

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, dos (2) de julio de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: Radicación No. 660011233100020070031101
Recurso de apelación contra la sentencia de 3 de septiembre
de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda
Actora: INVERSIONES ARME LTDA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora – **INVERSIONES ARME LTDA**, frente a la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se declaró no probadas las excepciones formuladas y se negaron las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“1. DECLÁRASE no probadas las excepciones de “Inepta demanda por no cobijar la demanda a todos y cada uno de los actos administrativos proferidos por la CARDER por tratarse de un acto complejo” e “Inepta demanda por el no agotamiento en debida forma de la vía gubernativa”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. NIÉGANSE las súplicas de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

3. No se condena en costas, atendiendo lo señalado en la parte considerativa.

4. Expídanse a costa de los interesados las copias que fueren solicitadas.

5. Una vez ejecutoriada la presente decisión, por Secretaría procédase con la devolución a la parte demandante de los remanentes de la cuota de gastos a que hubiere lugar y con el archivo del expediente (fl. 27. cdno. 1).

I-. ANTECEDENTES

I.1. Mediante escrito presentado ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 19 a 33, cdno. 1), el apoderado judicial de la empresa **INVERSIONES ARME LTDA**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA – CARDER**, con miras a obtener la siguiente declaratoria:

“PRIMERA: Que se declare que son parcialmente nulas las Resoluciones 204 de 13 de febrero y 795 de 12 de junio de 2007, respectivamente, expedidas por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA- CARDER, por medio de las cuales se otorgó a la sociedad Inversiones Arme Limitada, una concesión para el uso de aguas superficiales y el respectivo permiso de vertimiento y se dictaron otras disposiciones, la primera; y, la segunda, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera mencionada, porque se trata de Resoluciones manifiestamente contrarias a la Constitución Nacional y la Ley, como se consignará más adelante.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que mi mandante, la sociedad Inversiones Arme Limitada, tiene derecho al uso y goce de las aguas termales mencionadas en los referidos actos administrativos, por ser de su exclusivo dominio privado, en los términos establecidos por los artículos 58 de la Constitución Nacional, 677 del Código Civil, y 5 del Decreto 1541 de 1978, en

concordancia con lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 1594 de 1984.

TERCERA: Que, en consecuencia, se declare que para el uso y goce de las mencionadas aguas termales que nacen y mueren naturalmente dentro del predio de su propiedad, la sociedad Inversiones Arme Limitada no requiere de autorización, permiso o concesión alguna por parte de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA - CARDER.

B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERA: Que se declare que son parcialmente nulas, las Resoluciones 204 de 13 de Febrero y 795 de 12 de junio de 2007, respectivamente, expedidas por la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE RISARALDA- CARDER, por medio de las cuales se otorgó a la sociedad Inversiones Arme Limitada, una concesión para el uso de aguas superficiales y el respectivo permiso de vertimiento y se dictaron otras disposiciones, la primera, y, la segunda, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera mencionada, porque se trata de Resoluciones manifiestamente contrarias a la Constitución Nacional y la Ley, como se consignará más adelante.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del Derecho, se declare que la sociedad Inversiones Arme Limitada, no está obligada a revertir a favor del Estado al vencimiento de la concesión que se le efectuó por medio de las resoluciones acusadas, ninguna de las obras de captación, control, conducción, almacenamiento o distribución exclusiva de las aguas termales, construcciones e instalaciones que levantó en los predios de su propiedad, por las razones que se expresarán en esta demanda” (fls. 20 y 21. Cdn. 1).

I.2. La actora se fundamentó en los siguientes hechos:

Manifestó que la sociedad Inversiones Arme Limitada es la propietaria y poseedora inscrita de un predio de doscientas cincuenta y seis hectáreas (256 hs), ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Cabal -

Risaralda, en el cual funciona un establecimiento de comercio de su propiedad denominado “*Hotel Termales*”.

Adujo que el mencionado predio lo adquirió por compra que se hizo, junto con otros predios, a la sociedad Compañía de Inversiones Intercontinental Limitada. Recordó que la referida sociedad, a su turno, lo había adquirido por compra que realizó a los señores Miguel Arbeláez Arbeláez y Ofelia Mejía de Arbeláez.

Aseguró que dentro del mencionado predio existen varios afloramientos o “*nacederos*” de aguas termales con propiedades medicinales que alcanzan temperaturas de 75°C, y que han venido siendo explotadas tradicional e ininterrumpidamente por la familia Arbeláez Mejía, por la compañía de Inversiones Intercontinental Limitada y ahora, por la sociedad Inversiones Arme Limitada, consolidándose así el derecho de propiedad sobre las mismas y su carácter privado tal como lo disponía la Constitución de 1886 - artículo 202, reiterado en la actual - artículo 58, y reconocido expresamente por el Código Nacional de Recursos Naturales - D.L. 2811 de 1974.

Expuso que los sucesivos propietarios del mismo predio, desde antes de 1941, han realizado cuantiosas inversiones en obras de infraestructura para el aprovechamiento de las aguas termales que nacen y mueren naturalmente en el predio de su propiedad. Destacó que las mencionadas aguas termales se aprovechan dentro de la misma heredad pues no salen ni confluyen a otro curso ni depósito, ni se extienden fuera del predio.

Afirmó que las aguas residuales que, desde luego, son distintas de las aguas termales, provenientes del Hotel Termales, son descargadas en forma directa

en el Río San Ramón, afluente del Río San Eugenio, con el previo permiso y autorización de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER.

Anotó que para efectuar ese vertimiento de aguas residuales, la sociedad inversiones actora efectuó también, a su costa y en su propio beneficio, varias obras para instalar adecuados sistemas de recolección y tratamiento de los residuos líquidos, con la debida y previa autorización y supervisión de la CARDER, cumpliendo para ello con la totalidad de los requisitos que le exigía la Resolución 406 de octubre 26 de 1993, expedida por esa entidad.

Mencionó que a través de la comunicación de 20836 de 2 de marzo de 1995, la Corporación Autónoma Regional De Risaralda - CARDER, informó a la actora que *"...Después de evaluar y analizar el diseño del sistema de tratamiento para las aguas residuales generadas en el Hotel este se aprueba por estar acorde con los requerimientos técnicos de la CARDER"*.

Señaló que mediante Resolución 248 de 1 de junio de 1995, la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, otorgó permiso a la accionante para el vertimiento de residuos líquidos por el término de un (1) año.

Agregó que a través de la Resolución 087 de 28 de febrero de 1996, la Corporación Autónoma le impuso unas obligaciones adicionales a las establecidas en la referida Resolución 248, consistentes en: i) Instalar el lecho filtrante; realizar la conexión de tubería para limpieza, construcción de andenes, canaletas y acceso al sistema de tratamiento; y ii) Proyectar canaleta perimetral en concreto para transporte y desvío de las aguas lluvias de la base de la estructura y los gaviones instalados.

Con posterioridad, dijo que por medio de la Resolución 323 de 27 de junio de 1997, se le concedió un nuevo plazo para allegar el estudio de caracterización físico-químico de los vertimientos líquidos del Hotel.

Resaltó que en la Resolución 372 de 12 de mayo de 1998, la Corporación renovó el permiso de vertimiento de residuos líquidos a la sociedad Inversiones Arme Limitada, por un plazo de dos (2) años más.

Se refirió a que **en la Resolución 0789 de 27 de junio de 2001 se le otorgó una concesión para la utilización de las aguas de dominio público** y, en la misma, se dejó constancia que la sociedad quedaría obligada a “e) *Revertir las instalaciones y construcciones afectas a la concesión de aguas termales, una vez terminada la vigencia de la misma...*”.

De esta manera, expresó que desde la expedición de la Resolución 0789 de 2001, la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, confundió el permiso que le había solicitado para el vertimiento de los residuos líquidos en forma directa en el Río San Ramón, afluente del Río San Eugenio, que ya le había sido autorizado por medio de los actos administrativos referidos, con una “concesión” para la utilización de las aguas termales de su propiedad, la cual, explicó, nunca solicitó.

Aseveró que el yerro de la Corporación Autónoma en la identificación de las circunstancias de hecho condujo a la aplicación de un régimen en el uso de las aguas distinto al querido por la Constitución y la ley. Indicó que es diferente el uso y aprovechamiento de las aguas privadas - en este caso las termales - de las aguas de uso público, susceptibles de concesión.

En suma, advirtió que por medio de las resoluciones acusadas la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, prorrogó la mal llamada “concesión” y se ratificó en la obligación que de manera ilegal y arbitraria impuso a la sociedad, de revertir esas instalaciones y construcciones al vencimiento del plazo otorgado en ellas.

I.3. El concepto de la violación fue expuesto así:

Manifestó que el artículo 80 del Decreto 2811 de 1974, CNRN, consagra que “*sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles*”; y, en esa misma línea, sostuvo que el artículo 81 subsiguiente, reitera lo establecido por el artículo 677 del Código Civil, en el sentido de que pertenecen al dominio privado aquellas aguas que nacen y mueren naturalmente en una misma heredad, por lo que su propiedad, uso y aprovechamiento corresponden al dueño del predio. Recordó que éste último aspecto se reproduce con el mismo alcance en el artículo 40 del Decreto 1541 de 1978, reglamentario del CNRN.

Aseguró que como quiera que la fuente o “*nacimiento*” de las aguas termales se encuentra dentro del mismo predio de propiedad de la actora, sin que pueda hablarse de la existencia de un cauce natural por el que corran las aguas, dado que éstas nacen y mueren dentro de la misma heredad, su dominio corresponde al dueño del predio, y con mayor razón su uso y aprovechamiento, por ser un derecho adquirido conforme a la ley.

En tales condiciones, alegó que el uso que haga el propietario lo hace por ministerio de la ley; lo anterior, comentó, sin desconocer que el ejercicio de este derecho, al igual que el de todos los derechos subjetivos, debe estar

enmarcado dentro de los límites del orden público y de las buenas costumbres a que se sujeta la autonomía de la voluntad particular.

Afirmó que el evidente error de hecho en que incurrió la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, consiste en haber dejado de valorar las pruebas que acreditan el dominio de los predios en que se encuentra la fuente termal, y que dichas aguas en ningún momento lo abandonan, sin perjuicio del uso o aprovechamiento de sus dueños, como es corroborado con los informes técnicos rendidos con ocasión de las visitas practicadas.

De otra parte, sostuvo que en gracia de discusión que si la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, tiene competencia para reglamentar el uso del recurso hídrico, comprendidas aquellas aguas de propiedad privada en razón de una futura necesidad o interés de carácter general que pueda surgir, también lo es que el derecho de propiedad de las aguas, al igual que los demás derechos de este talante, puede ser objeto de expropiación o de limitación mediante la imposición de las servidumbres correspondientes pero, con la plena observancia de lo previsto para el efecto por el CNRN y el Decreto 1541 de 1978; esto es, mediante previa declaratoria de utilidad pública o interés común del recurso, decretada en providencia previa que hubiese respetado los derechos de su titular, y previa indemnización, como igualmente lo prevé la Constitución Nacional.

II.- ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Notificada del auto admisorio de la demanda, la entidad en contra de quien se dirigió el libelo inicial contestó la demanda en los términos que se resumen a continuación:

2.1. INTERVENCIÓN DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA - CARDER. La autoridad ambiental contestó la demanda oponiéndose a todos y cada uno de los argumentos contenidos en el libelo inicial.

I. Acto Complejo.

Comentó que la Sociedad Arme Ltda., no demandó todos y cada uno de los actos administrativos: auto de inicio de trámite de fecha 12 de diciembre de 2006, Resoluciones 204 del 13 de febrero de 2007 y 795 del 17 de junio de 2007.

Sostuvo que se limitó a demandar el acto administrativo que le otorgó la concesión de aguas, junto con la resolución a través de la cual se resolvió el recurso de reposición, dejando por fuera de la litis el auto de inicio de trámite número 452 del 12 de diciembre de 2006.

Indicó que la CARDER en respuesta a la petición de la accionante, radicada mediante el número 080826 de 2006, con base en lo dispuesto en los artículos 69 y 70 de la Ley 99 de 1993, profirió el auto de iniciación de trámite número 452 del 12 de diciembre de 2006, lo anterior con el fin de decidir sobre la solicitud de concesión de aguas termales y permiso de vertimiento.

Observó, entonces, que se trató de un acto complejo; en consecuencia, la sociedad accionante, debió igualmente, demandar el auto de inicio referido.

II. Procedimiento y normas a aplicar para resolver la solicitud.

Aseveró que como quedó demostrado la petición partió de la misma sociedad y, la CARDER como autoridad encargada de administrar el medio ambiente y los recursos naturales renovables, una vez vencido el plazo a favor de la sociedad dispuso que la concesión otorgada estuviese a tono con las normas ambientales vigentes, dejando en claro la fecha en que debía revertir los bienes utilizados en la concesión a favor del Estado, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 2811 de 1974 y el Decreto 1541 de 1978, artículo 181.

Arguyó que teniendo en cuenta que la concesión había vencido y con base en lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto Ley 2811 de 1974, decidió adelantar el trámite legal dispuesto para el otorgamiento de concesiones y permisos, en aras de respetar el debido proceso y el derecho de defensa.

Por lo anterior, añadió que la modificación de la concesión se justifica en la Ley sin quebrantar derecho alguno de la usuaria; por el contrario, aclaró que se respetó el derecho a la igualdad, con respecto a las otras concesiones que ha otorgado en la zona, en las cuales se fijaron plazos prudenciales para que la beneficiaria de la concesión pueda recuperar la inversión y tener una utilidad.

Reiteró que mediante auto de fecha 12 de abril de 2007, decretó un período probatorio de treinta días para que la recurrente presentara un estudio financiero detallado con su respectiva certificación, para así establecer el

tiempo en que recuperaría la inversión con el fin de determinar la vigencia de la concesión, sin embargo, dijo que la sociedad impugnate guardó silencio.

Expresó que es válido lo manifestado por la recurrente, en el sentido que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo teniendo en consideración las circunstancias de hecho y de derecho que corresponden en cada caso, más en actividades regladas.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones:

- Inepta demanda por no demandar todos y cada uno de los actos administrativos proferidos por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER, por tratarse de un acto complejo.
- Inepta demanda por el no agotamiento en debida forma de la vía gubernativa.

Sobre ésta última, manifestó que la sociedad demandante trae a colación hechos y argumentos que no fueron debatidos en sede administrativa dentro del agotamiento de la vía gubernativa, por lo tanto, afirmó que las mismas no pueden ser tenidas en cuenta.

Precisó que las normas vigentes disponen que los hechos que no hayan sido objeto de debate dentro del agotamiento de la vía gubernativa no podrán alegarse válidamente dentro del proceso de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa.

III.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 3 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró no probadas las excepciones formuladas y negó las pretensiones de la demanda.

En relación con las excepciones comentó lo siguiente:

- Inepta demanda por no demandar todos y cada uno de los actos administrativos proferidos por la CARDER, por tratarse de un acto complejo.

Al respecto, manifestó que el auto que dispone el inicio del trámite de modificación de la licencia ambiental, per se, no determina que el mismo es de aquellos actos administrativos “*plausibles*” de demandarse ante esta jurisdicción, dado que en modo alguno define o pone fin a la actuación administrativa.

- Inepta demanda por el no agotamiento en debida forma de la vía gubernativa.

El a-quo recordó que el apoderado de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda argumenta que la sociedad demandante trae a colación hechos y argumentos que no fueron debatidos en sede gubernativa, por lo tanto los mismos no pueden ser tenidos en cuenta en la demanda.

Frente a esta excepción, el Tribunal consideró que tampoco resulta procedente la misma, toda vez que en la vía judicial, el actor puede presentar válidamente hechos, argumentos o causales de nulidad nuevas que le sirvan

de sustento para la prosperidad de sus pretensiones; aspecto que ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, como máximo organismo de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto al fondo del asunto:

Comentó que en primer lugar se debe tener en cuenta que el dominio y el aprovechamiento de las fuentes de agua se encuentra sometido a un régimen legal de carácter especial, por lo tanto su explotación y aprovechamiento por parte de particulares es objeto de una regulación específica.

De acuerdo con lo anterior, dijo que era preciso determinar donde se encuentran ubicados los nacimientos o afloraciones de las aguas termales y hacia donde convergen; por lo que anotó se debe hacer referencia al dictamen pericial que obra en el dossier, el cual fue solicitado por la parte actora y decretado por este Tribunal.

Sostuvo que una vez leído y analizado el informe pericial, colige sin mayor esfuerzo y con claridad meridiana, que los afloramientos o nacimientos de las aguas termales ubicados en el predio de propiedad de la sociedad Inversiones Arme Ltda. ostentan el carácter de dominio público, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 18 del decreto 1541 de 1978. Aclaró que si bien es cierto, se encuentran dentro de los predios de propiedad de la sociedad demandante, también lo es que los mismos se unen a otros nacimientos de agua fría, los cuales finalmente desembocan en el río San Ramón.

Indicó que no le asiste razón al actor cuando afirma que “...*como quiera que nacen y mueren naturalmente dentro del mismo predio de su exclusiva propiedad, consolidándose así el derecho de propiedad sobre las mimas y su carácter privado tal como lo disponía la Constitución anterior, en su artículo 202...*”. Aseguró que se ajusta a derecho la concesión otorgada.

Sin perjuicio de lo expuesto, concluyó además que el demandante utiliza medios artificiales (tuberías, bocatomas, tanques de carga) para la toma y conducción de las aguas termales, con el fin de explotarlas comercialmente a través del establecimiento de comercio denominado Hotel Termales, por lo tanto su uso está sujeto a concesión, tal y como lo prescribe el artículo 88 del Decreto 2811 de 1974, en el que se determina que “*Salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión*” y que ésta se encontrará “*sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina*”.

Finalmente, reiteró que las aguas termales que emanan dentro del predio de la demandante no se evaporan o filtran en el susodicho terreno, pues son objeto de canalización para uso comercial y mezclándose con aguas frías de pequeños nacimientos que desembocan en el río San Ramón, por lo que se trata entonces de aguas de dominio público y por lo mismo requieren de una concesión por parte del Estado, cuya competencia está en cabeza de las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes definen las condiciones específicas para su utilización.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DE LA SOCIEDAD INVERSIONES ARME LTDA. En escrito visible a folios 7 a 22 del cuaderno principal, el apoderado de la empresa actora, la apeló, sosteniendo al efecto lo siguiente:

Recordó que el Tribunal estimó en la sentencia recurrida, que por tratarse de aguas de dominio público, las aguas termales de propiedad de Inversiones Arme Ltda., deben ser explotadas a través de la figura jurídica de la concesión, para lo cual aplicó de manera indebida el artículo 18 del Decreto 1541 de 1978, que reglamentó el Decreto 2811 de 1974 y el artículo 677 del Código Civil, sin considerar ni tener en cuenta que de acuerdo con las pruebas técnicas arrimadas al proceso, tales aguas termales nacían y morían dentro de la misma heredad de propiedad de mi poderdante.

Manifestó que el dictamen pericial parte de la conclusión fundamental de nacer y morir los afloramientos o nacimientos de aguas termales dentro del predio de propiedad de la actora, por lo que el Tribunal desconoce ese hecho y de manera errada aplicó a la solución del caso sometido a su consideración la anotada disposición.

Expresó que no resulta cierto que por el hecho de verter las aguas residuales al Río San Ramón, las aguas termales perdieron su carácter de propiedad privada y pasaron a ser de dominio público, conclusión apresurada y carente de fundamento técnico pues no vio el Tribunal que las aguas residuales que se vierten al Río San Ramón, no son aguas termales sino, por el contrario, aguas frías mezcladas que carecen de características termales, punto este de la mayor trascendencia pues no es lo mismo verter aguas frías residuales que aguas termales.

Indicó que el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda no tuvo en cuenta ni consideró el dictamen pericial en cuanto estableció que las aguas termales que afloran dentro del predio de propiedad de ellos cuando no son captadas, fluyen por la ladera para mezclarse con pequeños nacimientos de agua fría, lo que impone que dentro del mismo predio pierden su carácter de termales por el simple hecho de mezclarse con aguas frías.

Se refirió a que el Tribunal tampoco consideró, como se acreditó con el dictamen pericial, que las aguas termales mezcladas dentro de su heredad con pequeños nacimientos de agua fría no se vierten como termales al Río San Ramón como de manera infundada y antitécnica se afirma en la sentencia recurrida, porque las aguas residuales que se vierten o desembocan en el Río San Ramón, siempre son aguas frías y no aguas termales.

Por lo expuesto, consideró que si las aguas termales nacen y se enfrían dentro del mismo predio o heredad ninguna duda le debe quedar acerca de su naturaleza privada y, por tanto, que están sustraídas del control del estado y del régimen de explotación y aprovechamiento de aguas de carácter público. En consecuencia, dijo que las resoluciones acusadas deben ser anuladas al haber obrado la CARDER por fuera de los límites de su competencia y en abierto y manifiesto desvío de poder.

V-. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de veintiséis (26) de noviembre de 2012 (fls. 59, cdno. ppal), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el plazo la

parte actora reiteró en esencia los argumentos de nulidad. La accionada y el Ministerio Público guardaron silencio.

VI-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A RESOLVER

De la lectura de la demanda, la Sala encuentra que el planteamiento central se refiere a que los afloramientos de aguas termales nacen y mueren dentro del predio ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, inmueble que es de propiedad de la sociedad Inversiones Arme Ltda y el cual es explotado comercialmente por ésta desde hace varios años, a través del establecimiento de comercio denominado “*Hotel Termales*”, razón por la cual considera la parte actora que tiene el derecho de propiedad sobre los aludidos afloramientos.

Corresponde, entonces a la Sala, de acuerdo con las prescripciones del inciso 1º del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, determinar si las aguas termales que nacen en el predio de propiedad de la sociedad actora, son de propiedad privada y, en consecuencia, no son susceptibles de concesión; o por el contrario, la actora requiere de autorización legal por parte de la Corporación Autónoma para su explotación a través de una concesión, por ser de dominio público.

Para resolver, la Sala i) hará un recuento del material probatorio allegado al plenario, ii) transcribirá y analizará la normativa aplicable al caso de autos y iii) resolverá el sub lite.

VI.2. EL MATERIAL PROBATORIO:

- Copia auténtica del oficio fechado el 1 de septiembre de 1992, en el cual los señores Miguel Darío Arbeláez Mejía, representante legal de la Compañía Inversiones Arme solicitó legalización de aguas – “*explotación de aguas calientes*” área de 256 hectáreas (fls. 105 y 104. Cdno. 1).
- Copia auténtica de la Resolución 204 del 13 de febrero de 2007 “*por la cual se otorga una concesión para el uso de aguas superficiales y el respectivo permiso de vertimiento y se dictan otras disposiciones*”, proferida por la CARDER (fls. 11 a 14. Cdno. 1).
- Copia auténtica de la Resolución 795 del 12 de junio de 2004 “*por la cual se resuelve el recurso de reposición*” interpuesto por la sociedad Arme Ltda., contra la Resolución 204 de 13 de febrero de 2007 (fls. 16 a 19. Cdno. 1).
- Copia auténtica de la Resolución 1069 del 2 de octubre de 1996, proferida por el Ministerio del Medio Ambiente, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación frente a la Resolución 090 de 10 de marzo de 2005 en la cual se otorgó a la Sociedad Arme una licencia ambiental para el proyecto denominado Balneario Santa Helena (fls. 66 a 77. Cdno. 1).
- Copia auténtica del oficio 080826 a través del cual la sociedad Arme Ltda. solicitó la renovación de aguas y permiso de vertimiento, otorgados mediante Resolución 789 de 2001 (fls. 80 a 83. Cdno. 1).

- Copia auténtica del auto de inicio de trámite 452 de 12 de diciembre de 2006, suscrito por el profesional de la oficina jurídica, relacionado con la renovación de la concesión de aguas y permiso de vertimientos líquido (fls. 85 a 88. Cdn. 1).
- Copia auténtica de la Resolución 204 del 13 de febrero de 2007, por la cual se otorga por parte de la CARDER una concesión para el uso de aguas superficiales y el respectivo vertimiento (fls. 96 a 99. Cdn. 1).
- Copia auténtica de la Resolución 795 de 12 de junio de 2007, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición frente a la Resolución 204 antes mencionada (fls. 93 a 95. Cdn. 1).
- Dictamen pericial rendido por el ingeniero ambiental de la Universidad Tecnológica de Pereira, señor Jhoniers Guerrero Erazo, como resultado de la visita de verificación al Hotel Termales de Santa Rosa (Inversiones Arme Ltda.) el día 9 de julio de 2008 (fls. 9 a 15. Cdn. 2).

VI.3. DE LA NORMATIVA APLICABLE

En lo atinente a los bienes de la unión, el artículo 674 del Código Civil, establece que se llaman así aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Particularmente, frente al dominio de las aguas, el artículo 677 *ejusdem*, dispone que “**los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios**”. Exceptúa la anterior norma “**las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de**

las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños” (Negrillas fuera de texto).

La anterior norma fue reglamentada por el artículo 81 del Decreto Ley 2811 de 1974 “por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, el cual a la letra prescribe:

*“De acuerdo con el artículo 677 del Código Civil, **se entiende que un agua nace y muere en una heredad cuando brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad**”* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

El artículo 80 del mismo decreto establece que “**sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles**. Cuando en este Código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público” (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 18 del Decreto 1541 DE 1978, modificado por el Decreto Nacional 2858 de 1981, 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, dispone en lo atinente al dominio de las aguas privadas lo siguiente:

*“De acuerdo con el artículo 81 del Decreto-Ley 2811 de 1974 y 677 del Código Civil, **son aguas privadas las que nacen y mueren en una heredad, brotando naturalmente a la superficie dentro de la heredad y evaporándose por completo o desapareciendo bajo la superficie por infiltración, dentro de la misma, y siempre que su dominio probado no se haya extinguido conforme al artículo 82 del Decreto-Ley 2811 de 1974. No son aguas privadas, por tanto las que salen de la heredad o confluyen a otro curso o depósito que sale o se extiende**”*

fuera de la heredad de nacimiento” (Negrillas y subrayado fuera de texto).

El artículo 83 del Código de Recursos Naturales consagra cuales son las aguas de dominio público así:

“Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:

- a. *El álveo o cauce natural de las corrientes;*
- b. *El lecho de los depósitos naturales de agua;*
- c. *Las playas marítimas, fluviales y lacustres;*
- d. *Una faja paralela a la línea de mareas máximas o la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;*
- e. *Las áreas ocupadas por los nevados y los cauces de los glaciares, y*
- f. **Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas”**
(Negrillas fuera de texto).

El artículo 5º del Decreto 1541 dispone:

“Artículo 5º.- Son aguas de uso público:

- a. *Los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales de modo permanente o no;*
- b. *Las aguas que corran por cauces artificiales que hayan sido derivadas de un cauce natural;*
- c. *Los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos;*
- d. *Las aguas que estén en la atmósfera;*
- e. **Las corrientes y depósitos de aguas subterráneas;**
- f. *Las aguas y lluvias;*
- g. *Las aguas privadas, que no sean usadas por tres (3) años consecutivos, a partir de la vigencia del Decreto-Ley 2811 de 1974, cuando así se declara mediante providencia del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, previo el trámite previsto en este Decreto, y*
- h. *Las demás aguas, en todos sus estados y formas, a que se refiere el artículo 77 del Decreto-Ley 2811 de 1974, siempre y*

*cuando no nazcan y mueran dentro del mismo predio”
(Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, al tenor del artículo 149 del Decreto Ley 2811 de 1974 se entiende por aguas subterráneas las **“subálveas y las ocultas debajo de la superficie del suelo o del fondo marino que brotan en forma natural, como las fuentes y manantiales captados en el sitio de afloramiento, o las que requieren para su alumbramiento obras como pozos, galerías filtrantes u otras similares”** (Negrillas fuera de texto).

Para el uso de dichas aguas el artículo 86 de la misma disposición estipuló:

“Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros.

El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar aguas que en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros.

Cuando para el ejercicio de este derecho se requiera transitar por predios ajenos, se deberá imponer la correspondiente servidumbre” (Negrillas fuera de texto).

Y, frente al aprovechamiento de las mismas, el artículo 155 del Decreto 1541 contempló:

“Los aprovechamientos de aguas subterráneas, tanto en predios propios como ajeno, requieren concesión del Inderena, con excepción de los que utilicen para usos domésticos en propiedad del beneficiario o en predios que

éste tenga posesión o tenencia” (Negrillas y subrayado fuera de texto).

VI.4. EL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta pertinente, en primer lugar, determinar con claridad dónde se encuentran los nacimientos y/o afloramiento de las aguas cuyo aprovechamiento está realizando el establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad actora denominado “Hotel Termales”.

Sobre el particular, la Sala transcribirá el dictamen pericial rendido por el ingeniero ambiental de la Universidad Tecnológica de Pereira, señor Jhoniers Guerrero Erazo, como resultado de la visita de verificación al Hotel Termales de Santa Rosa (Inversiones Arme Ltda.) el día 9 de julio de 2008 (fls. 9 a 15. Cdno. 2):

"1. Indicará el perito sí las fuentes o afloramientos de aguas termales ubicados dentro del predio de propiedad del demandante, nacen y mueren naturalmente dentro de la misma heredad.

Con el fin de delimitar espacialmente el predio de propiedad del demandante se solicito (sic) una ficha catastral No. 00-50-002-074 como corresponde en la matricula inmobiliaria No. 296-6255 (Anexos). La delimitación se proceso (sic) mediante un sistema de información geográfico.

A fin de localizar los afloramientos de agua termal, estos se ubicaron en la visita realizada y se registraron mediante un GP5 (Carmín 60) para luego superponerlos en la cartografía de la ficha catastral.

Cabe mencionar que no todos los puntos de afloramiento se pudieron registrar pues el equipo de posicionamiento (CP5) no tenía cobertura satelital debido a la espesura del bosque.

“

Durante la visita a todos lo (sic) afloramientos utilizados por el demandante en actividades de recreación y salud, se pudo constatar cual es la trayectoria de estos después de su nacimiento. Cuando estos son captados son conducidos por tubería a un tanque de carga (foto4) a fin de abastecer al Hotel Termales en sus actividades, Cuando estos no son captados fluyen por la ladera (foto5) para mezclarse con pequeños nacimientos de agua fría que finalmente desembocan en el río San Ramón.

De acuerdo a lo anterior se puede aseverar que las fuentes de afloramiento de agua termal nacen y mueren dentro del mismo predio, en su calidad de agua termal, pues al mezclarse con corrientes frías estas pierden su característica de termales situación que se puede constatar en su temperatura.

2. Indicará el perito sí la sociedad demandante utiliza aguas de dominio público para el desarrollo de las actividades que se adelantan en el establecimiento Hotel Termales o sí, por el contrario, para ello utiliza aguas termales que nacen y mueren naturalmente dentro del mismo predio de su propiedad.

“

Como se indicó los afloramientos de agua nacen en la heredad y **mueren en su calidad termal en la misma heredad al mezclarse con corrientes** superficiales que desembocan en el río San Ramón.

3. Informará el perito si las obras, las instalaciones y construcciones levantadas en el predio son y han sido propiedad exclusiva de la sociedad Inversiones Arme Limitada.

Como se puede observar en la foto 3 y 4 las obras existentes son: captaciones, tuberías de conducción y un tanque de carga que reúne las aguas termales para después ser llevadas a las instalaciones del Hotel. Las obras fueron construidas por el demandante y es el único usuario de las mismas" (Negrillas fuera de texto).

Del informe pericial, se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días, plazo durante el cual las partes guardaron silencio, esto es, no solicitaron la aclaración, complementación y mucho menos lo objetaron por error grave.

Ahora bien, de la lectura detallada del informe pericial se concluye, sin dubitación alguna, que los afloramientos y/o nacimientos de las aguas termales ubicados en el predio de propiedad de la sociedad actora, son de dominio público, lo anterior en razón a que si bien es cierto que nacen y se encuentran dentro del predio de propiedad de la misma, también lo es que ellos salen del inmueble y confluyen a otro curso de agua (Artículo 18 del Decreto 1541 de 1978).

Ciertamente, el perito dejó consignado que *“se puede aseverar que las fuentes de afloramiento de agua termal nacen y mueren dentro del mismo predio, **en su calidad de agua termal**, pues al mezclarse con corrientes frías estas pierden su característica de termales situación que se puede constatar en su temperatura”*.

Se observa así, con claridad, que el perito asegura que las aguas salen de la heredad al mezclarse con otras corrientes de aguas. La Sala advierte que el ingeniero ambiental cuando hace referencia a que el agua nace y muere en

el mismo predio, lo hace respecto de la misma pero en su calidad de termal¹, no como recurso hídrico en su concepción general.

Lo anterior es corroborado por el mismo al contestar la segunda pregunta relativa a que ¿indique sí la sociedad demandante utiliza aguas de dominio público para el desarrollo de las actividades que se adelantan en el establecimiento Hotel Termales o sí, por el contrario, para ello utiliza aguas termales que nacen y mueren naturalmente dentro del mismo predio de su propiedad?. El experto contestó que *“los afloramientos de agua nacen en la heredad y mueren en su calidad termal en la misma heredad al mezclarse con corrientes superficiales que desembocan en el río San Ramón”*.

No puede entenderse, entonces, que se configura el supuesto de hecho establecido en el artículo 81 del Decreto Ley 2811 de 1974 *“por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”*, esto es, que las aguas nacen mueren en el mismo predio, dado que para ello la disposición establece que dicha circunstancia se presenta cuando el mismo brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad, lo cual no ocurre en el sub lite.

No son aguas privadas, por tanto, las que salen de la heredad o confluyen a otro curso o depósito que sale o se extiende fuera de la heredad de nacimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resalta que el Código de Recursos Naturales establece que son bienes del Estado: **“los estratos o depósitos**

¹ Las aguas termales son aguas minerales que salen del suelo con más de 5 grados centígrados de la temperatura superficial.

de las aguas subterráneas". Asimismo, que el artículo 5º del Decreto 1541 dispone que son aguas de uso público: "**Las corrientes y depósitos de aguas subterráneas**".

A juicio de la Sala dichas disposiciones no requieren mayor interpretación y/o disquisición, por lo que no cabe duda que las aguas termales son bienes de la unión, de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

Frente a su aprovechamiento, también resulta claro el artículo 155 del Decreto 1541, en cuanto prescribe que las aguas subterráneas "**tanto en predios propios como ajeno, requieren concesión del Inderena, con excepción de los que utilicen para usos domésticos en propiedad del beneficiario o en predios que éste tenga posesión o tenencia**", circunstancia éstas últimas que no se presentan.

Sobre el particular y en un caso similar esta Corporación ya se pronunció, providencia que resulta pertinente citar y que fue traída a colación por el a-quo²:

"El dominio privado de fuentes de agua es un hecho excepcional, ya que es necesario que nazcan en el mismo predio y se evaporen o filtren en él; de no ser así, se entiende que son de dominio del Estado. En el presente caso, era ineludible establecer la naturaleza del dominio de las aguas del manantial de los predios de El Reposo. Hay que determinar, en primer lugar, de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso, la ubicación del nacimiento de las aguas y hacia donde fluye su cauce. Del material probatorio, se deduce que las aguas del manantial nacen en depósitos subterráneos ubicados en la Loma de los Bañaderos, por fuera de los predios de El Reposo, que salen a la

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. Rad.: 1992 - 0096 812492). Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández.

superficie en los terrenos de El Reposo Uno. Dichas aguas circulan en los dos predios, que tienen diferentes propietarios, El Reposo Dos es propiedad del demandante por lo que se puede concluir, sin duda, que las aguas del manantial son de dominio público. En éste depósito también nacen las aguas del arroyo Aguas Blancas, donde se construyó la represa objeto de litigio. La regla general para el uso de aguas de esta categoría, se encuentra establecida en el artículo 86 del decreto 2811 de 1974. Otro uso diferente de las aguas de dominio público se encuentra sujeto a concesión. Así lo prescribe el artículo 88 del mismo decreto 2811 de 1974, en el que se determina que "Salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión" y que ésta se encontrará "sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina", según lo dispone el artículo 89 de la misma norma. Lo anterior, lo complementa el artículo octavo del decreto 1541 de 1978, que ordena lo siguiente: "No se pueden derivar aguas de fuentes o depósitos de aguas de dominio público, ni usarlas para ningún objeto, sino con arreglo a las disposiciones del Decreto Ley 2811 de 1974 y del presente reglamento." En el presente caso, se trata de depósitos de aguas subterráneas, cuyo uso se encuentra sometido a un régimen especial, ya que el manantial que sale a la superficie en El Reposo Uno, es de esa naturaleza, como se puede colegir del artículo 149 del decreto 2811 de 1974. El uso de aguas subterráneas requiere de concesión, así lo ordena el artículo 155 del decreto 1541 de 1978. La única variación en la reglamentación de las concesiones, hasta el presente, ha sido la competencia para concederlas, que pasó del Inderena a las corporaciones autónomas regionales, en este caso Corpoguajira, según lo establecido en numeral noveno del artículo 31 de la ley 99 de 1999. Las normas citadas establecen un régimen especial para el uso de aguas de dominio público cuya regla general predica que pueden ser utilizadas para el consumo doméstico; para otro tipo de usos, como el agrícola, industrial, minero o energético se requiere de una concesión por parte del Estado, quien establece la cantidad, las condiciones y los límites de su utilización. Respecto de las aguas subterráneas esa regulación no varía".

De otro lado, no puede pasarse por alto que para el uso de dichas aguas el artículo 86 de la misma disposición estipuló que "deberá hacerse sin

establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar aguas que en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros”.

Frente a lo anterior, el perito precisó que *”como se puede observar en la foto 3 y 4 las obras existentes son: captaciones, tuberías de conducción y un tanque de carga que reúne las aguas termales para después ser llevadas a las instalaciones del Hotel. Las obras fueron construidas por el demandante”.* En consecuencia, la actora utiliza medios artificiales para la toma y conducción del agua, razón por la cual requiere de una autorización vía concesión, por cuanto dicha actuación puede afectar y/o imposibilitar su aprovechamiento por parte de terceros.

En suma y como bien lo concluyó el a-quo *“las aguas termales que emanan dentro del predio de la demandante no se evaporan o filtran en el susodicho terreno, pues son objeto de canalización para uso comercial y las que se mezclan con aguas frías de pequeños nacimientos que en ultimas desembocan en el río San Ramón, como quedó dicho en el dicten pericial, se trata entonces de aguas de dominio público y por lo mismo se requiere de una concesión por parte del Estado”.*

Sobre la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión, la Sala encuentra que al tenor de las disposiciones de la Ley 99 de 1993, le corresponde dicha función a las Corporaciones Autónomas Regionales.

"ARTICULO 31. Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

9) *Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y Ucencias 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”.*

En conclusión, la Sala considera como bien expuso el Tribunal de instancia que deben negarse las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, se confirmará la sentencia proferida por el a-quo.

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: CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia de 3 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** 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 sesión de la fecha.



**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ**
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

GUILLERMO VARGAS AYALA
Ausente con Permiso

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO