos sustantivos y por falta de congruencia.

Explicó que, el Tribunal interpretó equivocadamente el contenido del artículo 54 del Decreto 1541 de 1978, al concluir que cualquier persona puede solicitar la concesión de aguas, por tratarse de un trámite que involucra un “[...] derecho de carácter difuso [...]”, de manera que si el solicitante demuestra interés en defender tal derecho, se encuentra en una posición privilegiada sobre el propietario o poseedor del predio.

¹³ Folio 1096.

¹⁴ Folio 1097.

Que tal interpretación es una falacia jurídica que desconoce normas superiores, además del derecho de propiedad que goza de protección constitucional y confunde la noción de derecho colectivo de carácter difuso, al pretender extenderlo a predios privados de acceso limitado a particulares y no a toda la comunidad y cuyo destino principal es la explotación económica en beneficio de intereses particulares.

Que el fallador concluyó que se trataba de una concesión que garantizaba la protección de derechos colectivos difusos, aun cuando ello nunca fue alegado por el demandante, quien, por el contrario, tramitó su solicitud con la única finalidad de obtener un beneficio particular para su propiedad.

Que el Tribunal no tuvo en cuenta el requisito de legitimación exigido por el Decreto 1541 de 1978 para el trámite de concesión de aguas, disposición que expresamente señala que la solicitud debe estar acompañada de “[...] *Autorización del propietario o poseedor cuando el solicitante sea mero tenedor [...]*”. Contrario a ello, avaló, sin fundamento legal alguno, que cualquier persona que argumente que actúa en defensa de un derecho colectivo difuso puede ser beneficiaria de una concesión, sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley.

Sostuvo que el fallo desestimó la realidad procesal, en lo concerniente a la protección del ambiente, pues la entidad demandada, mediante las resoluciones 2625 de 2012 y 991 de 2013, adoptó las medidas necesarias para evitar alteraciones en cuanto al uso de las aguas artificiales.

Frente a la violación del principio de congruencia, precisó que el mismo no tiene regulación expresa en el CPACA, por lo que se debe remitir al artículo 281 del Código General del Proceso -CGP- según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades dispuestas por dicho Estatuto y con las excepciones que aparezcan probadas y hayan sido alegadas, si así lo exige la ley.

Que, en armonía con la anterior disposición, el artículo 180 del CPACA establece que en la audiencia inicial se debe proceder a la fijación del litigio, con miras a que las partes conozcan con claridad el límite sobre el cual versará el debate.

Que, el Tribunal falló *extra y ultra petita* al imponer a la entidad demandada cargas que no fueron objeto de debate, lo que le está vedado al Juez de lo Contencioso Administrativo, pues ello contraría abiertamente los principios de seguridad jurídica y dispositivo, este último consistente en que son las partes las que deben determinar los puntos a resolver en el proceso.

Que, el Juez solo tiene facultades *extra y ultra petita*, cuando así lo establezca la norma, por ejemplo, en materia laboral, pero no en los asuntos de que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Que, en la sentencia se ordenan medidas a título de restablecimiento del derecho que no fueron solicitadas en la demanda, además de que tampoco tuvieron soporte probatorio, como lo exige el artículo 164 del CGP. Que, en tal sentido, el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal impuso a la **CAR** la obligación de garantizar “[...] *la ejecución material de las medidas administrativas y ambientales adoptadas mediante la Resolución 991 de 24 de junio de 2013, para la protección del ecosistema del humedal comprendido en el*

Lago Grande El Peñón Inn [...]”, pero de la lectura de las pretensiones de la demanda no se observa que el actor haya solicitado que se declare el predio como un ecosistema de humedal.

Que, incurriendo en la misma incongruencia, el Tribunal le ordena a la demandada la reanudación del *“[...] trámite de solicitud de licencia de concesión de aguas reclamada por el demandante, el cual deberá culminar con acto administrativo sustentado en los principios de prevención y precaución a que se refiere la Resolución 991 del 24 de junio de 2013 [...]*”, pero ni en la demanda ni en la fijación del litigio se había definido que lo pretendido por el **Condominio** fuera reabrir ese debate de la concesión de aguas.

Que, asimismo, el *a quo* no podía, amparado en el artículo 187, inciso 3º, del CPACA, adoptar *“[...] medidas para la protección del sistema de agua, con fundamento en los principios de prevención y precaución [...]*”, como se visualiza en el texto de la sentencia, pues no ha sido objeto de discusión la protección del ecosistema, así como tampoco la declaratoria de la categoría de humedal artificial del predio. Que, por tanto, no era posible que el Tribunal, sin contar con las pruebas idóneas, efectuara tal declaratoria y aún más impusiera cargas a la autoridad ambiental.

IV.- TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Llegada la oportunidad procesal de decidir el recurso de apelación, la Sala advirtió la necesidad de dilucidar puntos dudosos de la controversia, por lo que, a través del proveído de 24 de octubre de 2017, ordenó oficiar a la **CAR**, para que remitiera un informe sobre los siguientes asuntos:

1. Medidas adoptadas por la **CAR** en cumplimiento de lo ordenado en la **Resolución 991 de 24 de junio de 2013**, específicamente, los estudios a los que se refiere el párrafo 1º del artículo 1º de dicho acto.
2. Actas de visitas de seguimiento y control practicadas en cumplimiento de la **Resolución 991 de 24 de junio de 2013**, al «Lago Grande el Peñón Inn».
3. Medidas adoptadas por el **CONDominio CAMPESTRE EL PEÑÓN** en cumplimiento de lo ordenado en la **Resolución 991 de 24 de junio de 2013**.
4. Situación actual del cuerpo de agua denominado «Lago Grande el Peñón Inn».

La respuesta obra a folios 79 y siguientes del cuaderno del recurso.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El a quo estimó que las resoluciones acusadas se encontraban viciadas de nulidad, dado que (i) derivaron una consecuencia errada del supuesto normativo contenido en el artículo 55, literal b) del Decreto 1541 de 1978, esto es, que la solicitud de concesión de aguas superficiales solo puede adelantarse por el propietario, poseedor o tenedor con autorización de los dos primeros y (ii) vulneraron el derecho colectivo al medio ambiente, dado que en la actuación administrativa se demostró que el Condominio tiene un interés directo en la concesión de aguas superficiales sobre el Lago Mayor o Lago Grande El Peñón Inn y, por tanto, se encuentra en la mejor posición para preservar el ecosistema allí contenido, con independencia de la titularidad que tenga sobre el mismo la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C.

Para resolver, la Sala (i) efectuará un recuento de los hechos probados, (ii) examinará las normas aplicables al caso concreto de cara al contenido de las resoluciones demandadas y (iii) resolverá los recursos de las partes.

Lo probado en el proceso

- La actuación administrativa que dio lugar a la demanda se inició con la solicitud elevada por el **Condominio** el 21 de junio de 2000 ante la **CAR**, con el fin de captar agua del Río Bogotá en caudal de 60 lps. para el mantenimiento de los niveles de los lagos que se ubican dentro del **Condominio**¹⁵.

- Mediante Auto DRG 974 de 29 de junio de 2000, la entidad requirió al **Condominio** para que allegara el certificado de libertad y tradición del predio, por cuanto la solicitud se había elevado en calidad de propietario¹⁶.

- A través de la Resolución 375 de 19 de julio de 2000, la **CAR** otorgó permiso provisional para que el **Condominio** efectuara el bombeo de aguas provenientes del Río Bogotá a los lagos del **Condominio** y solo hasta alcanzar su nivel máximo, mientras se culminaba el trámite de concesión¹⁷.

- Con fundamento en el Informe Técnico de Visita nro. 009 de 17 de enero de 2000, la **CAR** expidió la Resolución DRG-571 de 15 de septiembre de 2000, mediante la cual amplió los usos del recurso hídrico otorgados por la Resolución 375 de 2000¹⁸.

- En Resolución 681 de 14 de noviembre de 2000, la **CAR**, basada en el Informe Técnico nro. 529 de 7 de noviembre de 2000¹⁹, impuso medida preventiva al **Condominio** consistente en la suspensión de la obra de construcción del sistema de tratamiento de aguas para riego sobre la margen derecha del Río Bogotá. El

¹⁵ Folio 2, cuaderno 1 de los antecedentes administrativos.

¹⁶ Folio 93, idem.

¹⁷ Folio 119, idem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Folio 148 idem.

mencionado Informe resaltó que la sociedad Acueducto El Peñón se estaba abasteciendo con aguas del Río Bogotá, las cuales eran conducidas al Lago Mayor, del cual era usuario el **Condominio**.

- A folio 175 se observa el Informe Técnico nro. 695 de 28 de noviembre de 2000, en el cual consta que mediante Resolución 2729 de 27 de septiembre de 1994 la **CAR** otorgó concesión de aguas a la sociedad Acueducto El Peñón en un caudal de 30.24 lps., proveniente del Río Bogotá para usos domésticos, riego, abrevadero y recreación por un término de 10 años, pero que no se estaban cumpliendo los usos autorizados.

- La **CAR** practicó visitas técnicas de seguimiento los días 8 de marzo, 10 de abril y 3 de septiembre de 2001²⁰.

- La **CAR** expidió la Resolución DRTAM 080 de 23 de marzo de 2001, mediante la cual impuso medida preventiva al **Condominio**, para la suspensión inmediata de la captación ilegal de aguas provenientes del Río Bogotá y retiro de la tubería ubicada paralelamente a la planta de tratamiento²¹.

- En Concepto Técnico nro. 753 de 14 de diciembre de 2006, se recomendó otorgar concesión de aguas superficiales *"[...] en un caudal de 41 lps, para ser derivados de la fuente de uso público denominada Río Bogotá, cuyo sitio de captación se encuentra georreferenciado en las coordenadas planas X=0968470 y Y= 0923348 y a una altura sobre el nivel del mar de 301 metros; el uso de la concesión será exclusivamente solamente para el riego de los campos de golf, áreas verdes, recreacional y sostenimiento de los lagos [...]"*²².

²⁰ Folio 360, cuaderno 3 de los antecedentes administrativos.

²¹ Folio 364 idem.

²² Folio 516 idem.

- El 29 de mayo de 2009, el **Condominio** solicitó a la **CAR** que se le otorgara permiso para realizar la relimpia del Lago Mayor, en razón a que “[...] el Condominio Campestre el Peñón cuenta con un lago mayor y otros menores, los cuales son abastecidos por las aguas del Río Bogotá. Dichas aguas poseen sedimentos los cuales por años han ido colmatando el lago hasta el punto que existen zonas que poseen una profundidad de 60 centímetros, lo que impide y dificulta el desarrollo de actividades náuticas y deportivas [...]”.

- En escrito de 17 de junio de 2009 y con ocasión de la solicitud de relimpia elevada por el **Condominio**, el representante legal de la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. puso de presente a la **CAR** que adquirió mediante escritura pública nro. 1688 de 4 de octubre de 1999 de la Notaría 5ª de Cartagena, el predio denominado Lago Grande El Peñón a la sociedad Acueducto El Peñón. En consecuencia, solicitó a la Corporación abstenerse de tramitar cualquier solicitud relacionada con dicho predio²³, lo que reiteró en escrito de 7 de octubre de 2010²⁴.

- En respuesta, la **CAR** le informó que la solicitud de relimpia fue denegada mediante escrito de 19 de junio de 2009, dados los hechos probados frente a la titularidad del bien²⁵.

- A través del Informe Técnico nro. 690 de 22 de diciembre de 2011, se recomendó:

“[...] Negar la concesión de aguas al CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN para el llenado y sostenimiento del predio denominado Lago Mayor (43 Has), ubicado dentro del Condominio, por no ser los

²³ Folio 529, cuaderno 4 de los antecedentes administrativos.

²⁴ Folio 634 idem.

²⁵ Folio 535 idem.

propietarios de dicho predio, conforme a las razones expuestas.

Otorgar al CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN... concesión de aguas de la fuente superficial de uso público denominada Río Bogotá, en un caudal de 41.32 lps., con destino a satisfacer las necesidades de uso riego y uso para mantenimiento de niveles de los 12 lagos del predio CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN, excluyendo el Lago Mayor, ubicado en la Vereda Portachuelo del Municipio de Girardot – Cundinamarca, de acuerdo con las especificaciones contenidas en la siguiente tabla [...]”²⁶

- Durante los meses de noviembre y diciembre de 2011, la **CAR** practicó análisis físico químicos y bacteriológicos a los afluentes y efluentes de diversas plantas de tratamiento, dentro de las cuales se encuentra la del Condominio Campestre El Peñón.
- En Auto OPAM nro. 065 de 7 de febrero de 2012, se decidió una solicitud de declaratoria de impedimento presentada por el **Condominio**²⁷.
- La solicitud de concesión de aguas fue resuelta el 1º de junio de 2012, a través de la **Resolución No. 1382 de 2012**, confirmada por la **Resolución 2625 de 2012**.
- El representante legal del **Condominio** interpuso recurso de reposición contra el artículo 4º de la Resolución 2625 de 2012, decidido mediante Resolución 0311 de 4 de marzo de 2013.
- A folio 1141²⁸ reposa la Resolución 991 de 24 de junio de 2013, *“Por la cual se adoptan medidas ambientales para la protección y conservación de un ecosistema y se toman otras determinaciones”*.

²⁶ Folio 761 idem.

²⁷ Folio 851 idem.

²⁸ Ibidem.

- Consta en el expediente administrativo que la **CAR** adelantó la consolidación del Sistema de Humedales de su jurisdicción, para lo cual realizó visitas técnicas al **Condominio** los días 27 de diciembre de 2011 y 15 de enero de 2013²⁹.

- Con la contestación de la demanda la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., allegó copia de las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 4 de junio de 2013 y 26 de marzo de 2014, respectivamente, en las que se denegaron las pretensiones elevadas por el **Condominio** en el proceso ordinario de declaración de pertenencia promovido contra CAMELOT MILENIO RC. S EN C.

- A folio 819 del cuaderno nro. 2 se visualiza el dictamen pericial decretado en la audiencia inicial y practicado por el perito Auxiliar de la Justicia Juan Felipe Gómez Olaya.

- Mediante el proveído de 24 de octubre de 2017, la Magistrada ponente ordenó oficiar a la **CAR**, para que remitiera un informe con el fin de dilucidar asuntos de la controversia. En respuesta, la **CAR** señaló que: 1) Para el estudio de los componentes topográficos, batimétricos, bióticos y sociales, se encuentra adelantando el «[...] concurso número 18 de 2017, cuyo objeto es: *“Realizar la caracterización biofísica y descripción del componente social de los humedales identificados y priorizados en la Jurisdicción de la CAR, incluyendo su delimitación y determinación de la cota máxima de inundación y su correspondiente área de protección”, dentro del cual se encuentra incluido el Lago Mayor del Condominio El Peñón, con el fin de realizar un monitoreo final de las condiciones del Lago y en conjunto con el estudio remitido, generar las medidas de manejo pertinentes [...]*». 2) Con relación a las actas de visita de seguimiento y

²⁹ Informes Técnicos nros. 182 y 004.

control, informó que elaboró los informes técnicos 402, 475, 575, 576 de 2013; 055 y 056 de 2014; y 845 de 2017, de los cuales adjuntó copia. 3) Sobre las medidas adoptadas por el **Condominio** en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución nro. 991 de 24 de junio de 2013, indicó que de conformidad con el Informe Técnico 845 de 27 de octubre de 2017, « [...] *el Condominio está haciendo un uso integral de la concesión temporal de los 13 lps, para ser captada de la fuente hídrica Río Bogotá (...). De la misma manera, para mantener los niveles del denominado Lago Grande El Peñón como hábitat de especies de flora y fauna, está utilizando la infraestructura de captación, conducción y tratamiento (...) en condiciones adecuadas de operación [...]*». 4) Respecto de la situación actual del Lago Grande el Peñón, aseguró que las condiciones actuales son buenas, según lo consignado en el Informe Técnico 845 de 27 de octubre de 2017.

Del contenido de los actos acusados:

(i) Resolución 1382 de 2012

Para los efectos del estudio de los recursos de apelación, conviene destacar que en la Resolución 1382 de 2012 acusada, la **CAR** puso de presente que existe un conflicto entre la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. y el Condominio, relacionado con la titularidad del predio objeto de controversia, pero que en todo caso no es de competencia de la autoridad ambiental dirimirlo, por lo que se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos legales para la concesión de aguas superficiales.

Con fundamento en ello, encontró que el **Condominio**, en calidad de propietario, elevó solicitud de concesión de aguas del Río Bogotá para satisfacer necesidades de uso pecuario y riego de trece lagos localizados al interior de la copropiedad. Posteriormente, la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. se

opuso a la solicitud alegando sus derechos de propietaria del predio, conforme al folio de matrícula inmobiliaria nro. 307-017510. Que dando aplicación al artículo 55, literal b), del Decreto 1541 de 1978, el interesado en presentar solicitud de concesión de aguas debe aportar la autorización del propietario o poseedor, cuando se trata del mero tenedor, lo cual no fue acatado por el **Condominio**, pues, de una parte en el formulario de solicitud no alegó ser tenedor y, de otra, la sociedad propietaria manifestó expresamente que no había otorgado autorización al **Condominio** para la petición de concesión. Que tampoco el peticionario cumplió con lo dispuesto en el literal c) ibídem, pues aunque durante el trámite administrativo cambió su calidad a la de “poseedor” del predio, no aportó “prueba adecuada de la posesión”. Que si el **Condominio** “no acredita la condición de propietario o poseedor del Lago Grande El Peñón, como en efecto ha ocurrido, consecuentemente lo que procede es que la Corporación no otorgue a su favor la concesión de aguas superficiales para derivar del Río Bogotá, para el mantenimiento del nivel de agua del lago artificial denominado LAGO GRANDE EL PEÑÓN INN, decisión que es resultado de declararse fundada o sustentada la oposición presentada por la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., toda vez que del certificado de tradición nro. 30-17510 se desprende que es la sociedad propietaria del lago en mención.”

(ii) Resolución 2625 de 2012

Al desatar el recurso de reposición presentado por el **Condominio**, la **CAR** señaló que la oposición de la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C al trámite de concesión se ajustó a lo previsto en el artículo 60 del Decreto 1541 de 1978, aun cuando tal precepto no hubiese sido invocado en los diferentes escritos elevados por dicha sociedad ante la Corporación. Que a pesar de que en la actuación administrativa se emitieron distintos informes técnicos que recomendaban concepto favorable para la concesión de aguas, esa entidad debía verificar no solo

la viabilidad técnica sino también jurídica de la petición. Que, por ello, debía ajustarse a los requisitos señalados en el artículo 55 idem, en cuanto a la exigencia del certificado de la Oficina de Instrumentos Públicos. Agregó que, según el concepto técnico de la Subdirección de Recursos Naturales, el Lago Mayor no constituye un ecosistema natural, sino un lago artificial y no cumple con los requisitos para ser declarado zona de protección bajo las categorías establecidas por la legislación ambiental.

De los argumentos del recurso de la entidad demandada

1. La **CAR** expone que el Tribunal interpretó erróneamente el Decreto 1541 de 1978, pues si bien es cierto los artículos 36 y 54 señalan quiénes pueden presentar solicitudes de concesión, no lo es menos que el artículo 55 exige unos requisitos específicos en los casos en que se eleva la solicitud en calidad de mero tenedor, para lo cual debe adjuntarse autorización del propietario o poseedor.

Al respecto, es preciso remitirse a la normativa sobre concesión de aguas, que encuentra regulación en el Decreto 2811 de 1974 -Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente-, en los siguientes términos:

“Artículo 88. *Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión.”*

“Artículo 92. *Para poder otorgarla, toda concesión de aguas estará sujeta a condiciones especiales previamente determinadas para defender las aguas, lograr su conveniente utilización, la de los predios aledaños y, en general, el cumplimiento de los fines de utilidad pública e interés social inherentes a la utilización.*

No obstante lo anterior, por razones especiales de conveniencia pública, como la necesidad de un cambio en el orden de prelación de cada uso, o el acaecimiento de hechos que alteren las condiciones ambientales, podrán modificarse por el concedente las condiciones de la concesión, mediante resolución administrativa motivada y sujeta a los recursos contencioso administrativos previstos por la ley.”

“Artículo 96. El dueño o el poseedor de predio o industria podrá solicitar concesión de aguas. También podrá hacerlo el tenedor, a nombre del propietario o del poseedor.”

Por su parte, el Decreto 1541 de 1978, señala al respecto:

“Artículo 36. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines.

- a. Abastecimiento doméstico en los casos que requiera derivación;
- b. Riego y silvicultura;
- c. Abastecimiento de abrevaderos cuando se requiera derivación;
- d. Uso industrial;
- e. Generación térmica o nuclear de electricidad;
- f. Explotación minera y tratamiento de minerales;
- g. Explotación petrolera;
- h. Inyección para generación geotérmica;
- i. Generación hidroeléctrica;
- j. Generación cinética directa;
- k. Flotación de maderas;
 - l. Transporte de minerales y sustancias tóxicas;
- m. Acuicultura y pesca;
- n. Recreación y deportes;
- o. Usos medicinales, y
- p. Otros usos minerales.”

“Artículo 41. Para otorgar concesiones de agua, se tendrá en cuenta el siguiente orden de prioridad:

- a. Utilización para el consumo humano, colectivo o comunitario, sea urbano o rural;
- b. Utilización para necesidades domésticas individuales;
- c. Usos agropecuarios comunitarios, comprendidas la acuicultura y la pesca;

- d. Usos agropecuarios individuales, comprendidas la acuicultura y la pesca;
- e. Generación de energía hidroeléctrica;
- f. Usos industriales o manufactureros;
- g. Usos mineros;
- h. Usos recreativos comunitarios, e
- i. Usos recreativos individuales.”

Frente al procedimiento para la concesión de aguas, los artículos 54 y siguientes (Sección III) del Decreto 1541 de 1978 establecen:

“Artículo 54. *Las personas naturales o jurídicas y las entidades gubernamentales que deseen aprovechar aguas para usos diferentes de aquellos que se ejercen por ministerio de la ley requieren concesión, para lo cual deberán dirigir una solicitud al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente - INDERENA-, en la cual expresen:*

- a. *Nombres y apellidos del solicitante, documentos de identidad, domicilio, nacionalidad. Si se trata de una persona jurídica, pública o privada, se indicará su razón social, domicilio, los documentos relativos a su constitución, nombre y dirección de su representante legal;*
- b. *Nombre de la fuente de donde se pretende hacer la derivación, o donde se desea usar el agua;*
- c. *Nombre del predio o predios, municipios o comunidades que se van a beneficiar, y su jurisdicción;*
- d. *Si los usos son de aquellos relacionados en los puntos d) a p) del artículo 36 de este Decreto, se requerirá la Declaración de Efecto Ambiental. Igualmente se requerirá la declaración cuando el uso contemplado en los puntos b) y c) del mismo artículo se destine a explotaciones agrícolas o pecuarias de carácter industrial;*
- e. *Información sobre la destinación que se le dará al agua;*
- f. *Cantidad de agua que se desea utilizar en litros por segundo;*
- g. *Información sobre los sistemas que se adoptarán para la captación, derivación, conducción, restitución de sobrantes, distribución y drenaje, y sobre las inversiones, cuantía de las mismas y término en el cual se van a realizar;*

h. Informar si se requiere establecimiento de servidumbre, para el aprovechamiento del agua o para la construcción de las obras proyectadas;

i. Término por el cual se solicita la concesión;

j. Extensión y clase de cultivos que se van a regar;

k. Los datos previstos en el Capítulo IV de este Título, para concesiones con características especiales;

l. Los demás datos que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, y el peticionario consideren necesarios.”

“**Artículo 55.** Con la solicitud se debe allegar.

a. Los documentos que acrediten la personería del solicitante;

b. **Autorización del propietario o poseedor cuando el solicitante sea mero tenedor**, y

c. Certificado actualizado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad del inmueble, **o la prueba adecuada de la posesión o tenencia**.” (Resaltado fuera del texto original).

“**Artículo 56.** Presentada personalmente la solicitud, se ordenará la práctica de una visita ocular a costa del interesado. Esta diligencia se practicará con la intervención de funcionarios idóneos en las disciplinas relacionadas con el objeto de la visita.”

“**Artículo 57.** Por lo menos con diez (10) días de anticipación a la práctica de la visita ocular el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, hará fijar en lugar público de sus oficinas y de la Alcaldía o de la Inspección de la localidad, un aviso en el cual se indique el lugar, la fecha y el objeto de la visita, para que las personas que se crean con derecho a intervenir puedan hacerlo.”

[...] **Artículo 58.** En la diligencia de visita ocular se verificará por lo menos lo siguiente.

[...]

d. **Si las obras proyectadas van a ocupar terrenos que no sean del mismo dueño del predio que se beneficiará con las aguas, las razones técnicas para esta ocupación [...]**” (Resaltado fuera del texto original).

“**Artículo 60.** Toda persona que tenga derecho o interés legítimo, puede oponerse a que se otorgue la concesión.

La oposición se hará valer ante el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, antes de la visita ocular o durante esta diligencia, exponiendo las razones en las cuales

se fundamenta y acompañando los títulos y demás documentos que el opositor crea convenientes para sustentarla. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, por su parte, podrá exigir al opositor y al solicitante de la concesión los documentos, pruebas y estudios de orden técnico y legal que juzgue necesarios, fijando para allegarlos un término que no excederá de treinta (30) días.

La oposición se decidirá conjuntamente en la resolución que otorgue o niegue la concesión.” (Resaltado fuera del texto original).

“Artículo 61. Cumplidos los trámites establecidos en los artículos anteriores, dentro de los quince (15) días siguientes a la práctica de la visita ocular o del vencimiento del término para la prueba si lo hubiere fijado, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, decidirá mediante providencia motivada si es o no procedente otorgar la concesión solicitada.”

“Artículo 62. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, consignará en la resolución que otorga concesión de aguas por lo menos los siguientes puntos.

- a. Nombre de la persona natural o jurídica a quien se le otorga;
- b. Nombre y localización de los predios que se beneficiarán con la concesión, descripción y ubicación de los lugares de uso, derivación y retorno de las aguas;
- c. Nombre y ubicación de la fuente de la cual se van a derivar las agua;
- d. Cantidad de aguas que se otorga, uso que se va a dar a las aguas, modo y oportunidad en que se hará el uso;
- e. Término por el cual se otorga la concesión y condiciones para su prórroga;
- f. Obras que debe construir el concesionario, tanto para el aprovechamiento de las aguas y restitución de los sobrantes como para su tratamiento y defensa de los demás recursos, con indicación de los estudios, diseños y documentos que debe presentar y el plazo que tiene para ello;
- g. Obligaciones del concesionario relativas al uso de las aguas y a la preservación ambiental, para prevenir el deterioro del recurso hídrico y de los demás recursos relacionados, así como la información a que se refiere el artículo 23 del Decreto - Ley 2811 de 1974;
- h. Garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, incluidas las relativas a la conservación o restauración de la calidad de las aguas y sus lechos; su forma de constitución será establecida mediante acuerdo de la Junta Directiva del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-;

i. Cargas pecuniarias;

j. Régimen de transferencia al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, al término de la concesión, de las obras afectas al uso de las aguas, incluyendo aquellas que deba construir el concesionario y obligaciones y garantías sobre su mantenimiento y reversión oportuna;

k. Requerimientos que se harán al concesionario en caso de incumplimiento de las obligaciones, y

l. Causales para la imposición de sanciones y para la declaratoria de caducidad de la concesión.”

“Artículo 63. *El encabezamiento y la parte resolutive de la resolución que otorga una concesión de aguas serán publicados en el Diario Oficial o en la "Gaceta Departamental", a costa del interesado.*

Dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución, el concesionario deberá presentar al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, el recibo del pago de la publicación, y dentro de un término de diez (10) días, contados a partir de la publicación, deberá allegar tres ejemplares del periódico oficial para agregarlos al expediente.”

“Artículo 64. *Para que se pueda hacer uso de una concesión de aguas se requiere que las obras hidráulicas ordenadas en la resolución respectiva hayan sido construidas por el titular de la concesión y aprobadas por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, de acuerdo con lo previsto en el Título VIII de este Decreto.”*

La regla general para el uso de aguas de dominio público se encuentra establecida en el citado artículo 88 del Decreto 2811 de 1974, que señala que, salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión.

En armonía con lo anterior, el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978 señala que toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas, con los fines específicos allí definidos.

La ley 99, en el artículo 31, numeral 9°, señaló como competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales: “[...] Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva [...]”

Acerca del procedimiento de concesión de aguas, la Sala, mediante sentencia de 24 de febrero de 2004 (Expediente nro. 2000-00369-01, Consejera ponente: doctora Olga Inés Navarrete Barrero), precisó:

“[...] La concesión como figura jurídica para autorizar a los particulares el uso de algunos recursos naturales no significa que el Estado quede exonerado de sus responsabilidades ambientales, pues es su deber vigilar que el concesionario utilice el recurso natural de acuerdo con las normas constitucionales y legales. En este sentido el artículo 61 del Código de Recursos Naturales señala los elementos que deben contener las resoluciones que otorgan, una concesión como la duración, las obligaciones del concesionario para evitar el deterioro de los recursos o del ambiente, las sanciones en caso de incumplimiento y las causales de caducidad o de revocatoria de la concesión.

*Igualmente el artículo 92 de la misma normatividad establece que toda concesión de aguas debe estar sujeta a condiciones especiales previamente determinadas para conservar las aguas, lograr su conveniente utilización, la de los predios aledaños y, en general, el cumplimiento de los fines de utilidad pública e interés social inherentes a la utilización. De otro lado el artículo 133 especifica los deberes de los usuarios de esas concesiones de aguas, entre las cuales se puede destacar la obligación que tienen de permitir la vigilancia y control de las autoridades [...]”.*³⁰

En lo que concierne al punto de discusión sobre la calidad que debe acreditar el interesado para la solicitud de concesión, se observa que tanto el Decreto 1541 de

³⁰ Reiterada en sentencia de 15 de septiembre de 2011, Expediente nro. 2000-00932-01, Consejera ponente: María Elizabeth García González.

1978 (artículos 51 y 55) como el 2811 de 1974 (artículo 96), exigen que la efectúe el **propietario, poseedor o tenedor**³¹. Las normas en comento prescriben:

*“Artículo 51. En caso de que se produzca la tradición del predio beneficiado con una concesión, el nuevo **propietario, poseedor o tenedor**, deberá solicitar el traspaso de la concesión dentro de los sesenta (60) días siguientes, para lo cual presentará los documentos que lo acrediten como tal y los demás que se le exijan con el fin de ser considerado como nuevo titular de la concesión.”* (Resaltado fuera del texto original).

*“[...] Artículo 55. Con la solicitud se debe allegar...
b) Autorización del **propietario** o **poseedor** cuando el solicitante sea mero **tenedor** [...]”*. (Resaltado fuera del texto original).

*“Artículo 96. El dueño o el poseedor de predio o industria podrá solicitar concesión de aguas. También podrá hacerlo el **tenedor**, a nombre del **propietario** o del **poseedor**”*. (Resaltado fuera del texto original).

Lo anterior permite inferir que quien solicite la concesión de aguas **debe acreditar la titularidad del derecho** que lo autoriza para dicha gestión bien sea que se trate del propietario, poseedor o tenedor del predio. En cada caso la Autoridad Ambiental deberá verificar que, si se trata del propietario, debe allegar junto con la solicitud el certificado de tradición y libertad del inmueble; si se trata del poseedor, debe aportar la prueba que lo acredite como tal; y si la calidad que se alega es la de tenedor, tiene que demostrarse tal hecho, además de adjuntarse la autorización del propietario o poseedor, como expresamente lo señala el artículo 55, literal c) del Decreto 1541 de 1978.

Ahora bien, la tesis del *a quo* para declarar la nulidad de las resoluciones demandadas consistió en que:

*“[...] Contrario a lo argumentado en los actos administrativos demandados, del contenido del literal b) del artículo 55 del Decreto 1541 de 1978 **no se desprende que sean los propietarios,***

³¹ Al efectuar el análisis del citado artículo 96, la Sala arribó a la misma conclusión en la sentencia de 27 de enero de 2000, Expediente nro. 5210, Consejero ponente: doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

poseedores o tenedores con autorización de los dos primeros quienes pueden adelantar el trámite de solicitud de una concesión de aguas, ya que del contenido del párrafo inicial del artículo 54 de la misma norma se indica que dicha solicitud puede realizarse por “[...] **las personas naturales o jurídicas** y las entidades gubernamentales que deseen aprovechar aguas para usos diferentes de aquellos que se ejercen por ministerio de la ley.

*Lo cierto es que en los artículos 1º y 2º de la Resolución No. 1382 de 2012 en los que se acepta una oposición y se niega una solicitud de concesión de aguas, se funda en una disposición de carácter legal, desprendiéndose de ella que solo pueden solicitar la concesión de aguas quienes tengan autorización de los propietarios o poseedores para ello, de igual forma, debe ponerse de presente que dicha **solicitud debió tener en consideración que a través de la misma se pretendió la protección de un Lago que comprende un ecosistema que afecta el medio ambiente que a su vez implica el amparo de un derecho colectivo de representación difusa, más no se buscó en ello el otorgamiento de una licencia para su uso. [...]**”.* (Resaltado fuera del texto original).

Para la Sala tales argumentos no son de recibo, pues de la lectura de los actos acusados y las disposiciones que regulan el procedimiento de concesión de aguas surge indiscutiblemente la cuestión que llevó a la demandada a denegar la solicitud elevada por el **Condominio**, esto es, que alegando la calidad de propietario en el trámite que dio inicio a la actuación no logró acreditarla, así como tampoco aportó los documentos exigidos en la norma para optar por la concesión en calidad de poseedor o tenedor, específicamente la autorización del propietario.

Por el contrario, en la actuación quedó demostrado que el **Condominio** elevó solicitud de concesión de aguas en calidad de propietario³² -aunque luego informó a la Administración la venta de derechos sobre el Lago Mayor por parte de la sociedad Acueducto El Peñón a la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C.- Posteriormente, la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C. se opuso a la solicitud alegando sus derechos de propietaria del predio³³, conforme a la escritura pública nro. 1688 de 1999 de la Notaría Quinta del Círculo de Cartagena, de lo que se deriva que el **Condominio** no contaba con la autorización del dueño del

³² Folio 8 del cuaderno antecedentes administrativos nro.1.

³³ Folio 615, cuaderno antecedentes administrativos nro.4.

predio y, por tanto, no le era dado a la Administración reconocer el derecho a la concesión sin el cumplimiento de los presupuestos normativos para ello.

Es por ello que la Sala acoge lo concluido por la **CAR** en la Resolución 1382 de 2012 en la que indica:

*“[...] Por una parte, se formula oposición basada en la calidad de propietaria del LAGO GRANDE EL PEÑÓN INN, acreditada debida y oportunamente con el certificado de tradición nro. 307-17510... en el que se desprende de la anotación nro. 7 de 22 de agosto de 2000 que la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., **mediante escritura pública nro. 1688 de 1999 de la Notaría Quinta del Círculo de Cartagena, adquirió a través de permuta dicho predio;** y por otra parte, la petición del **CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN de que se le otorgue la concesión de aguas superficiales para este lago, por ser propietario, sin acreditar esta calidad,** cuando inicialmente la invocó y la solicitó; pero que en el transcurso del presente trámite dice ser poseedor sin allegar la prueba adecuada que la demuestre, conforme lo dispone el literal c) del artículo 55 del Decreto 1541 de 1978 [...].*

*[...] Que si el **CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑÓN no acredita la condición de propietario o poseedor del Lago Grande El Peñón, como en efecto ha ocurrido, consecuentemente lo que procede es que la Corporación no otorgue a su favor la concesión de aguas superficiales para derivar del Río Bogotá, para el mantenimiento del nivel de agua del lago artificial denominado LAGO GRANDE EL PEÑÓN INN,** decisión que es resultado de declararse fundada o sustentada la oposición presentada por la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., toda vez que del certificado de tradición nro. 30-17510 se desprende que es la sociedad propietaria del lago en mención. [...]*” (Resaltado fuera del texto original).

Por las mismas razones es que tampoco tiene cabida el argumento del Tribunal según el cual *“[...] del contenido del literal b) del artículo 55 del Decreto 1541 de 1978 no se desprende que sean los propietarios, poseedores o tenedores con autorización de los dos primeros quienes pueden adelantar el trámite de solicitud de una concesión de aguas, ya que del contenido del párrafo inicial del artículo 54 de la misma norma se indica que dicha solicitud puede realizarse por ‘[...] las personas naturales o jurídicas y las entidades gubernamentales’[...]*”. Y no puede

ser de recibo porque una cosa es quiénes están facultados para iniciar el trámite administrativo y otra distinta bajo qué requisitos. Nótese aquí que el reparo de la Administración nada tuvo que ver con la naturaleza de quien elevó la solicitud (persona natural, jurídica o entidad pública) para la concesión de aguas, sino con la falta de acreditación de la titularidad del derecho de propiedad, posesión o tenencia del predio y la respectiva autorización de quien acreditó debidamente el derecho real de dominio.

En igual sentido, fuerza concluir que no podía el fallador de primera instancia declarar la nulidad de los actos acusados alegando que era obligación de la Administración apartarse del precepto imperativo de la norma, para en su lugar atender a la calidad del bien sobre el cual recaía la solicitud de concesión, esto es, que se trataba de “[...] *un Lago que comprende un ecosistema que afecta el medio ambiente, que a su vez implica el amparo de un derecho colectivo de representación difusa, más no se buscó en ello el otorgamiento de una licencia para su uso [...]*”, afirmación de la cual vale la pena destacar que:

(i) La teoría general de los actos administrativos explica que, en virtud del **principio de legalidad**, la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía³⁴ y de ahí que los actos producto de su actividad estén amparados por la *presunción de legalidad*³⁵, esto es, que son eficaces mientras no sean anulados. Se trata de una presunción *juris tantum* o puramente legal que admite prueba en contrario, la cual debe ser alegada ante el Órgano Jurisdiccional demostrando las causales de anulación de los actos³⁶.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ comentan esta noción en el *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* (1997), Ed. Civitas, así: “[...] el derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse [...]. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido [...].”

³⁵ Artículo 88 del CPACA.

³⁶ Sobre la presunción *juris tantum*, la Jurisprudencia de la Corporación ha explicado que implica la legalidad *implícita* de los actos administrativos conformes al ordenamiento jurídico (Sección Primera, sentencia de 20 de

A tal ejercicio se circunscribe el control de legalidad, en el cual, mediante el cotejo de la decisión con la norma, se extrae su “conformidad o contradicción entre ambas, según las siguientes situaciones: a) conformidad con la norma que la gobierna, b) inconformidad parcial entre ambas, c) inconformidad total, d) desvío de poder, e) desproporción entre la situación de hecho y la decisión tomada, f) falta de motivos, g) falsa motivación, h) vicios de forma, i) incompetencia del funcionario que la expide y violación del derecho defensa y de audiencia del afectado”³⁷. En este evento, la declaración judicial de nulidad se condiciona pues a la prueba y sustentación de la ilegalidad, por parte de quien acciona contra la manifestación de la Administración.

Es por esa razón que el principio de legalidad es correlativo al de **justicia rogada**³⁸, pues si se busca desvirtuar aquel en instancia jurisdiccional deberá atenderse a la carga procesal de señalar qué normas del ordenamiento se estarían contrariando con la decisión censurada, así como explicar el concepto de dicha violación, ello con miras a que el Juez pueda delimitar el marco de la *litis*.

Sobre el particular, es oportuno traer a colación la sentencia de 12 de junio de 2014³⁹ en la que la Sala acotó:

« [...] En la sentencia de 27 de noviembre de 2003 de esta Sección (Expedientes acumulados nros. 1101-03-24-000-2002-00398-01 y 1101-03-24-000-2002-00080-01 (8456 y 7777), Actores: José Darío Forero Fernández, Hugo Hernando Torres y otro, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), se precisó:

noviembre de 1996, Expediente nro. 3912, Consejero ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), lo que les brinda *plena eficacia* y obligatoriedad hasta que se logre desvirtuarla ante la Jurisdicción, por contravención de disposiciones de orden constitucional, legal o reglamentario (Sección Cuarta, sentencia de 16 de febrero de 2016, Expediente nro. 20790, Consejera ponente: doctora Martha Teresa Briceño de Valencia).

³⁷ LAMPREA R. Pedro (2004). *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá D.C. Ed. Doctrina y Ley.

³⁸ El principio encuentra respaldo legal en el artículo 162, numeral 4, del CPACA.

³⁹ Expediente nro. 2005-00434-01, Consejera ponente: María Elizabeth García González.

“Respecto de la interposición de demandas de nulidad ante lo contencioso administrativo, es necesario recordar que la **justicia contencioso administrativa es “rogada” es decir, que solo puede pronunciarse respecto de los hechos y normas que se hayan esgrimido en la demanda** de donde resulta que la precisa y adecuada cita de los fundamentos de derecho y de las normas violadas viene a constituir el marco dentro del cual puede moverse el juzgador. [...]

Consecuente con el precedente jurisprudencial enunciado, considera la Sala que **el Juez Contencioso Administrativo no puede realizar el estudio de legalidad del acto administrativo acusado con fundamento en normas superiores de derecho no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación no explicados, sino que debe limitarse a estudiar las razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, expuestas en la demanda, que constituyen el marco de la litis o del juzgamiento.**

En otras palabras, **al Juez le está vedado pronunciarse sobre cuestiones o asuntos de fondo que no fueron objeto del debate en el proceso,** conforme lo ha sostenido esta Sección en reiterados pronunciamientos [...].” (Resaltado fuera del texto original).

También en sentencia de 6 de agosto de 2004⁴⁰, la Sala sostuvo:

“[...] No puede perderse de vista que en los procesos contencioso administrativos impera el **principio de la rogatividad** por virtud del cual se exige que la demanda incorpore la indicación de la norma violada y la explicación del concepto de la violación y dentro de ese ámbito se desenvuelve, sin poder rebasarlo, el Juez administrativo quien, por lo mismo, no controla la legalidad del acto demandado frente a la totalidad del ordenamiento jurídico positivo, sino respecto de los precisos cargos formulados por el demandante, a términos de la sentencia C-197 de 7 de abril de 1999 de la Corte Constitucional que declaró exequible condicionadamente el artículo 137, numeral 4, del CCA.

En apartes de esta última providencia, dicha Corporación, a efectos de justificar la exequibilidad de la aludida disposición, expresó:

“[...] Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

⁴⁰ Expediente nro. 2001-00110-01, Consejero ponente: doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el Juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo es dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la Administración. [...]"

(ii) Otro principio que merece destacarse es el de **congruencia de la sentencia**, según el cual debe existir una correspondencia entre lo que se decide por el Juez y lo que constituye la materia del litigio.

A propósito de este principio, la Jurisprudencia de la Sala ha mencionado:

*"[...] El pronunciamiento que se profiera no solo debe referirse al *petitum* elevado sino además, a los hechos que sirven de soporte aducidos por quien entabla la demanda, y en tratándose de las acciones incoadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es menester señalar que el quebranto normativo endilgado en el capítulo del libelo que contenga el concepto de violación, **constituye un límite que no puede traspasar el Juzgador, sobre todo si se tiene en cuenta que en este campo la justicia es rogada; por lo cual la contienda no puede desatarse sino dentro de las pautas fijadas en el libelo incoativo del proceso.** [...]"⁴¹ (Resaltado fuera del texto original).*

La congruencia de la sentencia está definida en el artículo 281 del CGP, de la siguiente manera:

*"[...] **ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo

⁴¹ Sentencia de 5 de junio de 1997, Expediente nro. 4092, Consejero ponente: doctor Manuel Santiago Urueta Ayola.

o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

PARÁGRAFO 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole [...]”. (Resaltado fuera del texto original).

Por otra parte, la sentencia deberá tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido incluso después de haberse presentado la demanda y siempre que se alegue a más tardar en la etapa de alegatos de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

De acuerdo con el precepto en mención la sentencia no puede reconocer lo que no se ha pedido (*extra petita*) ni tampoco más de lo solicitado (*ultra petita*), excepto en los casos autorizados expresamente por el legislador, como en los asuntos de familia y de protección de los derechos fundamentales.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA⁴², todo el proceso debe girar en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el Órgano Jurisdiccional, solicitando del mismo una actuación en un sentido determinado. Así “*la pretensión acota el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador*”.

Las precisiones hasta aquí efectuadas son relevantes para el caso *sub examine*

⁴² *Ut supra* página 54.

en el que se cuestiona la decisión del *a quo* de anular los actos que denegaron la solicitud de concesión de aguas, con fundamento en que la Administración incurrió en una indebida interpretación normativa, que no ocurrió, tal y como se referenció en el estudio del enunciado normativo con el que se resolvió la situación jurídica del administrado y que, se reitera, tiene que ver con la obligación de acreditar la titularidad del derecho de propiedad, posesión o tenencia del predio de quien pretende la concesión de aguas superficiales.

Un aspecto relevante a tener en cuenta, es que, como corolario del principio de congruencia mencionado, la sentencia debe considerar cualquier hecho *modificativo* o *extintivo* del derecho sustancial sobre el cual recae el litigio (CGP, artículo 281), aun cuando haya ocurrido después de haberse presentado la demanda, *“siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión”*. En tal sentido, la sociedad tercera interesada aportó, junto con la contestación de la demanda, copia de la sentencia de 26 de marzo de 2014, en la que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, resolvió la demanda con la que el **Condominio** pretendía que se declarara que adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble de matrícula 307-17510, en el sentido de confirmar la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot el 4 de junio de 2013, que declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa para ejercer la acción de pertenencia e inexistencia de los presupuestos de la prescripción adquisitiva. Esto, por cuanto el **Condominio** no logró probar actos de posesión ni desde cuándo dejó de ser tenedor para ostentar la condición de poseedor⁴³, cuestión que fue alegada por CAMELOT MILENIO RC. S EN C., en el trámite de la primera instancia, como un argumento no menor sobre la discusión de la calidad del solicitante de la concesión de aguas.

⁴³ Folio 174 del cuaderno de anexos de la contestación.

Igualmente, se advierte que la sentencia se apartó de los principios anteriormente examinados, habida consideración de que concedió al demandante, a título de restablecimiento del derecho, pretensiones que no fueron invocadas en el *petitum* de la demanda.

Al efecto, se tiene que el *a quo*, después de estimar que las pretensiones de restablecimiento contenidas en el libelo introductorio no tenían vocación de prosperidad, resolvió conceder otras pretensiones distintas a las invocadas y, por esa senda, imponer la ejecución de unas medidas ambientales no solicitadas y ordenar la reanudación de un procedimiento administrativo que exigía petición de parte para su trámite, además del lleno de los requisitos que no reúne el petionario.

Así lo estableció en el numeral quinto de la parte resolutive del fallo apelado:

“[...] QUINTO: A título de restablecimiento del derecho y en virtud de los principios de prevención y precaución, se adoptan las siguientes decisiones:

1º DISPÓNGASE que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR garantice la ejecución material de las medidas administrativas y ambientales adoptadas mediante la Resolución 991 de 24 de junio de 2013, para la protección del ecosistema del humedal comprendido en el Lago Grande El Peñón Inn, ubicado en el Conjunto Campestre El Peñón, Vereda Portachuelo del Municipio de Girardot – Cundinamarca.

2º ORDENÁSE a la CAR que reanude el trámite de solicitud de licencia de concesión de aguas reclamada por el demandante, el cual deberá culminar con acto administrativo sustentado en los principios de prevención y precaución a que se refiere la Resolución 991 del 24 de junio de 2013, en el plazo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente providencia. [...]”

Se tiene pues que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión

anulatoria, la sentencia impuso a la demandada la ejecución de unas medidas ambientales que ya se encontraban reconocidas en un acto administrativo vigente (Resolución 991 de 2013) expedido por fuera de un procedimiento de interés particular, en ejercicio de las facultades de autoridad ambiental y, por lo tanto, despojado del carácter subjetivo de protección que conlleva la prosperidad de la pretensión en el contencioso subjetivo de anulación.

De ahí que, para la Sala, no sea procedente asimilar la competencia de la **CAR** en la definición de la situación ambiental presentada en el Lago Mayor, con la protección del bien jurídico particular que buscaba el **Condominio** con su demanda, pues si bien ambos intereses pudieran parecer coincidentes -a la postre implican la concesión de aguas para el mantenimiento de los niveles del Lago Mayor-, no puede desconocerse que lo pretendido por el demandante nunca estuvo encaminado a la aplicación de dicha Resolución, por lo que la orden en este sentido resultó *ultra petita* y, por consiguiente, lesiva de los intereses de la parte demandada.

Y es que en tal sentido, no puede dejarse de lado lo señalado por el legislador en cuanto al deber del juez administrativo de fijar el litigio en la etapa procesal dispuesta para ello en el CPACA, es decir en la audiencia inicial prevista en el artículo 180⁴⁴, ello, precisamente, con la finalidad de no sorprender a las partes con concesiones que no fueron definidas en la fijación de la cuestión litigiosa.

2. El segundo argumento que expone la entidad recurrente se refiere al alcance de

⁴⁴ “ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

7. Fijación del litigio. Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el Juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la de reconvencción, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación de litigio. [...]

las pretensiones en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, indica que las razones que sirvieron de sustento a la declaratoria de nulidad de los actos acusados son propias de una acción popular y no de un mecanismo judicial ordinario, teniendo en cuenta que a título de restablecimiento del derecho, el Juez ordenó una serie de medidas ambientales, en reemplazo de las pretensiones indemnizatorias de la demanda, basado en un acto proferido por esa entidad en ejercicio de sus funciones de autoridad ambiental.

Es menester precisar sobre el punto que las acciones de que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se distinguen por su finalidad. Así el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (CPACA, artículo 138)⁴⁵ tiene por objeto desvirtuar la presunción de legalidad que cobija un acto administrativo y, en consecuencia, obtener la indemnización de los perjuicios que dicho acto haya podido ocasionar durante el tiempo en que permaneció vigente. Por su parte, la acción popular prevista en la Ley 472 de 5 de agosto de 1998⁴⁶ persigue la protección de los derechos e intereses colectivos⁴⁷.

La Jurisprudencia, de la Corporación ha desarrollado un amplio debate en torno a la posibilidad de examinar la legalidad de los actos administrativos en el trámite de

⁴⁵ "Artículo 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

⁴⁶ "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones."

⁴⁷ "Artículo 2º.- Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible."

las acciones populares⁴⁸ y ha sostenido mayoritariamente que en tales casos el medio de amparo constitucional es procedente siempre y cuando el acto administrativo vulnere los derechos e intereses colectivos, situación que, de ser probada por el actor popular, faculta al Juez constitucional para suspender los efectos del acto⁴⁹. Ello, en armonía con el artículo 144 del CPACA, según el cual *“[...] Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el Juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos [...]”*. Ahora, en tratándose de la acción contencioso administrativa, la vulneración de los derechos e intereses colectivos dará lugar a la suspensión y/o anulación de los efectos del acto administrativo particular, siempre que la protección de tales derechos e intereses se invoquen como fundamento de la anulación.

Vale la pena traer a colación la distinción entre ambas acciones en comento y su objeto de protección efectuada por la Sala en sentencia de 18 de mayo de 2006:

“[...]”

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los actos administrativos, como expresión de la acción de las autoridades públicas, también pueden ser fuente de amenaza o violación de los derechos colectivos, y que cuando ello se acredita su aplicación o ejecución puede ser suspendida con miras a proteger dichos derechos, dado que el pronunciamiento acerca de la nulidad de tales actos sólo puede ser emitido por el juez de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, debe anotarse que el objeto de estudio del acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés

⁴⁸ En la sentencia de 21 de febrero de 2017 (Expediente nro. 2005-00355-01, Consejero ponente: doctor Enrique Gil Botero), se explica la línea jurisprudencial que al respecto ha seguido la Corporación frente a las distintas posturas de procedibilidad de la acción popular para discutir la legalidad de los actos administrativos.

⁴⁹ Sentencia de 11 de febrero de 2016, Expediente nro. 2010-00372, Consejero ponente: doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

colectivo no es el mismo en la acción popular y en la acción contencioso administrativa.

*En efecto, mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado, por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, **en la segunda se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan**, lo cual no siempre implica un análisis de afectación del derecho colectivo, pues el objeto de la acción contencioso administrativa, en principio, **es la defensa del principio de legalidad**. En otras palabras, en la acción contencioso administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad del acto impugnado. A su turno, en la acción popular no puede decretarse la nulidad del acto porque no se define la legalidad del mismo, pero si puede suspender la ejecución o aplicación de un acto administrativo que viola o amenaza derechos e intereses colectivos. [...]*⁵⁰ (Resaltado fuera del texto original).

De tal manera que al juez de primera instancia no le era dado, so pretexto de amparar un “derecho de protección difusa”, cuya titularidad fue, a su juicio, “mejor demostrada” por el demandante, como es el derecho al ambiente sano, anular un acto administrativo sin haberse desvirtuado su legalidad a través de la comprobación de las causales de anulación alegadas en la demanda, y menos aún afirmar que era procedente invalidar lo decidido por la Administración en reproche de « [...] no haber discernido que lo que realmente perseguía el peticionario era la protección del ambiente y no el otorgamiento de un permiso para uso de aguas [...] ».

Y es que aun cuando se tratare de la protección de los intereses colectivos que recaen sobre el Lago Mayor El Peñón, lo cierto es que en el proceso se demostró que, mediante la Resolución 991 de 24 de junio de 2013⁵¹, la **CAR** se ocupó de este aspecto en particular, para lo cual ordenó unas medidas administrativas y ambientales que actualmente se están cumpliendo y, por consiguiente, se ha logrado la protección del cuerpo de agua, según lo constató la Sala con el oficio allegado por esa entidad, en respuesta al auto para mejor proveer dictado en esta

⁵⁰ Expediente nro. 2002-01258-02, Consejero ponente: doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁵¹ “Por la cual se adoptan medidas ambientales para la protección y conservación de un ecosistema y se toman otras determinaciones”.

instancia el 24 de octubre de 2017⁵².

Ahora bien, es cierto que como fundamento de la demanda se alegó la omisión de la **CAR** en la defensa y protección del ecosistema⁵³, pero ello encaminado a la obtención de un restablecimiento particular, esto es, del derecho a la concesión de aguas y al pago de los perjuicios indemnizatorios, mas no a la protección de un interés difuso o a la defensa de la mera legalidad.

Una cuestión adicional es que más allá de la finalidad que persiguió el **Condominio** con la solicitud de concesión de aguas -que en todo caso la norma permite que sea para riego, abastecimiento y recreación y deportes, entre otros-, lo cierto es que **la Autoridad Ambiental está obligada a considerar todos los aspectos de tipo normativo que gobiernan el procedimiento invocado por el particular, concretamente, el cumplimiento de los presupuestos exigidos para derivar la consecuencia jurídica que se depreca.**

Estas son las razones que imponen a la Sala acceder a lo solicitado por la entidad recurrente y revocar la sentencia impugnada.

De los argumentos del recurso del tercero interesado

Frente a los argumentos alegados por la sociedad CAMELOT MILENIO RC. S EN C., la Sala advierte que los mismos ya fueron objeto de pronunciamiento en el acápite anterior y fueron resueltos de manera favorable a su pretensión de

⁵² Folios 79 a 191 del cuaderno del recurso.

⁵³ Es de aclarar en este aspecto, que la Sala pudo constatar que actualmente la **CAR** se encuentra adelantado funciones de seguimiento a la problemática del Lago Grande El Peñón, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución nro. 991 de 24 de junio de 2013, según el oficio allegado por esa entidad en respuesta del auto de pruebas dictado en esta instancia el 24 de octubre de 2017.

revocatoria del fallo impugnado, por lo que es del caso remitirse a lo allí lo señalado.

De los argumentos del recurso de la parte actora

Finalmente, la Sala acotará que los argumentos de la parte actora expuestos en el recurso de apelación se supeditan a la prosperidad de la pretensión de anulación de los actos acusados, por lo que al no haberse demostrado las causales invocadas para tal fin, lo que procede es revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Sobre la condena en costas

La condena en costas está prevista en el artículo 188 del CPACA, de la siguiente manera:

“Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte, el artículo 361 del CGP dispone que ***“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.***

Para la determinación de la condena en costas, el artículo 365 ídem establece las siguientes reglas:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

[...]

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

[...]

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

[...]

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

[...]”

En el caso concreto, la parte vencida es el **CONDominio CAMPESTRE EL PEÑON** que asumirá las costas de ambas instancias, de conformidad con el numeral 4 del artículo transcrito.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada. En su lugar, se dispone: **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Segundo: CÓNDENASE en costas en ambas instancias a la parte demandante a favor de la parte demandada y del tercero interesado, las cuales se liquidarán por el Tribunal.

En firme esta providencia, envíese el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de enero de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS