



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento
Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional Rionegro - CORNARE
Demandado: Corporación Autónoma Regional Rionegro - CORNARE
Tema: ACCIÓN DE LESIVIDAD - Equivale al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Es el que procede cuando la entidad demanda su propio acto administrativo / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CONCESIÓN DE AGUAS PÚBLICAS – Aviso a la comunidad / CARGA PROBATORIA

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a resolver, en única instancia, la demanda promovida por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare - Cornare, en contra de la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010¹, expedida por la misma autoridad ambiental.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1. La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare – Cornare, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta Corporación judicial, con miras a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

[...] DECLARAR la nulidad de la Resolución 134-0044 del 15 de junio de 2010.

Consecuencialmente, condenar A GENERAMOS S.A. E.S.P. a restituir el recurso hídrico a la condición que presentaba antes de la expedición del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

[...]

¹ Por medio de la cual se otorga una concesión de aguas



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

I.2. Los hechos

2. En el acápite de supuestos fácticos, la parte actora hizo un recuento del procedimiento de expedición del acto administrativo demandado. En ese sentido, explicó que *«GENERAMOS ENERGIA S.A. E.S.P. presentó ante CORNARE el día 4 de mayo de 2010, [una] solicitud de concesión de aguas en el Río Cocorná, en comprensión territorial del MUNICIPIO DE EL CARMEN DE VIBORAL, para la generación de energía eléctrica».*

3. Indicó que esa Corporación, a través de auto 131-0944 de 12 de mayo de 2010, admitió tal requerimiento y ordenó a *«la regional Valles de San Nicolás realizar visita ocular, previa fijación con diez (10) días de anticipación como mínimo del aviso respectivo en las oficinas de esa sede regional y en las oficinas de la alcaldía del municipio de El Carmen de Viboral».*

4. Aclaró que la visita *«se realizó el 3 de junio, sin que se presentará interesado alguno»* porque *«no se fijó aviso en la Alcaldía del Carmen de Viboral».* Posteriormente, *«el día 15 de junio de 2010 se expidió la Resolución 134-0044 mediante la cual se concedió la concesión solicitada».*

5. Manifestó que: *«la comunidad ha expresado su extrañeza por el hecho de que se practicara la visita sin la previa e indispensable fijación del aviso, y ha solicitado con tal argumento la anulación de la concesión».* Por ello, *«el 28 de julio de 2010 CORNARE solicitó por oficio 0001172 a GENERAMOS ENERGIA S.A. E.S.P. consentimiento para la revocatoria de la concesión, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta alguna».*

I.3. Concepto de la violación

6. Como fundamento de sus pretensiones, el demandante sostuvo que la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010 desconoce lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541 de 1978, e incurre en el vicio de expedición irregular del acto.

7. Al respecto, explicó que esa entidad, como administradora del recurso hídrico, *«tiene el deber de ordenar una visita ocular, y con antelación mínima de diez días a su práctica, fijar un aviso en la Alcaldía del Municipio donde tendrá lugar el aprovechamiento».* Sin embargo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto 1541 se obviaron en el caso concreto.

8. En consecuencia, argumentó que el aviso reglado por el artículo 60 del Decreto 1541 *«tiene por objeto garantizar el debido proceso a los posibles interesados en oponerse a la concesión».* Por ello, insistió en que: *«el procedimiento se adelantó con pretermisión de tal formalidad, que a la luz de la jurisprudencia tiene sin duda*



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

la naturaleza de SUSTANCIAL, cuya omisión por lo tanto apareja como consecuencia la nulidad del acto administrativo».

II. TRÁMITE DEL PROCESO

9. La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare interpuso el 4 de abril de 2011 la presente demanda de nulidad².

10. Mediante auto de 26 de junio de 2012, el Magistrado sustanciador del proceso admitió la demanda y ordenó notificar a la sociedad GENERAMOS S.A. E.S.P., en su calidad de tercero con interés. Igualmente, negó la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado y ordenó notificar al proceso al Agente del Ministerio Público³.

11. Para efectos de notificar personalmente a dicha entidad domiciliada en el municipio de Rionegro – Antioquia, se comisionó al Tribunal Administrativo de Antioquia.

12. Efectuada la notificación de las providencias judiciales pertinentes y transcurrido el término legal, Generamos Energía S.A. E.S.P. no realizó pronunciamiento alguno en relación con la demanda.

13. Mediante auto de 16 de diciembre de 2015, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión⁴.

III. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

14. En el escrito de alegatos de conclusión⁵, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda y explicó que:

[...] Lo que aparece probado en los antecedentes administrativos (f. 67) es que el aviso efectivamente se publicó, PERO NO EN LA VEREDA CORRESPONDIENTE DEL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE VIBORAL, sino en la INSPECCION DE POLICIA DEL MUNICIPIO DE COCORNÁ.

Y el folio 68 permite ver que alcanzó incluso a elaborarse el aviso para fijar en la ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE VIBORAL, pero, aunque en apariencia hay una fecha de fijación, la anotación no lleva la firma del funcionario respectivo, de ahí que no hay constancia de fijación y desfijación.

En todo caso, a la demanda se acompañó constancia en la cual CORNARE

² Folios 81 a 87 del expediente procesal.

³ Folios 55 a 57 del expediente procesal.

⁴ Folio 162 del expediente procesal.

⁵ Folio 163 a 167 del expediente procesal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

certifica que no se fijó el aviso en El Carmen de Viboral [...]

15. En su sentir, «*los derechos de los terceros indeterminados fueron conculcados por el hecho de que no se fijara el aviso anunciando la visita, razón de más para insistir a la Sala en la anulación del acto impugnado*».

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

16. Mediante concepto de 4 de marzo de 2016, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa solicitó a la Sala denegar las pretensiones de la demanda, en tanto «*la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado*».

17. Sostuvo que Cornare efectuó la publicación ordenada por el artículo 57 del Decreto 1541, cuyos soportes obran en los folios 64 y 66 del expediente. Además, adujo que el Consejo de Estado en su jurisprudencia pacíficamente ha sostenido que «*la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general, no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo*».

18. Con fundamento en lo anterior, explicó que esa autoridad ambiental acató los requisitos de publicidad aplicables al trámite previsto para la expedición de la Resolución No. 134-0044 de 15 de junio de 2010, «*el cual es oponible frente a terceros, puesto que cumple el requisito de eficacia y de validez frente al mismo*».

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1. Competencia

19. Esta Sala es competente para conocer, en única instancia, de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta en contra del acto administrativo de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, en el artículo 128⁶ del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019⁷.

⁶ «**ARTÍCULO 128.** Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 597 de 1988. Modificado por el art. 36, Ley 446 de 1998. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los que se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No obstante, las controversias sobre la declaratoria de unidad de empresa y calificación de la huelga son de competencia del Consejo de estado en única instancia. [...]

⁷ *Reglamento Interno del Consejo de Estado.*



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

VI.2. Cuestión previa sobre la acción de nulidad por lesividad

20. Dado que la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare pretende controvertir la legalidad de un acto administrativo propio, es necesario poner de presente que el legislador no consagró de manera específica la acción de lesividad como un medio judicial autónomo. A diferencia de lo que acontece frente a las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, previstas en los artículos 84 a 87 del Código Contencioso Administrativo, el mismo estatuto guardó silencio sobre el particular.

21. Ante dicha realidad esta Corporación judicial ha sostenido que las entidades públicas pueden activar el aparato judicial contencioso administrativo con el fin de demandar sus propios actos, cuando resulten lesivos para el ordenamiento jurídico en abstracto, o cuando busquen el restablecimiento del derecho conculcado por la propia administración.

22. Sobre el particular, esta Sección ha indicado lo siguiente:

[...] Aun cuando en nuestra Legislación no está consagrada la acción de lesividad como acción autónoma y diferente a aquellas denominadas como típicas y establecidas en los artículos 84, 85, 86 y 87 del C.C.A., sí existe la posibilidad de que la Administración impugne sus actos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque los mismos son ilegales o vulneran el orden jurídico generándoles un daño; y cuando se pretende el retiro del acto del ordenamiento por contener una decisión no ajustada a él, sin que sea el único propósito defender la legalidad en abstracto, en concreto, sino también el restablecimiento del derecho menoscabado a la misma Administración con su expedición.

Por eso la Ley establece que las entidades públicas pueden demandar su propio acto, cuando les resulte perjudicial por contrariar el ordenamiento jurídico (artículo 136 numeral 7 del Código Contencioso Administrativo) y no tengan la posibilidad de revocarlo directamente por la falta de requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, al no obtener el consentimiento del beneficiario de la decisión particular y concreta contenida en el mismo (artículo 73 ibídem) [...]»⁸.

IV.3. El acto administrativo acusado

23. El acto administrativo objeto del litigio es la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010⁹, «por medio de la cual se otorga una concesión de aguas», cuya parte considerativa recopila el procedimiento administrativo de la controversia, así:

⁸ Auto de Sala del 6 de noviembre de 2014. M.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. Rad.: 2004 00434 01. Actor: Transportes Cóndor Ltda.

⁹ «[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA UNA AMPLIACIÓN DE CAUDAL [...]».



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

[...] Que la empresa denominada GENERAMOS ENERGIA S.A. ESP., con nit 900.203,772-4, cumplió con el total de los requisitos exigidos para iniciar el trámite de concesión de aguas superficiales para generación de energía.

*Que mediante auto 131-0844 del 12 de mayo de 2010, se admitió la solicitud de concesión de aguas superficiales para generación de energía presentada por la empresa GENERAMOS ENERGIA S.A. ESP., con nit 900.203,772-4 y se ordenó evaluar la información aportada, **fijar los avisos respectivos y realizar la visita ocular.***

Que el sistema de información de CORNARE no registra actualmente información sobre otros usuarios de la fuente solicitada en concesión [...]

Que el día 03 de junio del 2010, se realizó visita al lugar donde se pretende realizar la captación del recurso y se expidió el informe técnico 134-0135 del 10 de junio del 2010, en el cual se hicieron las siguientes: [...]

Que conforme a lo expuesto en el Informe Técnico 134-0135 del 10 de junio del 2010, es procedente acceder a la solicitud hecha por la empresa denominada GENERAMOS ENERGIA S.A. ESP., con nit 900.203,772 4 imponiendo algunas obligaciones de carácter técnico. [...] (Negrillas del Despacho)

24. Con fundamento en lo anterior, la Dirección de Bosques de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare resolvió:

[...] ARTÍCULO PRIMERO. OTORGAR concesión de aguas a la empresa denominada GENERAMOS ENERGIA S.A. ESP., con nit 900.203,772-4, para el proyecto de generación de energía en 6,0 m³/seg, que se derivaran del Río Cocorná a desarrollarse en cascada hasta la cota 1150 m.s.n.m, en las coordenadas X: 874.430, Y: 1.160.000, a la altura de la cota 1350 m.s.n.m., aproximadamente, y el sitio de descarga final en las coordenadas X: 878.089, Y: 1.160.100; cota 1150 m.s.n.m.

Parágrafo. El uso de la concesión de agua queda condicionada a la realización de las obras de captación, de tal manera que solo capte el caudal otorgado en épocas donde la disponibilidad de recurso lo permita y la implementación de una estructura de control que garantice el flujo permanente de agua en un caudal mínimo de 2,98 m³/seg. [...]

IV.4. El problema jurídico

25. En el asunto *sub examine*, la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare solicitó declarar nula la Resolución 134-0044 de 2010, tras considerar que ese acto administrativo se expidió de forma irregular y desconoce lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, y en los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541 de 1978. Adicionalmente, Cornare solicitó «condenar a GENERAMOS S.A. E.S.P a restituir el recurso hídrico a la condición que presentaba antes de la expedición del acto administrativo cuya nulidad se pretende», a título de restablecimiento.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

26. En suma, la parte actora explicó que, durante el trámite previo a la expedición de la Resolución 134-0044, desacató los parámetros legales de tiempo, modo y lugar exigidos para socializar la visita ocular prevista a efectos de evaluar una solicitud de concesión del recurso hídrico.

27. Siendo ello así, el problema jurídico que retiene la atención de la Sala consiste en determinar si es nulo el acto administrativo resultado de una actuación administrativa en la que se omitió el procedimiento de publicidad a terceros reglado por los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541. Además, en caso de ser cierta la anterior premisa, la Sala deberá analizar si es viable acceder a las pretensiones de restablecimiento del derecho deprecadas por la parte actora.

28. Ahora bien, para resolver el anterior cuestionamiento, esta autoridad judicial considera pertinente estudiar previamente: i) el procedimiento administrativo de evaluación de una solicitud de concesión de aguas, y ii) las circunstancias fácticas acreditadas en el plenario sobre el cumplimiento de dicho procedimiento.

VI.4.1. El procedimiento administrativo de evaluación de una solicitud de concesión de aguas

29. Sea lo primero señalar que el Decreto 1541 de 1978¹⁰ reglamentó los mecanismos que permiten garantizar la preservación y el manejo del recurso hídrico, con miras a cumplir con los objetivos enunciados por el artículo 2 del Decreto Ley 2811 de 1974¹¹, a saber:

*[...] **Artículo 2º.** Fundado en el principio de que **el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia** y el desarrollo económico y social de los pueblos, este Código tiene por objeto:*

*1º. Lograr la **preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables**, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.*

*2º. **Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.***

3º. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente [...]

30. De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1541, tal reglamentación comprende los siguientes aspectos:

¹⁰ 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.

¹¹ «[...] Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales [...]».



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

*[...] Artículo 1º. Para cumplir los objetivos establecidos por el artículo 2 del Decreto - Ley 2811 de 1974, este Decreto tiene por finalidad **reglamentar las normas relacionadas con el recurso agua en todos sus estados, y comprende los siguientes aspectos.***

[...] 3. Las restricciones y limitaciones al dominio en orden a asegurar el aprovechamiento de las aguas por todos los usuarios. [...]

5. Las condiciones para la construcción de obras hidráulicas que garanticen la correcta y eficiente utilización del recurso, así como la protección de los demás recursos relacionados con el agua.

6. La conservación de las aguas y sus cauces, en orden a asegurar la preservación cualitativa del recurso y a proteger los demás recursos que dependen de ella.

7. Las cargas pecuniarias en razón del uso del recurso y para asegurar su mantenimiento y conservación, así como el pago de las obras hidráulicas que se construyan en beneficio de los usuarios. [...]

31. El mencionado decreto también dispone en su artículo 28¹² que el derecho al uso de las aguas y de los cauces se adquiere por ministerio de la ley, por concesión, por permiso y por asociación, conforme a lo previsto en el artículo 51 del Decreto Ley 2811 de 1974.

32. A su turno, el artículo 30¹³ de la norma *ibidem* indica que toda persona (natural, jurídica, pública o privada), requiere de concesión o permiso para hacer uso de las aguas públicas o sus cauces, salvo en los casos previstos en los artículos 32 y 33 de ese estatuto.

33. El procedimiento que debe seguir quien pretende tal autorización es el contemplado, principalmente, en los artículos 54 a 66 del Decreto 1541 de 1978. Sin embargo, la Sala citará a continuación exclusivamente las disposiciones relacionadas con el trámite de publicidad que atañe la presente controversia, a saber:

*[...] ARTICULO 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.*

*ARTICULO 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*

¹² «[...] **Artículo 28.** El derecho al uso de las aguas y de los cauces se adquiere de conformidad con el artículo 51 del Decreto - Ley 2811 de 1974 [...] a. Por ministerio de la ley; b. Por concesión; c. Por permiso, y d. Por asociación [...].»

¹³ «[...] **Artículo 30.** Toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión o permiso del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, para hacer uso de las aguas públicas o sus cauces, salvo en los casos previstos en los artículos 32 y 33 de este Decreto [...].»



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

el lugar, la fecha y el objeto de la visita, para que las personas que se crean con derecho a intervenir puedan hacerlo.

Para mayor información, en aquellos lugares donde existan facilidades de transmisión radial, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, podrá, a costa del peticionario, ordenar un comunicado con los datos a que se refiere el inciso anterior, utilizando tales medios [...] (Negrillas de la Sala)

34. Como se observa, el artículo 57 *ibidem* es claro en señalar cuáles son las circunstancias de tiempo, modo y lugar tendientes a garantizar la participación de todos los interesados en ese proceso decisorio. El acceso al agua, como derecho fundamental y fin estatal, es un asunto que atañe directamente a las comunidades que se benefician de las cuencas hídricas y, en consecuencia, el mencionado decreto indicó cómo materializar ese cometido.

35. El mencionado aviso debe ser publicado en el lugar del área de influencia del proyecto y con el término de anterioridad allí dispuesto, pues de lo contrario, sería nugatorio el derecho de los terceros interesados a participar en esta instancia decisoria, durante la práctica de la visita ocular.

36. Nótese que la diligencia de visita es el escenario en el que la autoridad ambiental aprecia el alcance que tiene la concesión con relación a los usos existentes en la cuenca. Por ello, el artículo 58 de ese decreto prevé lo siguiente:

[...] ARTICULO 58. En La diligencia de visita ocular se verificará por lo menos lo siguiente:

a. Aforos de la fuente de origen, salvo si el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, conoce suficientemente su régimen hidrológico;

b. Si existen poblaciones que se sirven de las mismas aguas para los menesteres domésticos de sus habitantes o para otros fines que puedan afectarse con el aprovechamiento que se solicita;

c. Si existen derivaciones para riego, plantas eléctricas, empresas industriales u otros que igualmente puedan resultar afectados;

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;

e. Lugar y forma de restitución de sobrantes;

f. Si los sobrantes no se pueden restituir al cauce de origen, las causas que impidan hacer tal restitución;

g. La información suministrada por el interesado en su solicitud;

h. La Declaración de Efecto Ambiental presentada por el solicitante. Cuando el uso contemplado en los puntos b y c del artículo 36 de este Decreto, no se



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

destine a explotaciones agrícolas o pecuarias de carácter industrial, el funcionario que practique la visita deberá evaluar el efecto ambiental que del uso solicitado pueda derivarse;

i. Lo demás que en cada caso el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, estime conveniente. [...]

37. En concordancia con lo anterior, el artículo 60 *ibidem* dispuso que «*[t]oda persona que tenga derecho o interés legítimo, puede oponerse a que se otorgue la concesión*». Tal oposición se hará «*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*». Adicionalmente, «*se decidirá conjuntamente en la resolución que otorgue o niegue la concesión*».

38. Como se puede observar, la garantía administrativa que permite a la ciudadanía participar antes y durante la visita ocular, está ligada al mandato constitucional contenido en el artículo 79 superior, conforme al cual «*[l]a ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo*». Es más, el preámbulo y los artículos 1º y 41 de Constitución Política de Colombia establecen que la participación no solo tiene la doble connotación de práctica y valor social, sino que es pilar esencial del ordenamiento jurídico.

39. Es de recordar que el agua comprende un patrimonio común y, por ello, el Decreto 1541 de 1978 reconoció que en la preservación y manejo del recurso hídrico tendrán que participar, tanto las autoridades, como los particulares, en atención a que su uso es un asunto de utilidad pública e interés social. Principio también inmerso en la Ley 23 de 19 de diciembre de 1973¹⁴, en el Decreto 2811 de 18 de diciembre 1974¹⁵ y en la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993¹⁶, normas vigentes al momento de la expedición del acto demandado.

40. De ahí que los requisitos de publicidad que se deben surtir en este tipo de actuaciones administrativas -previstos en los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541- sean de obligatorio cumplimiento, en tanto permiten materializar el derecho de las personas a participar en las decisiones ambientales que puedan afectarlas. Propósito encomendado principalmente a las corporaciones autónomas regionales, al tener la responsabilidad de «*[p]romover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables*»¹⁷.

¹⁴ «*Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones*». Artículo 2.º.

¹⁵ «*Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*». Artículo 1.º.

¹⁶ «*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*». *la política ambiental colombiana se regirá por, entre otros, el principio de participación, así: "[...] [e]l manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo. [...]"* Artículo 1.º, numeral 12.

¹⁷ Artículo 31, numeral 3.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

41. En suma, se tiene que, por el trasfondo constitucional de la participación, esta no solo comporta una mera comunicación, sino que abarca estrategias publicitarias tendientes a permitir la vinculación directa de los posibles afectados con la decisión y, por ende, otorgarle validez a la actuación administrativa. La participación¹⁸, en esas condiciones «*actúa entonces, como un mecanismo para el manejo del conflicto, lo cual permite mantener la estabilidad del tejido social, siempre y cuando tengamos claros los alcances, límites, objetivos, estrategias y alcance de la misma*»¹⁹.

VI.4.2. Lo probado en el proceso

42. En el presente caso, la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. solicitó una concesión de aguas para generación de energía eléctrica, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978²⁰.

43. El alcance de su petición era la «*generación de energía en el río Cocorná, en el sector de la vereda La Esperanza del municipio de El Carmen de Viboral (Antioquia)*»²¹.

44. Precisamente, el documento que contiene el formulario único nacional de solicitud de concesión de aguas, diligenciado por el Concesionario²², señala la siguiente ubicación del proyecto:

[...] Dirección del predio: vereda la Esperanza
 Departamento: Antioquia
 Municipio: **El Carmen de Viboral** [...] (Negrillas de la Sala)

45. Siguiendo el trámite previsto en el Decreto 1541 de 1978, la jefe de la División Jurídica de Cornare, María del Pilar Tobón Díaz, admitió aquella solicitud mediante Auto 131-0844 de 12 de mayo de 2010²³. El aludido acto de inicio ordenó, en su artículo 2°, a la regional Valles de San Nicolás, «*realizar visita ocular, previa fijación con diez días de anticipación como mínimo del aviso respectivo en las oficinas de esa sede regional y en las oficinas de la Alcaldía del municipio de El Carmen de Viboral, indicando el lugar, la fecha y el objeto de la visita*».

¹⁸ ARRIETA QUESADA, Lilliana, «Principio de información y participación de la sociedad civil en materia ambiental. Restos de gobernabilidad: el caso de Costa Rica», en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, tomo IV, Bogotá D. C., Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 53-71.

¹⁹ <https://huespedes.cica.es/gimadus/05/colombia.htm> MACÍAS G., Luis Fernando. «Aspectos jurídicos de la participación ciudadana en la gestión ambiental en Colombia». 2000:4.

²⁰ 1. según el cual: «[t]oda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines [...] i. Generación hidroeléctrica».

²¹ Folio 72 cuaderno principal.

²² Folio 12 cuaderno principal.

²³ Folio 60 cuaderno principal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

46. En cuanto al cumplimiento del anterior mandato, en el expediente reposa copia de un documento denominado «*AVISO CONCESIÓN DE AGUA*»²⁴ que se fijó en la Inspección de Policía Municipio de Cocorná. Este documento indica que el representante legal de la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. solicitó una concesión de aguas para proyectar obras para un futuro aprovechamiento de fuerza hidráulica del Río Cocorná.

También señala que ese proyecto se ubicaría en la «*frente la Cascada o el Viaho, para la generación de energía eléctrica, mediante central hidroeléctrica, en jurisdicción del municipio de Cocorná*». Y agrega:

[...] De conformidad con el Decreto 1541 de 1978 y demás normas concordantes y vigentes, CORNARE practicará visita de inspección ocular al predio en mención, la cual se llevará a cabo el día 3 de junio del año 2010 a las 10:00 am

[...] Sitio de encuentro (5): Entrada a Ramal, Autopista Medellín – Bogota (sic) km 16 municipio de Cocorná
Funcionario que asistirá: GUSTAVO CANO RÍOS
Expediente No: 05197-02.09138

El presente AVISO para que las personas naturales o jurídicas que se puedan ver perjudicadas o con mejores derechos, lo hagan valer dentro del trámite de Concesión de Agua, para lo cual el AVISO estará fijado durante diez (10) días en un lugar público [...]

LUGAR DE FIJACIÓN: INSPECCIÓN DE POLICIA MUNICIPIO DE COCORNÁ

FIJADO EN LA FECHA: 21 de mayo de 2010 [...]

47. Las firmas del documento se observan en la siguiente imagen:

FUNCIONARIO DE CORNARE	
LUGAR DE FIJACIÓN (6)	INSPECCIÓN DE POLICIA MUNICIPIO COCORNA
FIJADO EN LA FECHA	21 de Mayo de 2010
DESIJADO EN LA FECHA	Junio 3/10
POR EL FUNCIONARIO (7)	

48. Igualmente, en el expediente se encuentra una segunda copia de un documento denominado «*AVISO CONCESIÓN DE AGUA*»²⁵, expedido por Cornare, y con sello de esa misma entidad, el cual indica lo siguiente:

²⁴ Folio 64 cuaderno principal.

²⁵ Fol. 65, Cuaderno Principal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

[...] Que la empresa *Generamos Energía S.A. E.S.P.*, a través de su representante legal, (...) solicitó ante esta corporación UNA CONCESIÓN DE AGUAS EN BENEFICIO DEL PROYECTO DE GENERACIÓN DE ENERGIA ELECTRICA A DESARROLLARSE EN EL RIO COCORNÁ **en jurisdicción de la vereda LA ESPERANZA municipio de EL CARMEN DE VIBORAL.**

De conformidad con el Decreto 1541 de 1978 y demás normas concordantes y vigentes, CORNARE practicará visita de inspección ocular al predio en mención, la cual se llevará a cabo el **día 1 de julio del año 2010 a las 9:00 am.**

Sitio de encuentro (5): SEDE REGIONAL VALLES DE SAN NICOLAS, RIONEGRO

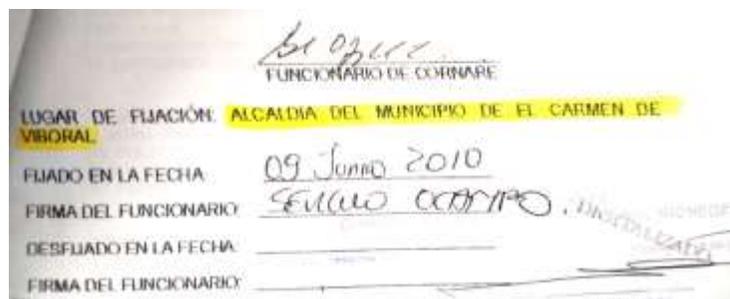
Funcionarios de Cornare: GLORIA OFFIR IRAL, AURA CRISTINA GÓMEZ, LUZ STELLA VÉLEZ.

El presente AVISO para que las personas naturales o jurídicas que se puedan ver perjudicadas o con mejores derechos, lo hagan valer dentro del trámite de Concesión de Agua, para lo cual el AVISO estará fijado durante diez (10) días en un lugar público [...]

LUGAR DE FIJACIÓN: **ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE VIBORAL**

FIJADO EN LA FECHA: 9 de junio de 2010 [...]

49. Las firmas se observan en la siguiente imagen:



50. Visto lo anterior, está acreditado en el plenario que la **Corporación demandante fijó un aviso el 21 de mayo de 2010, en la Inspección de Policía del Municipio de Cocorná, en el que indicó el lugar, la fecha y el objeto de la visita ocular que llevó a cabo el 3 de junio del mismo año, a efectos de resolver la petición elevada por la sociedad Generamos Energía S.A. E.S.P.** Lo anterior significa que dicho documento se publicó con 12 días de anticipación a la visita ocular efectuada en un municipio distinto al directamente afectado.

51. De otro lado, **el 9 de junio de 2010 se fijó un aviso con la misma finalidad en la Alcaldía del Municipio del Carmen de Viboral, el cual señalaba que la autoridad ambiental realizaría una segunda visita el 1° de julio de 2010 en este último ente territorial.** Cabe resaltar que dicho documento no dejó constancia de la desfijación del mismo por parte del funcionario competente.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

52. En el expediente tampoco obra constancia de la publicación de ambos avisos en la oficina regional de Cornare.

53. Así pues, **en relación con el municipio de Cocorná, la visita ocular de que tratan los artículos 56 y 58 del Decreto 1541 se realizó el 3 de junio de 2010. Sin embargo, la visita programada para el municipio del Carmen del Viboral el 1 de julio de 2010, nunca se llevó a cabo al interior de esa actuación administrativa.**

54. En efecto, si bien es cierto que existe una constancia de fijación en el folio 65 del expediente procesal, también lo es que la visita programada para el día 1° de julio en el Carmen de Viboral no se realizó, lo cual resulta más reprochable si se tiene en cuenta el incumplimiento del deber de desfijar el respectivo aviso.

55. Nótese que la finalidad de publicar el aviso era la realización de la audiencia, por lo que dicha actuación inicial no permite concluir que se cumplió con el requisito de publicidad.

56. Ciertamente, la conducta negligente de la autoridad ambiental permitió **la expedición del acto administrativo definitivo el 15 de junio de 2010, sin advertir que había omitido una etapa trascendental de este proceso de toma de decisiones.**

57. Es más, la Sala encuentra que el acto demandado y el informe técnico para concesión de agua de 10 de junio de 2010, dan cuenta de la realización de una única visita el 3 de junio en un municipio distinto al del desarrollo del proyecto hidroeléctrico.

58. El mencionado informe, suscrito por el entonces director regional de Bosques de Cornare, José Fernando López Ortiz, y por los funcionarios de esta entidad Gustavo Cano Ríos y David Echeverri López, identifica que:

[...] En la visita participaron los señores RAFAEL LUCUARA ingeniero y HUGO ZULUAGA JARAMILLO abogado, en representación de la empresa GENERAMOS ENERGIA S.A E.SP., y GUSTAVO CANO RIOS técnico administrativo, DAVID ECHEVERRI LOPEZ biólogo y JOSE FERNANDO LOPEZ ORTIZ director de la Regional Bosques, en representación de CORNARE.

En el recorrido efectuado el día 3 de junio de 2010 en compañía de las partes interesadas, se mostró el sitio de la ubicación de casa de máquinas en la cota aproximada 1.571 m.s.n.m, coordenadas X: 872.684, Y: 1.159.477; y se verificó el sitio de captación cuyas coordenadas son: X: 872.625, y: 1.158.278 y Z: 1769 [...].



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

59. A su vez, la Resolución 134-0044 cuando recopila la actuación administrativa únicamente enuncia la visita ocular efectuada en el municipio de Cocorná, en el considerando que señala que: «**el día 3 de junio del 2010, se realizó visita al lugar donde se pretende realizar la captación del recurso y se expidió el informe técnico 134-0135 del 10 de junio del 2010**»²⁶.

60. La Sala insiste en que el acto acusado fue expedido el 15 de junio de 2010. Es decir que al momento en que se programó la visita enunciada por el aviso ubicado en el municipio de Carmen de Viboral (1 de julio de 2010), ya había sido adoptada la decisión administrativa objeto de reproche. Por ello, esta segunda visita no se llevó a cabo.

61. En materia de participación comunitaria, es menester resaltar que la Junta de Acción Comunal de la vereda La Esperanza, Diosdado Quintero, mediante derecho de petición de 22 de junio de 2010, solicitó a Cornare lo siguiente:

[...] por medio de la presente exposición de motivo (sic) solicitar una prórroga en tiempo de 90 días hábiles a partir de la fecha para analizar la viabilidad del posible otorgamiento de la concesión de aguas y la inclusión y participación de la comunidad, personas jurídicas y naturales y demás procesos a realizarse para tener claridad en la pertinencia y la favorabilidad en perjuicios y mejores derechos para las partes, de acuerdo con la solicitud por parte de la empresa Generamos Energía. [...]

[C]onsideramos (sic) con la intervención se debe tener en cuenta que las obras a realizar pueden llegar a tener impactos negativos por tala de árboles, excavaciones y reducción del caudal del agua en un tramo del río, siendo estos reductos del bosque primario y secundario, el área de protección en zonas de llanura e inundación del río, dado que en algunos predios se compraron únicamente los 20 metros que ellos consideran necesarios para realizar estas obras y está contemplado por ley que este río tiene 30 metros de protección por llanuras y zonas de inundación en cada margen a lado y lado [...].

[L]a participación de la comunidad personas jurídicas y naturales en las visitas oculares y el conocimiento de los diagnósticos impartidos por profesionales [...]

62. Igualmente, obra en el acervo un derecho de petición de 28 de junio de 2010²⁷, elevado por el entonces alcalde Municipal de Carmen de Viboral y por el gerente General de la empresa de servicios públicos La Cimarrona E.S.P., en el que elevan la siguiente petición a la autoridad ambiental:

[...] Según comunicado fijado en la alcaldía municipal de El Carmen de Viboral, y que hace referencia a la concesión de aguas en el río Cocorná, jurisdicción del Municipio de El Carmen de Viboral, solicitada por la Empresa GENERAMOS ENERGIA S.A. E.S.P., con NIT 900.203.772-4, (...) nos permitimos hacer la siguiente intervención:

²⁶ Folio 72 del expediente procesal.

²⁷ Folio 76 del expediente procesal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

En vista de que la empresa La Cimarrona E.S.P, tiene radicada en CORNARE una solicitud de proyecto hidroeléctrico a desarrollar en el río Cocorná y las quebradas Guarino y San Lorenzo, vemos con gran interés poder participar en dicho proceso de adjudicación, ya que como ente Municipal estamos en pro del bienestar de nuestros ciudadanos y pensamos con todo el respeto que su entidad merece, que un proyecto de esta envergadura debería contar con el acompañamiento tanto de la Administración Municipal como de los habitantes de la zona involucrada.

Hemos escuchado a varios habitantes de la Vereda La Esperanza los cuales manifiestan su preocupación con este proyecto y que exigen por parte de la Administración Municipal pronunciarse al respecto.

De acuerdo a lo anterior solicitamos muy cordialmente se tenga en cuenta la intención del Municipio de presentar proyectos de Aprovechamiento Múltiple (consumo humano y generación de energía eléctrica) en toda la Jurisdicción del Municipio de El Carmen de Viboral teniendo como objeto social la generación de empleo para los habitantes de las diferentes zonas que se encuentren dentro de este territorio, contribuyendo al progreso de nuestro Municipio y por ende a sus habitantes. [...]

63. También reposa el oficio 0001172 de 28 de julio de 2019²⁸, suscrito por la Secretaria General de la autoridad demandada, en donde solicita al representante legal de la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. lo siguiente:

[...] Con base en lo conversado en reunión sostenida en la Secretaria General de la Corporación, sobre el motivo de la referencia, le solicito manifestación expresa del consentimiento a la revocatoria del acto administrativo o de la negativa del mismo.

Expediente. 051970209138 [...]

64. Además, obra el oficio 3077 de 3 de agosto de 2010²⁹, del entonces alcalde Municipal de Carmen de Viboral Joaquín Darío Duque Zuluaga, conforme al cual se tiene que:

*[...] Con la presente queremos expresar nuestra inconformidad por el trámite que se le dio al proceso del asunto, **debido a que es imposible que la administración Municipal de El Carmen de Viboral no se haya enterado del procedimiento que se surtió para el otorgamiento de esta concesión, la cual está dentro de la jurisdicción de nuestro municipio, incumpliendo lo estipulado en el procedimiento instaurado por CORNARE para dicho trámite**, el cual dice claramente en uno de sus apartes "Aviso Publicidad del Trámite: Con el Auto Admisorio, CORNARE emite un aviso como lo dispone la ley, con el fin de dar publicidad al trámite que se realiza, para que en caso de existir interesados en el mismo, realicen oposición a este si lo consideran necesario, durante la inspección ocular o en la evaluación técnica o legal al interior de la Corporación; dicho auto también se publicará en la página Web de la Corporación. El aviso se fijará por un término de diez 10 días en la Alcaldía Municipal o Inspección Municipal de la jurisdicción de predio al que se le otorgará la concesión, así como el nombre del funcionario que la practicará."*

²⁸ Folio 77 del expediente procesal.

²⁹ Folio 78 del expediente procesal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

(Subrayas fuera de texto); además dicho trámite se realizó en la regional de CORNARE Bosques, debiéndose realizar ante la Regional Valles de San Nicolás tal cual lo expresa el procedimiento de CORNARE “El trámite para concesión de agua se realiza en la Regional de la Corporación, de la jurisdicción donde se encuentre ubicado el precio a beneficiarse.” (Subrayas fuera de texto); por eso pedimos se anule la decisión inicial hasta tanto no se haga claridad sobre la forma en que se desarrolló este procedimiento de concesión de aguas sobre El río Cocorná jurisdicción Del Municipio de El Carmen de Viboral a La empresa Generamos Energía S.A. E.S.P.

En ningún momento queremos entorpecer el desarrollo de proyectos que puedan beneficiar la comunidad de la zona, pero solicitamos sean tenidos en cuenta todos los actores involucrados en estos y se siga el procedimiento tal cual manda la Ley, aún más cuando la intención del Municipio de El Carmen de Viboral es poseer las mercedes de agua de todas nuestras cuencas para desarrollar tanto proyectos hidroeléctricos como para consumo humano. [...]

VI.5. Del caso concreto

65. En el presente litigio la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare afirma que la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010 desconoce lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541 de 1978, e incurre en el vicio de expedición irregular del acto.

66. A efectos de resolver, la Sala recuerda que la nulidad de los actos administrativos «*[p]rocede (...) no sólo cuando (aquellos) (...) infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos (...) en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa*», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del CCA.

67. Nótese que la causal de nulidad por expedición irregular del acto se configura cuando la administración desconoce las normas que regulan los requisitos o procedimientos legales exigidos para la expedición de esa decisión. Tal omisión incluye las formas propias de la fase participativa previa a la expedición de la respectiva decisión, las cuales están dirigidas a garantizar el derecho de audiencia y de defensa de los administrados.

68. Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

[...] [L]a existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
 Demandante: Corporación Autónoma Regional
 de las Cuencas de Rionegro y Nare

constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir. [...]

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma [...]30 (negrillas fuera de texto).

69. Valga agregar también que la única irregularidad capaz de viciar de nulidad un acto corresponde a aquella que incida directamente en el sentido de la decisión y sea relevante para su contenido, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en el siguiente sentido:

[...] Los vicios de forma o procedimentales en la expedición del acto administrativo **deben ser de tal magnitud**, que tengan la virtualidad de afectar la legalidad de la decisión, en tanto **que su irregularidad compromete principios, normas o derechos que el ordenamiento busca salvaguardar a través de estas exigencias formales**. Así, no cualquier defecto de carácter formal, tiene la potencialidad de afectar la validez de una decisión administrativa y de esa manera lo ha considerado esta Corporación en varias ocasiones [...].

De lo anterior es posible distinguir dos clases de aspectos formales que inciden en la formación de un acto administrativo: i) los sustanciales y ii) los accesorios. Los primeros, como su nombre lo indica, buscan garantizar el derecho sustancial y los segundos, se prevén como una ritualidad que se exige para el pronunciamiento de la administración. **Sólo las formalidades sustanciales pueden llegar a incidir en la existencia y validez del acto administrativo, en tanto que tienen la potencialidad de afectar el debido proceso que pueden menoscabar un derecho o una norma que finalmente impacte en la decisión adoptada.** [...]31 (Destacado fuera de texto).

70. Ciertamente, la observancia de las formalidades se relaciona con el respeto y cumplimiento de los requisitos o procedimientos previstos en la ley o reglamento

30 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá D.C., Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), Actor: CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA, Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 15 de mayo de 2018, número único de radicación 08001-23-31-000-2007-00955-01, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

para la formación, estructura y contenido del acto. También permite agotar las etapas encaminadas a adoptar una decisión que reconozca los múltiples intereses que confluyen en cada materia.

71. Bajo este contexto jurisprudencial, y teniendo en cuenta el material probatorio recopilado en el acápite VI.4.2 de este proveído, la Sala observa que la autoridad administrativa demandante transgredió lo ordenado por los artículos 56 y 57 del Decreto 1541 de 1978, en la medida en que resolvió la solicitud de concesión sin llevar a cabo el procedimiento previsto para garantizar la participación de la comunidad del Carmen de Viboral, área de influencia de ese proyecto de generación de energía.

72. Es claro que Cornare no acató plenamente ese procedimiento en las condiciones de modo, tiempo y lugar allí descritas. Si bien fijó el aviso, nunca realizó la visita ocular programada para el 1 de julio de 2010, a pesar de su compromiso en la materia.

73. Al respecto, la entonces directora de la Regional Valles de San Nicolas de Cornare³², mediante oficio 131-0126 de 1° de febrero de 2010, certificó que:

[...] Que no se fijó dentro de los términos legales el aviso de concesión de aguas de La empresa Generamos Energía en el municipio del Carmen de Viboral, correspondiente al trámite que se adelanta dentro del expediente 051970209138.

*Se expide en el municipio de Rionegro a los 2 días del mes de febrero del de 2011. [...]*³³

74. El número que señala el anterior certificado coincide con la numeración del proceso administrativo del proyecto hidroeléctrico identificado en la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010. Igualmente, el mencionado acto administrativo agrega que esa intervención se ubica en el municipio de El Carmen de Viboral y no en el municipio de Cocorná, hecho que refuerza el reproche a las actuaciones de Cornare.

75. Es innegable que la única visita que practicó la autoridad ambiental se realizó en un municipio distinto al directamente afectado. Concretamente, la comunicación que reposa en el folio 64 del expediente administrativo, tiene una constancia de fijación en la Inspección de Policía de Cocorná (Antioquia) y no en la Alcaldía o en la Inspección del municipio de Carmen de Viboral (Antioquia).

76. En cuanto a la constancia que obra en el folio 65 del expediente procesal, la Sala reitera que la visita de 1 de julio de 2010 nunca se llevó a cabo antes de expedir el acto administrativo. Igualmente, esa constancia no indica registro de

³² María Aurora Gómez Jaramillo

³³ Folio 80 del expediente procesal.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

desfijación luego del transcurso de por lo menos de 10 días, tal y como lo exige la reglamentación.

77. Por lo anterior, no le asiste la razón al Ministerio Público cuando afirma que en el plenario está acreditado el cumplimiento de todas las solemnidades exigidas por el Decreto 1541. *Contrario censu*, la fijación del aviso es una garantía de naturaleza sustancial que permite a los usuarios participar y oponerse a la evaluación de un proyecto hídrico hasta antes del momento de la visita ocular, la cual en el caso concreto materialmente no se practicó el 1° de julio de 2020.

78. En segundo lugar, también la demandante demostró que la Resolución 134-0044 transgrede el artículo 60 de ese mismo decreto, en tanto dicha disposición establece que las personas con derecho o interés legítimo a participar en la evaluación de una solicitud de concesión de aguas cuentan con la posibilidad de oponerse al proyecto hídrico hasta antes de la visita ocular o durante la diligencia de la misma.

79. Concretamente, las pruebas señalan que la Junta de Acción Comunal de la vereda La Esperanza, la Empresa Prestadora de Servicios Públicos La Cimarrona ESP y la Alcaldía municipal de El Carmen de Viboral, tenían interés en oponerse a «*que se otorgue la concesión*», por razones ambientales, sociales y de interés general. Reparos que debía resolver Cornare «*conjuntamente en la resolución que otorgue o niegue la concesión*».

80. Frente al debido proceso, cabe precisar que éste se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política. Asimismo, el aludido precepto constitucional establece que «*[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*».

81. En términos generales, al referirse a esta garantía procesal, la Corte Constitucional ha señalado que:

*[...] en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a **“actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]**” y que, en todo caso, se han identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a: i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; iii) ser oído durante toda la actuación; iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; v) ser*



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción; y, por último, viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle.[...]»³⁴

82. En este contexto, la Sala concluye que la Corporación quebrantó el derecho de audiencia y defensa de los usuarios de ese recurso hídrico cuando omitió adelantar la garantía del debido proceso encaminada a fomentar la participación de los usuarios del recurso.

83. No le asiste razón al Ministerio Público cuando sugiere que la demanda carece de vocación de prosperidad porque la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general es un presupuesto de eficacia, y no una causal de nulidad del mismo.

84. En este debate no se controvierte si Cornare cumplió con las solemnidades exigidas para la publicación del acto demandado. Por el contrario, la demanda de nulidad se centra en la pretermisión de una fase previa exigida para la construcción de la decisión administrativa. En otras palabras, Cornare demandó la nulidad de su propio acto de naturaleza mixta, sin discutir si aquella resolución es oponible o no a terceros. Únicamente advirtió que no adelantó un requisito legal de obligatorio cumplimiento en la formación y expedición del acto acusado.

85. En ese orden, es claro que la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010 desconoció lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en los artículos 56, 57 y 60 del Decreto 1541 de 1978, e incurre en el vicio de expedición irregular dado que la autoridad demandante omitió fijar un aviso en el municipio de El Carmen de Viboral de conformidad con las disposiciones antes mencionadas, y realizar la visita ocular correspondiente.

86. Con fundamento en las anteriores consideraciones, debe prosperar la pretensión de nulidad, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

87. Finalmente, la parte actora solicitó a la Sala, a título de restablecimiento del derecho, «condenar A GENERAMOS S.A. E.S.P a restituir el recurso hídrico a la condición que presentaba antes de la expedición del acto administrativo cuya nulidad se pretende».

88. Sobre el particular, luego de revisar el plenario, la Sala considera que, si bien es cierto Cornare no demostró el estado de ejecución del proyecto, o el nivel efectivo de captación anual de las aguas por el concesionario, también lo es que la consecuencia natural de la declaratoria de nulidad de la Resolución 134-0044 está ligada al deber de la sociedad GENERAMOS S.A. E.S.P. de detener la captación

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010.



Radicación: 11001-0324-000-2011-00216-00
Demandante: Corporación Autónoma Regional
de las Cuencas de Rionegro y Nare

de dicho recurso, y dismantelar la infraestructura que haya dispuesto para tal fin, con el objeto de garantizar que la zona del proyecto tenga condiciones ambientales sostenibles, tal y como se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

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: DECLARAR NULA la Resolución 134-0044 de 15 de junio de 2010, expedida por la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de Rionegro y Nare – Cornare, conforme a lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, a título de restablecimiento, **ORDENAR** a la sociedad GENERAMOS S.A. E.S.P. que detenga la captación del recurso hídrico y dismantele la infraestructura que haya dispuesto para tal efecto, dejando la zona del proyecto en condiciones ambientales sostenibles.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Presidente
 Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

(Firmado electrónicamente)

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado